
FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Direito na lusofonia. Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono

COORDENADORES

Prof. Doutor Mário Ferreira Monte

Prof.ª Doutora Maria Clara Calheiros

Prof.ª Doutora Maria Assunção do Vale Pereira

Prof.ª Doutora Anabela Gonçalves

REVISÃO

Mestre Diana Coutinho

DATA DE PUBLICAÇÃO

Maio de 2016

EDIÇÃO

Escola de Direito da Universidade do Minho

IMPRESSÃO

Graficamares

EXEMPLARES

150 exemplares

DEPÓSITO LEGAL

409738/16

ISBN

978-989-97970-8-6

ÍNDEX

O DIREITO A PENSÃO: CONTRIBUTO PARA UMA LEITURA ECONÓMICA
E FINANCEIRA DA CONSTITUIÇÃO

1

DIREITOS FUNDAMENTAIS E CORRUPÇÃO - UMA PRESPECTIVA ELEITORAL

2

A TERCEIRIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA: OS DESAFIO
DA REGULAMENTAÇÃO DE UMA FORMA DE CONTRATAÇÃO ATÍPICA

3

CONSTITUIÇÕES, DEMOCRACIA E DISCURSO(S) DE DIREITOS HUMANOS:
PERSPETIVA (S) COMPARADAS ENTRE PORTUGAL E BRASIL (1933-2016)

4

DIREITO AO AMBIENTE: O MEU OU O NOSSO AMBIENTE?

5

CRIMES CONTRA IDOSOS – UMA PERSPETIVA LUSO-BRASILEIRA

6

GLOBALIZAÇÃO E PROCESSO PENAL: IMPLICAÇÕES E HESITAÇÕES

7

O DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA FAMILIAR
NO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

8

OS DIREITOS DE DEFESA DO ARGUIDO E A UNIÃO EUROPEIA:
IGUALDADE DE ARMAS OU DESIGUALDADE MANIFESTA?

9

CRIMINALIZAÇÃO, DROGAS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS:
CONSTITUCIONALIDADE COMPARADA E CRIMINALIZAÇÃO
DOS SUJEITOS DE DIREITO – REFLEXÕES ENTRE PORTUGAL E BRASIL.

10

JUDICIAL REVIEW EM MATÉRIA CRIMINAL:
A PROTEÇÃO DAS LIBERDADES CONTRA O LEGISLADOR. O CASO BRASILEIRO
11

MARTINHO DE MENDONÇA DE PINA
E DE PROENÇA
12

O ART. 62.º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA
- DO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA E DAS RESTRIÇÕES
À LIBERDADE DE DISPOSIÇÃO MORTIS CAUSA
13

INCIDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
SOBRE A PARTILHA HEREDITÁRIA
14

TEREMOS MESMO AINDA O DIREITO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS?
15

OS JOVENS INVESTIGADORES DO DIREITO NA LUSOFONIA:
O QUE FAZER PARA DINAMIZAR A INTEGRAÇÃO CIENTÍFICA?
16

CONSTITUIÇÃO, EDUCAÇÃO FISCAL E CIDADANIA EM ANGOLA
17

REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
A PARTIR DO ART.º 29.º DA CRP
18

O DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO
- ESSÊNCIA, REFRAÇÕES E CONFIGURAÇÃO MODERNA
NO ESPAÇO LUSÓFONO
19

OS EFEITOS DA HARMONIZAÇÃO JURÍDICA POR VIA DO REENVIO PREJUDICIAL.
ANÁLISE COMPARADA ENTRE OS SISTEMAS VIGENTES
NA UNIÃO EUROPEIA, NA COMUNIDADE ANDINA DE NAÇÕES
E NO MERCADO COMUM DO SUL
20

STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL:
LEITURA A PARTIR DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO
21

A CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DE CONFLITOS FAMILIARES
NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO ANGOLANO
22

O ESTATUTO DA TRIBUTAÇÃO DO PATRIMÓNIO NO SISTEMA FISCAL
- ABORDAGEM COMPARATIVA
23

CONTRATO DE TRABALHO EM COMISSÃO DE SERVIÇO SEM GARANTIA
DE EMPREGO E O PROBLEMA DA SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL
24

A (RE)VISÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA Q.B
25

A CRISE DO ESTADO SOCIAL E O DIREITO À SAÚDE
26

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS REAIS
E DO DIREITO PATRIMONIAL
27

CONSENTIMENTO INFORMADO NO PLANO CONSTITUCIONAL E NO PLANO
CIVILÍSTICO: AS EXPERIÊNCIAS JURÍDICAS PORTUGUESA E ESPANHOLA
28

CADA HOMEM É UMA RAÇA: DIREITO, LÍNGUA E LITERATURA
NA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE HISTÓRICA
29

SOBERANIA E DIREITO FISCAL DA UNIÃO EUROPEIA
30

O MODELO DE AUTORREGULAÇÃO REGULADA E A TEORIA DA CAPTURA:
OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO
NO BRASIL
31

RELACIÓNS PRIVADAS INTERNACIONAIS E CONVÉNIOS COLETIVOS
32

A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA AO COSMOPOLITISMO:
UM “ADEUS” AO ESTADO?
33

AS FORÇAS ARMADAS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

34

A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: (IN)ADMISSIBILIDADE
NOS 40 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (?)

35

COMPARATIVO ENTRE A LEGISLAÇÃO DE DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO
PORTUGUESA E BRASILEIRA E OS DESAFIOS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

36

A CONSENSUALIDADE NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA
DE CONTROLE EXTERNO

37

OS ARGUMENTOS CIENTÍFICOS NOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

38

O DEPOIMENTO INDIRETO E O DIREITO DE DEFESA DO ARGUIDO:
UMA LEITURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

39

O DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO
E A SITUAÇÃO DE COMPLEXIDADE POLÍTICA, SOCIAL, ECONÓMICA
E CULTURAL DE TIMOR-LESTE

40

O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO E O DIREITO DE PROPRIEDADE
TERRITORIAL DOS POVOS INDÍGENAS: UMA LEITURA A PARTIR DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

42

MERCOSUL: INTERGOVERNABILIDADE E DESAFIOS
À SUPRANACIONALIDADE

43

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ESTRANGEIROS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PORTUGUÊS

45

O MODELO DE GARANTIA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DESENHADO NA LEI BÁSICA DE MACAU

46

POR UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E PLURALISTA – UMA PERSPETIVA
DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA EM SUA RELAÇÃO COM O MUNDO LUSÓFONO
47

ENTRE PASSADO E PRESENTE, ENTRE PRESENTE E AUSENTE: ABERTURA
CONSTITUCIONAL, SOBERANIA E DEMOCRACIA (NOS ANOS 40 DA CRP)
48

SEGURANÇA GLOBAL E GARANTIAS PENAIIS. UMA VISÃO
TRANSCONSTITUCIONAL DE EXPRESSÃO PORTUGUESA
49

DIREITO À LIBERDADE, PRISÃO PREVENTIVA E PROPORCIONALIDADE.
DOIS ASPECTOS DE POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE
NOS ORDENAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DA REGIÃO
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU DA REPÚBLICA POPULAR
DA CHINA E DA REPÚBLICA DE PORTUGAL
50

O FEMINISMO NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA
51

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO SOLUÇÃO (UTÓPICA) PARA O DIREITO PENAL?
CRÍTICA A PARTIR DO CONCEITO DE COMUNIDADE
52

DIÁLOGOS MUITO PROVÁVEIS: A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA,
DE RELIGIÃO E DE CULTO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976
E NA CONSTITUIÇÃO TIMORENSE DE 2002
53

ADMISSIBILIDADE E VALOR PROBATÓRIO DAS DECLARAÇÕES
DE CO-ARGUIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS
54

RELAÇÕES LABORAIS E GLOBALIZAÇÃO: ENFRENTANDO OS LIMITES
DA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL E DA ECONOMIA NA BUSCA
DA CONCRETIZAÇÃO DAS TUTELAS TRABALHISTAS
55

PODER LOCAL NO CONSTITUCIONALISMO LUSO-BRASILEIRO:
DESAFIOS E PERSPETIVAS
57

A UNIÃO DE FACTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA:
ENTIDADE DIGNA DE QUE PROTEÇÃO?
58

A MODIFICAÇÃO DOS MODELOS DE GOVERNAÇÃO DO ESTADO:
A UTILIZAÇÃO DAS «SUNSET CLAUSES»
59

JURISDIÇÃO E DIREITOS DE DEFESA
61

O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NAS INSOLVÊNCIAS TRANSFRONTEIRIÇAS
62

PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA
CABO-VERDIANA
63

O DIREITO (?) CONSTITUCIONAL À VIDA DO EMBRIÃO
64

A TUTELA CONSTITUCIONAL FACE AOS NOVOS PARADIGMAS
DE TRIBUTAÇÃO
65

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INESPECÍFICOS DOS TRABALHADORES
66

CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS LUSO-BRASILEIROS
NO AMBIENTE DEMOCRÁTICO: ANÁLISE DO CONTROLE PREVENTIVO COMO
INSTRUMENTOS DE GOVERNAÇÃO
67

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA
DO BRASIL - ASPECTOS RELATIVOS À SOBERANIA
68

O DIREITO A PENSÃO: CONTRIBUTO PARA UMA LEITURA ECONÓMICA
E FINANCEIRA DA CONSTITUIÇÃO
69

A TERCEIRIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA: OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO
DE UMA FORMA DE CONTRATAÇÃO ATÍPICA
77

CONSTITUIÇÕES, DEMOCRACIA E DISCURSO(S) DE DIREITOS HUMANOS:
PERSPETIVA(S) COMPARADA(S) ENTRE PORTUGAL E BRASIL (1933-2016)
85

GLOBALIZAÇÃO E PROCESSO PENAL: IMPLICAÇÕES E HESITAÇÕES
93

O DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA FAMILIAR NO RAPTO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS
101

CRIMINALIZAÇÃO, DROGAS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS:
CONSTITUCIONALIDADE COMPARADA E CRIMINALIZAÇÃO
DOS SUJEITOS DE DIREITO – REFLEXÕES ENTRE PORTUGAL E BRASIL
113

JUDICIAL REVIEW EM MATÉRIA CRIMINAL
A PROTEÇÃO DAS LIBERDADES CONTRA O LEGISLADOR: O CASO BRASILEIRO
121

MARTINHO DE MENDONÇA DE PINA E PROENÇA HOMEM
UM ILUMINISTA PORTUGUÊS ENTRE O PRECONCEITO E A ILUSTRAÇÃO
129

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA:
UMA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL (?)
143

O ART. 62.º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA - DO DIREITO
DE PROPRIEDADE PRIVADA E DAS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE DISPOSIÇÃO
MORTIS CAUSA
151

INCIDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE
A PARTILHA HEREDITÁRIA
165

CONSTITUIÇÃO, EDUCAÇÃO FISCAL E CIDADANIA EM ANGOLA
173

REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA PENAL A PARTIR
DO ARTIGO 29.º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA
181

OS EFEITOS DA HARMONIZAÇÃO JURÍDICA POR VIA DO REENVIO PREJUDICIAL.
ANÁLISE COMPARADA ENTRE OS SISTEMAS VIGENTES NA UNIÃO EUROPEIA, NA
COMUNIDADE ANDINA DE NAÇÕES E NO MERCADO COMUM DO SUL
189

GALIZA E LUSOFONIA NA ESTEIRA DO 20-D EM ESPANHA
199

NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA, ORDEM PÚBLICA E CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTRANGEIRA: LIMITES E PARÂMETROS
209

A (RE)VISÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA Q.B
217

A CRISE DO ESTADO SOCIAL E O DIREITO À SAÚDE
225

O COMBATE AO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS NO BRASIL
227

A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA AO COSMOPOLITISMO:
UM “ADEUS” AO ESTADO?
245

ACESSO CONSTITUCIONAL AO DIREITO: A JURISPRUDÊNCIA.
O CASO DO SUPREMO TRIBUNAL MILITAR DE ANGOLA
253

A CONSENSUALIDADE NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA
DE CONTROLE EXTERNO
263

O DEPOIMENTO INDIRETO E O DIREITO DE DEFESA DO ARGUIDO:
UMA LEITURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL
271

O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO E O DIREITO DE PROPRIEDADE
TERRITORIAL DOS POVOS INDÍGENAS: UMA LEITURA A PARTIR DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
279

MERCOSUL: INTERGOVERNABILIDADE E DESAFIOS À SUPRANACIONALIDADE.
UMA ANÁLISE SOBRE AS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-PARTES
E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO
287

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ESTRANGEIROS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS
295

POR UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E PLURALISTA – UMA PERSPECTIVA
DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA EM SUA RELAÇÃO COM O MUNDO LUSÓFONO
303

ADMISSIBILIDADE E VALOR PROBATÓRIO DAS DECLARAÇÕES
DO COARGUIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS:
ENTRE O CONTRADITÓRIO E O SILÊNCIO
313

PODER LOCAL NO CONSTITUCIONALISMO LUSO-BRASILEIRO:
DESAFIOS E PERSPECTIVAS
319

A PUBLICIDADE INFANTIL VS RELAÇÃO DE CONSUMO E AS REPERCUSSÕES
NOCIVAS PARA A VIDA, INTEGRIDADE FÍSICA, SAÚDE MENTAL, EMOCIONAL
E COMPORTAMENTAL DA CRIANÇA COMO SER HUMANO EM CONDIÇÃO
PECULIAR DE DESENVOLVIMENTO
327

A UNIÃO DE FACTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA:
ENTIDADE DIGNA DE QUE PROTEÇÃO?
337

A MODIFICAÇÃO DOS MODELOS DE GOVERNAÇÃO DO ESTADO:
A UTILIZAÇÃO DAS «SUNSET CLAUSES»
345

O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NAS INSOLVÊNCIAS TRANSFRONTEIRIÇAS
353

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
INESPECÍFICOS DOS TRABALHADORES
363

NOTA DE APRESENTAÇÃO

Direito na lusofonia. Diálogos constitucionais no espaço lusófono

A Escola de Direito da Universidade do Minho organiza nos dias 18, 19, 20 e 21 de maio de 2016, a terceira edição do Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”. Neste ano, o congresso,- cujo escopo é permitir a mais ampla e transversal discussão de temas jurídicos actuais, entre juristas de todo o espaço lusófono - associa-se às comemorações dos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa de 1976, adoptando como tema geral “Diálogos constitucionais no espaço lusófono”. Com efeito, este marco não poderia ser mais apropriado para um debate em torno das questões jurídicas no espaço lusófono. Não podemos esquecer as relações existentes entre a actual Constituição da República Federativa do Brasil e a Constituição portuguesa de '76, bem como resulta evidente o papel desta, e das transformações políticas que traduziu, no abrir caminho a uma nova realidade política e jurídica na geografia mundial da lusofonia.

O acolhimento da iniciativa não poderia ter sido melhor: foram recebidas dezenas de propostas de comunicação dos mais diversos pontos da comunidade de países lusófonos: Portugal, Brasil, Moçambique, Angola, Cabo Verde, S. Tomé e Príncipe, Timor Leste, Macau. A estes participantes, juntam-se ilustres conferencistas, que nos honraram com a aceitação do convite que lhes endereçamos. De entre todos, gostaríamos de destacar Sua Excelência, o Presidente da República de Cabo Verde, cuja participação na abertura dos trabalhos do Congresso se reveste, para nós, de um simbolismo particularmente assinalável.

Nesta edição do congresso, pela primeira vez, abrimos a programação aos jovens investigadores inscritos nos nossos cursos de segundo ciclo. Temos grande expectativa na sua participação e esperamos que esta seja ainda mais significativa em novas edições do congresso.

Neste volume, preparado para registar os trabalhos do congresso, reúne-se o programa do Congresso, juntamente com os resumos das comunicações e parte dos textos integrais que foram, no prazo estabelecido, recebidos pela comissão organizadora. Contamos, para a sua edição, com o apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia, através do programa do Fundo de Apoio à Comunidade Científica, o que muito agradecemos.

Uma iniciativa desta magnitude é sempre obra de muitas mãos. Aproveitamos o ensejo, pois, para agradecer o trabalho e dedicação dos funcionários

da Escola de Direito, em particular o da Dra. Sandra Amorim, da Dra. Isabel Henriques, da Dra. Célia Rocha e do Dr. Pedro Rito. Uma particular palavra de destaque merece a colaboração central e determinante da incansável Dra. Elisa Rios. A estes agradecimentos outros mais têm de adicionar-se: aos nossos patrocinadores (reconhecidos no cartaz do congresso), às associações de estudantes (AEDUM e ELSA) e aos nossos docentes e investigadores.

A todos, o nosso bem haja!

A Comissão Organizadora,

Maria Clara Calheiros
Mário Ferreira Monte
Maria da Assunção Vale Pereira
Anabela Gonçalves

PROGRAMA CONGRESSO



**CONGRESSO
DE
NA DIREITO
LUSOFONIA
19 / 20 . MAIO**



Universidade do Minho
Escola de Direito



Universidade do Minho
Escola de Direito

III Congresso Internacional Direito da Lusofonia

DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS NO ESPAÇO LUSÓFONO

de 18 a 21 de maio de 2016

A Escola de Direito da Universidade do Minho irá realizar a **terceira edição do Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”**. Após a primeira edição realizada em 2014, em Portugal, a segunda edição organizada em Angola em 2015, ambas com sucesso assinalável, a Escola de Direito da Universidade do Minho tem a honra de anunciar que retoma a organização do referido Congresso nos dias 19 e 20 de Maio de 2016. Esta terceira edição destina-se a **comemorar os 40 anos da Constituição da República Portuguesa, estando subordinada ao tema Diálogos Constitucionais no espaço lusófono**. Como nas edições anteriores, pretende-se assinalar as ligações com projetos de ensino com outros países que partilham connosco um património cultural, linguístico e jurídico que é importante fator da nossa identidade.

Ao longo de dois dias, pretendemos juntar académicos, magistrados, advogados, representantes políticos nacionais e estrangeiros, numa reflexão transversal ao mundo jurídico, distribuída pelas seguintes áreas temáticas: I- Nos 40 anos da Constituição da República Portuguesa; II – Constituição e globalização; III-Direitos fundamentais e Constituição; IV-Governança e democracia.

A programação do Congresso incluirá sessões plenárias, a cargo de oradores convidados e sessões parciais agrupando comunicações com temáticas afins.

COMISSÃO ORGANIZADORA

Maria Clara Calheiros
Mário Ferreira Monte
Assunção Pereira
Anabela Gonçalves

DIA 18 DE MAIO

18h00 **Receção aos participantes: Museu Nogueira da Silva**

DIA 19 DE MAIO

9h00 **Registo dos participantes e entrega de materiais**

10h00 **Sessão solene de inauguração dos trabalhos**

Sua Excelência o Presidente da República de Cabo Verde, Dr. Jorge Carlos Fonseca
Reitor da Universidade do Minho, Professor Doutor António M. Cunha
Presidente da Escola de Direito da Universidade do Minho, Professora Doutora Maria
Clara Calheiros

10h45 **I Sessão Plenária**

Nos 40 anos da Constituição da República Portuguesa

**A Constituição como problema: problema do passado ou problema do futuro? -
Aproximação ao repensamento das funções das leis constitucionais**
Professor Doutor Gomes Canotilho (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

A Constituição de 1976 e a realidade constitucional
Professor Doutor Vieira de Andrade (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Sessões Temáticas

Sala 1 - Constituição e transformações sociais

Incidência da jurisdição constitucional sobre a partilha hereditária
Mestre Diana Leiras (IPCA)

O feminismo na construção da Democracia
Mestre Miriam Rocha (Escola de Direito da Universidade do Minho)

**A união de facto na Constituição da República Portuguesa: entidade digna de que
proteção?**
Mestre Rossana Martingo Cruz (Escola de Direito da Universidade do Minho)

O art. 62.º da Constituição da República Portuguesa - do direito de propriedade privada e das restrições à liberdade de disposição mortis causa
Prof.ª Doutora Cristina Dias (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Sala 2 - Constituição e Utopia – Nos 500 anos da obra de Thomas More

Martinho de Mendonça de Pina e de Proença

Prof. Doutor António Lemos Soares (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Cada homem é uma raça”: Direito, Língua e Literatura na construção da identidade histórica

Prof.ª Doutora Joana Aguiar e Silva (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Constituição como mito e constituição como utopia

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

Utopias contemporâneas

Professora Doutora Maria Clara Calheiros (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Sala 3 – Constituição: passado, presente e futuro

A abertura da Constituição Portuguesa ao cosmopolitismo: um “adeus” ao Estado?

Mestre Luciana Sousa Santos (Advogada)

Entre passado e presente, entre presente e ausente: abertura constitucional, soberania e democracia (nos anos 40 da CRP)

Mestre Mariana Canotilho (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

A (Re)visão da Constituição da República Portuguesa q.b

Prof.ª Doutora Irene Portela (IPCA)

Por um Constitucionalismo Global e Pluralista – uma perspetiva da experiência brasileira em sua relação com o mundo lusófono

Prof.ª Doutora Maria Lúcia de Paula Oliveira (PUC-RIO)

Sala 4 - Constituição e Direitos Humanos

Crimes contra idosos – uma perspetiva luso-brasileira

Mestre Ana Sofia de Magalhães e Carvalho (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

Constituições, Democracia e Discurso(s) de Direitos Humanos: Perspetiva (s) Comparadas entre Portugal e Brasil (1933-2016)

Prof.ª Doutora Ana Campina (Universidade de Salamanca)

19/05 - 10h45

Diálogos muito prováveis: a liberdade de consciência, de religião e de culto na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição timorense de 2002
Prof.ª Doutora Patrícia Jerónimo (Escola de Direito da Universidade do Minho)

13h30 **Almoço**

15h00 **II Sessão Plenária**
Constituição e Globalização

Os valores permanentes da Constituição de 1976
Professor Doutor Jorge Miranda (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

O mandamento constitucional de proteção dos consumidores no Brasil e o futuro da proteção internacional dos consumidores
Prof.ª Doutora Cláudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio grande do Sul)

Estatuto jurídico-constitucional e poderes do Presidente da República em matéria de política externa
Dr. Aristides Lima (Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional de Cabo Verde)

Constituição e Língua Portuguesa
Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia (Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)

17h00 **Sessões Temáticas**

Sala 1 - Constituição e relações privadas plurilocalizadas

Jurisdição e direitos de defesa
Mestre Rui Dias (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

A constitucionalidade das regras de conflitos familiares no Direito Internacional Privado Angolano
Prof.ª Doutora Helena Mota (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

O direito ao respeito pela vida familiar no rapto internacional de crianças
Prof.ª Doutora Anabela Gonçalves (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Normas de aplicação imediata, ordem pública e controle de constitucionalidade da lei estrangeira: limites e parâmetros
Prof. Doutor Gustavo Ferraz de Campos Monaco (Faculdade de Direito da USP)

Sala 2 – Constituição e organizações supranacionais

Os efeitos da harmonização jurídica por via do reenvio prejudicial. Análise comparada entre os sistemas vigentes na União Europeia, na Comunidade Andina de Nações e no Mercado Comum do Sul

Mestre Francielle Vieira (Advogada)

Mercosul: intergovernabilidade e desafios à supranacionalidade

Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Superior Tribunal Militar do Brasil)

Soberania e Direito Fiscal da União Europeia

Prof. Doutor João Sérgio Ribeiro (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Sala 3 – Constituição e garantias administrativas

A consensualidade na atividade administrativa de controle externo

Mestre Márcilio Barenco Corrêa de Mello (Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais)

Parâmetros constitucionais da justiça administrativa cabo-verdiana

Mestre Simão Paulo Rodrigues Varela (Universidade Jean Piaget de Cabo Verde)

Poder local no constitucionalismo luso-brasileiro: desafios e perspectivas

Prof. Doutor Ricardo Hermany (PPGD/UNISC)

20h00

Jantar no Restaurante Panorâmico da Universidade do Minho

DIA 20 DE MAIO

09h30

III Sessão Plenária

Direitos Fundamentais e Constituição

Fiscalização concreta da constitucionalidade em Moçambique

Dr. José Norberto Carrilho (Juiz Conselheiro do Tribunal Supremo de Moçambique)

Estatuto Constitucional do Ministério Público e Direitos Fundamentais

Dr.ª Joana Marques Vidal (Procuradora Geral da República Portuguesa)

O recurso de constitucionalidade e a defesa dos Direitos Fundamentais

Professora Doutora Maria Lúcia Amaral (Vice-presidente do Tribunal Constitucional)

11h00

Sessões Temáticas

Sala 1 - Constituição e as relações laborais

Relações laborais e globalização: Enfrentando os limites da efetividade constitucional e da economia na busca da concretização das tutelas trabalhistas

Prof. Doutor Raimar Machado (Universidade de São Paulo)

Relacións privadas internacionais e convénios coletivos

Prof.ª Doutora Laura Carballo Piñero (Universidade de Santiago de Compostela)

Contrato de trabalho em comissão de serviço sem garantia de emprego e o problema da sua conformidade constitucional

Prof.ª Doutora Irene Gomes (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Os direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores

Prof.ª Doutora Teresa Alexandra Coelho Moreira (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Sala 2 - Constituição e o acesso ao direito

Meios alternativos de resolução de litígios em matéria tributária: uma exigência constitucional (?)

Mestre Cláudia Figueiras (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Os direitos fundamentais dos estrangeiros no Ordenamento Jurídico português

Mestre Maria Hylma Alcaraz Salgado (Advogada)

O depoimento indireto e o direito de defesa do arguido: uma leitura jurídico-constitucional

Prof.ª Doutora Margarida Santos (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Teremos mesmo ainda o direito de acesso aos tribunais?

Prof.ª Doutora Elizabeth Fernandez (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Sala 3 - Constituição e novos desafios ao direito

Consentimento informado no plano constitucional e no plano civilístico: as experiências jurídicas portuguesa e espanhola

Prof. Doutor Javier Barcelo Domenech (Universidade de Alicante)

Os argumentos científicos nos tribunais constitucionais

Prof.ª Doutora Margarida Maria Lacombe Camargo (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ)

O direito (?) constitucional à vida do embrião

Prof.ª Doutora Sónia Moreira (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Sala 4 - Constituição e propriedade

O direito à propriedade privada na constituição e a Situação de complexidade política, social, económica e cultural de Timor-Leste

Mestre Maria Ângela Carrascalão (Decana da Faculdade de Direito de Timor Leste)

O Princípio da Autodeterminação e o Direito de Propriedade Territorial dos Povos Indígenas: uma leitura a partir do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

Prof.ª Doutora Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal de Paraíba)

A dimensão constitucional dos direitos reais e do direito patrimonial

Prof.ª Doutora Isabel Menéres Campos (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Sala 5 - Constituição e garantias fundamentais

A dignidade da pessoa humana nas relações privadas internacionais: os novos tipos de família

Prof.ª Doutora Inez Lopes (Universidade de Brasília)

O modelo de garantia constitucional dos direitos fundamentais desenhado na Lei Básica de Macau

Prof.ª Doutora Maria Leonor Esteves (Instituto Politécnico de Viseu)

Reflexões sobre o princípio da legalidade a partir do art.º 29.º da CRP

Prof. Doutor Conde Monteiro (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Constituição Brasileira de 1824 e a relevância D. Pedro I para a inclusão dos Direitos Humanos no constitucionalismo brasileiro

Prof.ª Doutora Gina Pompeu (Universidade de Fortaleza)

Sala 6 - Constituição e garantias fundamentais no processo penal (1)

Direito à liberdade, prisão preventiva e proporcionalidade. Dois aspectos de possível inconstitucionalidade nos ordenamentos jurídico-constitucionais da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China e da República de Portugal

Mestre Miguel Ângelo Loureiro Manero de Lemos (Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Standards probatórios no processo penal: leitura a partir das garantias constitucionais do processo

Prof. Doutor Geraldo Prado (Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ))

Admissibilidade e valor probatório das declarações de co-arguido no ordenamento jurídico português

Prof. Doutor Pedro Miguel Freitas (Escola de Direito da Universidade do Minho)

O direito fundamental à não autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono

Prof.ª Doutora Flávia Noversa Loureiro (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Sala 7 - Constituição e garantias fundamentais no processo penal (2)

Judicial Review em matéria criminal: a proteção das liberdades contra o legislador. O caso brasileiro

Mestre António Pedro Melchior (Advogado)

Criminalização, drogas e garantias fundamentais: constitucionalidade comparada e criminalização dos sujeitos de direito – reflexões entre Portugal e Brasil.

Mestre Andréa Madalena Wollmann (Advogada)

Os direitos de defesa do arguido e a União Europeia: igualdade de armas ou desigualdade manifesta?

Mestre André Paulino Piton (Instituto Universitário da Maia)

Segurança global e garantias penais. Uma visão transconstitucional de expressão portuguesa

Prof. Doutor Mário Ferreira Monte (Escola de Direito da Universidade do Minho)

13h30

Almoço

14h30

Sessões Temáticas

Sala 1 - Constituição, Estado e Segurança (1)

Globalização e processo penal: implicações e hesitações

Mestre Ana Teresa Carneiro (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Justiça restaurativa como solução (utópica) para o direito penal? crítica a partir do conceito de comunidade

Prof. Doutor Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza)

O modelo de autorregulação regulada e a teoria da captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil

Prof. Doutor José Carlos de Oliveira (UNESP)

A Administrativização do Direito Penal: (in)admissibilidade nos 40 anos da Constituição da República Portuguesa (?)

Prof. Doutor Manuel Valente (Diretor do ICPOL)

A responsabilidade política do Presidente da República nos Estados lusófonos com sistema de governo semipresidencial

Prof. Doutor Jaime Valle (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Sala 2 - Constituição, Estado e Segurança (2)

Missões das Forças Armadas à luz da Constituição

Dr. José da Cruz (Procurador Militar Adjunto da Marinha de Guerra Angola)

As Forças Armadas e o Estado Democrático de Direito

Ministro Luís Carlos Gomes Mattos (Superior Tribunal Militar brasileiro)

Acesso constitucional ao Direito: a jurisprudência. O caso do Supremo Tribunal de Angola

Juiz Conselheiro, Dr. Manuel Simas Santos (ISMAI) e Juiz Conselheiro, Dr. António dos Santos Neto (Presidente do Supremo Tribunal Militar de Angola)

Princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil - Aspectos relativos à Soberania

Tenente Brigadeiro do Ar William de Oliveira Barros (Presidente do Superior Tribunal Militar brasileiro)

Sala 3 - Constituição e Garantias Fiscais

O crédito tributário nas insolvências transfronteiriças

Mestre Sara Luís Dias (IPCA)

Constituição, Educação Fiscal e Cidadania em Angola

Mestre Fausto Júlio (Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto)

A tutela constitucional face aos novos paradigmas de tributação

Mestre Tânia Meireles da Cunha (Juiz de Direito)

O estatuto da tributação do património no sistema fiscal - abordagem comparativa

Mestre Hugo Flores (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Sala 4 - Constituição, Economia e Governação

A modificação dos modelos de governação do Estado: A utilização das «sunset clauses»

Mestre Rui M. Zeferino Ferreira (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

O direito a pensão: contributo para uma leitura económica e financeira da Constituição

Prof. Doutor Abel Martins Rodrigues (Advogado)

Controle dos Tribunais de Contas luso-brasileiros no ambiente democrático: análise do controle preventivo como instrumentos de governação

Prof.ª Doutora Maria Tereza Fonseca Dias (Universidade FUMEC/ UFMG/ CNPq) /
Mestre Túlio César Pereira Machado Martins (Universidade FUMEC/ Instituto Rui Barbosa)

A Constituição Económica

Prof. Doutor Pedro Madeira Froufe (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Sala 5 - Constituição e Tutela de Interesses Públicos

Direito ao ambiente: o meu ou o nosso ambiente?

Mestre Ana Rita Carneiro (Doutoranda da Escola de Direito da Universidade do Minho)

Direitos fundamentais e corrupção - Uma perspetiva eleitoral

Mestre Alessandra Silva dos Santos Celente (Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro)

A Crise do Estado Social e o direito à saúde

Prof.ª Doutora Isa António (ESTGF – IPP)

Estado e cidadão no ambiente de serviços regulados

Prof. Doutor Edson Alvisi (Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense)

Sala 6 - Sessão Jovens investigadores

Os jovens investigadores do direito na lusofonia: o que fazer para dinamizar a integração científica?

Mestre Fábio da Silva Veiga (Doutorando da Universidade de Vigo)

Os princípios estruturantes do processo penal português e processo penal angolano

Dr. Francisco Gina (Mestrando na Escola de Direito da Universidade do Minho)

A publicidade infantil X relação de consumo e as repercussões nocivas para a vida, integridade física, saúde mental, emocional e comportamental, da criança como ser humano em condição peculiar de desenvolvimento.

Dr.ª Rosemary Souto Maior de Almeida (Mestranda na Escola de Direito da Universidade do Minho)

Comparativo entre a legislação de direito ao acesso à informação portuguesa e brasileira e os desafios de sua implementação

Mestre Marcele Berger Bernardes (Doutoranda da Universidade do Minho)

Galiza e a lusofonia na esteira do 20-D.

Dr. George Rosa Acosta (Mestrando na Escola de Direito da Universidade do Minho)



Universidade do Minho
Escola de Direito

- 17h00** **IV Sessão Plenária**
Governança e Democracia
- A jurisdição constitucional a Experiência de STP**
Dr. Roberto Raposo (Procurador da República de São Tomé e Príncipe)
- A Constituição de Cabo Verde e o Direito do Mar**
Dr. José Luís de Jesus (Juiz do Tribunal Internacional do Mar)
- O Poder Judicial**
Professor Doutor Wladimir Brito (Escola de Direito da Universidade do Minho)
- 18h30** **Cerimónia de Encerramento dos Trabalhos**
- 20h30** **Jantar no Hotel do Elevador, Bom Jesus – Braga**

DIA 21 DE MAIO

- 10h30** **Visita guiada ao centro histórico da cidade de Braga**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Sua Excelência o Senhor Presidente da República de Cabo Verde, Dr. Jorge Carlos Fonseca
Procuradora Geral da República, Dr.ª Joana Marques Vidal
Vice – Presidente do Tribunal Constitucional, Dr.ª Maria Lúcia Amaral
Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional de Cabo Verde, Dr Aristides Lima
Juiz Conselheiro do Tribunal Supremo de Moçambique, Dr. José Norberto Carrilho
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de São Tomé e Príncipe, Dr. José Bandeira
Presidente do Supremo Tribunal Militar de Angola, Dr. António dos Santos Neto
Juiza Conselheira do Supremo Tribunal de Angola, Dra. Teresa Buta
Presidente do Superior Tribunal Militar do Brasil, Tenente Brigadeiro do Ar William de Oliveira Barros
Ministra do Superior Tribunal Militar do Brasil, Dr.ª Maria Elizabeth Guimarães Tebreira Rocha
Ministro do Superior Tribunal Militar do Brasil, Dr. Luís Carlos Gomes Mattos
Juiz Conselheiro Jubilado, Dr. Manuel Simas Santos
Juiz do Tribunal Internacional do Mar, Dr. José Luís de Jesus
Vice-Procurador-Geral da República e Procurador Militar de Angola, Dr. Helder Pitta Groz
Procurador Geral Adjunto da República e Procurador Militar Adjunto de Angola, Dr. Adão Adriano António
Procurador Militar Adjunto da Marinha de Guerra Angolana, Dr. José da Cruz
Procurador Militar junto da Polícia Nacional e dos Órgãos Segurança e Ordem Interna de Angola, Dr. Filomeno Octávio da Conceição Benedito
Chefe da Repartição de Estudos e Estatística da Procuradoria Militar de Angola, Dr. Álvaro da Silva João
Procurador da República de São Tomé e Príncipe, Dr. Roberto Raposo
Diretora da Faculdade de Direito de Timor Lorosae Mestre Maria Ângela Carrascalão
Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Fluminense Professor Doutor Edson Alvisi
Professor Doutor Jorge Miranda (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia (Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)
Professor Doutor Gomes Canotilho (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
Professor Doutor Vieira de Andrade (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)
Professor Doutor Wladimir Brito (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Professora Doutora Maria Clara Calheiros (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof.ª Doutora Gina Pompeu (Professora Titular da Universidade de Fortaleza)
Prof.ª Doutora Cláudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Prof.ª Doutora Inez Lopes (Universidade de Brasília)
Prof.ª Doutora Joana Aguiar e Silva (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof. Doutor António Lemos Soares (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof.ª Doutora Cristina Dias (Escola de Direito da Universidade do Minho)

Prof.ª Doutora Patrícia Jerónimo (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof. Doutor João Sérgio Ribeiro (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof.ª Doutora Teresa Alexandra Coelho Moreira (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof.ª Doutora Elizabeth Fernandez (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof.ª Doutora Anabela Gonçalves (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof.ª Doutora Mariana Canotilho (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
Prof.ª Doutora Maria Lucia de Paula Oliveira (PUC-RIO)
Prof. Doutor Ricardo Hermany (PPGD/UNISC, Santa Cruz do Sul, Brasil)
Prof. Doutor Raimar Machado (Universidade de São Paulo)
Prof.ª Doutora Irene Gomes (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof.ª Doutora Sónia Moreira (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof.ª Doutora Helena Mota (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)
Prof. Doutor Gustavo Ferraz de Campos Monaco (Faculdade de Direito da USP)
Prof.ª Doutora Irene Portela (IPCA)
Prof.ª Doutora Laura Carballo Piñeiro (Universidade de Santiago de Compostela)
Prof.ª Doutora Ana Campina (Universidade de Salamanca)
Prof. Doutor Javier Barcelo Domenech (Universidade de Alicante)
Prof.ª Doutora Margarida Maria Lacombe Camargo (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ)
Prof. Doutor Jaime Valle (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
Prof.ª Doutora Isabel Meneres Campos (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof. Doutor Mário Ferreira Monte (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof. Doutor Pedro Madeira Froufe (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof.ª Doutora Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal de Paraíba)
Prof.ª Doutora Flávia Novera Loureiro (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof. Doutor Conde Monteiro (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof. Doutor Pedro Miguel Freitas (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Prof. Doutor Geraldo Prado (Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ))
Prof. Doutor Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza)
Prof. Doutor Manuel Valente (Diretor do ICPOL)
Prof. Doutor Abel Martins Rodrigues (Advogado)
Prof.ª Doutora Isa António (ESTGF – IPP)
Prof. Doutor José Carlos de Oliveira (UNESP)
Prof.ª Doutora Maria Tereza Fonseca Dias (Universidade FUMEC/ UFMG/ CNPq)
Mestre Túlio César Pereira Machado Martins (Universidade FUMEC/ Instituto Rui Barbosa)



Universidade do Minho
Escola de Direito

Mestre Rossana Martingo Cruz (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Mestre Diana Leiras (IPCA)
Mestre Miriam Rocha (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Mestre Luciana Sousa Santos (Advogada)
Mestre Ana Sofia de Magalhães e Carvalho (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)
Mestre André Paulino Piton (Instituto Universitário da Maia)
Mestre Rui Dias (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
Mestre Francielle Vieira (Advogada)
Mestre Marcilio Barenco Corrêa de Mello (Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais)
Mestre Simão Paulo Rodrigues Varela (Universidade Jean Piaget de Cabo Verde)
Mestre Cláudia Figueiras (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Mestre Maria Hylma Alcaraz Salgado (Advogada)
Mestre Miguel Ângelo Loureiro Manero de Lemos (Faculdade de Direito da Universidade de Macau)
Mestre António Pedro Melchior (Advogado)
Mestre Andréa Madalena Wollmann (Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
Mestre Ana Teresa Carneiro (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Mestre Sara Luís Dias (IPCA)
Mestre Fausto Júlio (Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto)
Mestre Tânia Meireles da Cunha (Juiz de Direito)
Mestre Hugo Flores (Escola de Direito da Universidade do Minho)
Mestre Rui M. Zeferino Ferreira (Faculdade de Direito da Universidade do Porto)
Mestre Ana Rita Carneiro (Doutoranda da Escola de Direito da Universidade do Minho)
Mestre Alessandra Silva dos Santos Celente (Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro)
Mestre Fábio da Silva Veiga (Doutorando da Universidade de Vigo)
Mestre Marcele Berger Bernardes (Doutoranda da Universidade do Minho)
Dr. Francisco Gíma (Mestrando na Escola de Direito da Universidade do Minho)
Dr.ª Rosemary Souto Maior de Almeida (Mestranda na Escola de Direito da Universidade do Minho)
Dr. George Rosa Acosta (Mestrando na Escola de Direito da Universidade do Minho)

ABSTRACTS

O DIREITO A PENSÃO: CONTRIBUTO PARA UMA LEITURA ECONÓMICA E FINANCEIRA DA CONSTITUIÇÃO

Prof. Doutor Abel Martins Rodrigues
Advogado

A Constituição portuguesa de 1976 consagra que todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independente do setor de atividade em que tiver sido prestado (artigo 63º, nº 4). A lei fundamental garante a todos cidadãos, o direito a pensão, deixando uma ampla margem para o legislador no que se refere aos critérios da sua concessão e à determinação do montante, designadamente, tendo em vista a sustentabilidade financeira do sistema, impondo nesse cálculo a totalização de toda carreira contributiva do beneficiário. O sistema de segurança social português é de base contributiva, assentando o seu financiamento numa solidariedade entre as gerações, não garantindo um montante definido de pensão, em virtude de não ser um sistema de capitalização de benefício definido.

Em face destes pressupostos entendemos que é abusiva, incipiente e corporativa a retórica argumentativa apresentada pelo Tribunal Constitucional relativamente à fundamentação de decisões de inconstitucionalidade de diplomas legislativos que pretendem reduzir o montante da pensão dos pensionistas atuais, tendo em vista a garantia da sua sustentabilidade, designadamente, com base no princípio da proteção da confiança.

Os sistemas de segurança social foram desenhados no quadro de uma conjuntura de pleno emprego, elevadas taxas de crescimento económico e pujança demográfica, não sendo financeiramente sustentáveis num país com crises económicas cíclicas, elevadas taxas de desemprego e acentuado envelhecimento demográfico. Neste cenário económico o esforço para a sustentabilidade do sistema de pensões não deve recair somente sobre os pensionistas futuros, mas sobretudo sobre os atuais, sob pena de se pôr em causa a solidariedade entre gerações e a sustentabilidade e a sua sustentabilidade financeira. A constituição não garante um montante definido de pensão, constituindo uma fantasia invocar o princípio da proteção da confiança, quando a pensão do reformado depende volume das contribuições dos trabalhadores no ativo que sucessivamente irão diminuir, tendo em conta as projeções económicas e demográficas.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E CORRUPÇÃO - UMA PRESPECTIVA ELEITORAL

Mestre Alessandra Silva dos Santos Celente
Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Constituição, vértice axiológico de todo sistema eleitoral, consagra os direitos políticos como conjunto de prerrogativas e deveres inerentes ao exercício da cidadania. Trazem, em seu conteúdo, o direito de participação política do cidadão nos rumos do Estado. Sob esta ótica, os direitos políticos estão constitucionalmente consagrados como espécie de direitos fundamentais merecendo, assim, a expressão de sua máxima efetividade, o que se busca com a necessária densificação do princípio da soberania popular. E neste sentido, sua importância se reflete na expressão constitucional de alguns países da lusofonia. Basta ver o exemplo das Constituições de Portugal (Arts. 108º e seguintes), Brasil (Arts. 14º e seguintes), Angola (Arts. 105º e seguintes) e Cabo Verde (Arts. 103º e seguintes).

Em um panorama global em que a preocupação com a probidade tem sido tema de grande repercussão mundial, ganha destaque o princípio da moralidade como pressuposto de legitimidade para o exercício de mandatos eletivos. Neste sentido, a axiologia constitucional Brasileira favorece a promoção de critérios que limitem o exercício do poder político por aqueles que não demonstram aptidão moral para representar dignamente o povo, por meio da implantação de um amplo sistema de inelegibilidades. Assim, tomando por base o sistema eleitoral Brasileiro e as alterações legislativas introduzidas, surge nova abordagem doutrinária sobre o tema, com a qualificação das *inelegibilidades por desvio de conduta*.

Neste contexto, pretende-se abordar na comunicação a relação das inelegibilidades com as nominadas patologias corruptivas, bem como a consequente violação de direitos fundamentais. Trata-se de tema que se impõe na atualidade haja vista que a corrupção é mazela que assola diversos setores, públicos e privados, e seus reflexos podem ser devastadores, sobretudo quando atingem frontalmente o sistema eleitoral e a lisura do processo democrático.

A TERCEIRIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA: OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO DE UMA FORMA DE CONTRATAÇÃO ATÍPICA

Prof. Doutor Alisson Droppa
UNICAMP

Esta proposta de apresentação busca discutir como a legislação trabalhista na América Latina, com foco na Argentina, Brasil, Chile e Uruguai, vem enfrentando o tema da terceirização em uma conjuntura recente. Conforme salientou Krein (2007) essa forma de contratação vem adquirindo novas expressões, apresentando-se no mundo do trabalho por meio de roupagens distintas, com contornos variados e, inclusive, por vezes, de forma simulada, acirrando as desigualdades e fragmentando a organização dos trabalhadores. As teorias de economistas e estudiosos do *main stream*, de corte liberal, vem sendo refutadas, principalmente no que diz respeito a sua capacidade em aumentar a produtividade e a competitividade, apontando pelo contrário na sua habilidade em aprofundar desigualdades e com potencial precarizador (BIAVASCHI: SANTOS, 2014). Elaborada no âmbito do eixo “Terceirização” do Projeto Temático “Contradições do Trabalho no Brasil Atual. Formalização, precariedade, terceirização e regulação”, em andamento na Faculdade de Educação da UNICAMP, com apoio financeiro da FAPESP, o texto apresenta alguns resultados e analisa como as instituições públicas que atuam no mundo do trabalho vêm enfrentando o tema da terceirização e de suas formas burladas. As fontes prevalentes são documentos da Justiça do Trabalho brasileira e entrevistas com ministros, magistrados, advogados e sindicalistas da Argentina, Brasil, Chile e Uruguai. O objetivo principal é estabelecer um diálogo com pesquisadores portugueses e angolanos sobre como essa forma de contratação vem sendo enfrentada em seus respectivos países.

CONSTITUIÇÕES, DEMOCRACIA E DISCURSO(S) DE DIREITOS HUMANOS: PERSPETIVA (S) COMPARADAS ENTRE PORTUGAL E BRASIL (1933-2016)

Prof.ª Doutora Ana Campina
Universidade de Salamanca

Partindo de 1933 que marcou o início do regime de António de Oliveira Salazar, o Estado Novo, pela Constituição da República Portuguesa que contemplava uma panóplia de Direitos Fundamentais (art.º 8º), pretende-se analisar e debater o discurso de Direitos de Salazar que numa primeira fase se apoiou naquele que era da Igreja Católica e que, numa manobra de funambulismo, mudou para um discurso político, económico e social de fascista e ajustado aos seus objetivos. Em comparação pretende-se analisar a Constituição Brasileira de 1934 que instituiu a Ditadura de Getúlio Vargas. Curiosamente, ou talvez somente uma coincidência estratégica, esta ditadura fascista, institucionalizada como Estado Novo, como fora regimentado por Salazar em Portugal. Com a Revolução dos Cravos (1974) implementou-se a Democracia, dando origem à Constituição de 1976, reconhecendo-se os Direitos Humanos (Declaração Universal de 1948) e os Fundamentais, mas o Discurso político e social dos Direitos Humanos foi objeto de intervenção, porém tardou diversos anos o efetivo reconhecimento e efetivação dos Direitos Fundamentais e Humanos dos portugueses. E se a partir de 1986 aderimos à União Europeia, importa analisar a linha histórica, e a atualidade dos Discursos e os Direitos Humanos pelas violações e necessidade de intervenção e educação para promoção de um sistema jurídico e judicial capaz de proteger as vítimas e prevenir os abusos. Quanto ao Brasil, com os grandes movimentos populares (os Diretas Já), o poder foi entregue pelos militares aos civis, decorrendo a Segunda Redemocratização. E somente com a Constituição de 1988 se garantiram e aumentaram os direitos sociais, garantia de demarcação da terra dos indígenas, sistema único de saúde e garantia de reformas aos mais velhos e rurais, assim como foi o fim da censura às artes e informação pública. Visa-se analisar os pontos de aproximação e de afastamentos dos países que se dizem irmãos.

DIREITO AO AMBIENTE: O MEU OU O NOSSO AMBIENTE?

Mestre Ana Rita Carneiro
Universidade do Minho

«[o] amor à Natureza, e conseqüente preocupação com o seu destino, é um fenómeno que se verifica desde os primórdios da Humanidade»¹

A Constituição da República Portuguesa de 1976, influenciada pela Conferência de Estocolmo de 1972, foi pioneira ao consagrar no seu artigo 66.º (entretanto, retocado em diversas revisões constitucionais) o direito ao ambiente. Esta consagração corresponde à necessidade de atualizar a posição do Homem face aos modernos desafios das atuais sociedades. No entanto, este avanço nada tem de simplista, desde logo pelo seu desdobramento em direito subjetivo fundamental, em dever fundamental, em tarefa do Estado e como bem, valor, interesse comum a toda a sociedade. É comumente aceite, o direito subjetivo ao ambiente, autónomo, distinto de outros direitos constitucionalmente e inalienável. Esta sua dimensão subjetiva, que alguns autores como CARLA AMADO GOMES rejeitam, por impossibilidade de definição do *quantum* individual do ambiente, completa o bem jurídico ambiente. A dimensão objetiva, outra *face* característica dos direitos fundamentais, mais divulgada e tratada a nível internacional, como por exemplo no artigo 37.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que reconhece o ambiente, não como um direito subjetivo, mas como valor e fim que a sociedade se propõe a prosseguir. Aliado ao direito fundamental, de natureza análogo aos direitos, liberdades e garantias, surge o dever fundamental de proteger o ambiente, ou seja, transforma a sua proteção num problema cívico. A Constituição incumbe, de modo a garantir um ambiente sadio e um desenvolvimento sustentável, o Estado de tal tarefa fundamental – artigos 9.º, alínea d), 66.º, n.º 2 e 81.º alíneas a), l), m) e n). A par da *Constituição ambiental*, o nosso ordenamento fica ainda mais *verde*, com a receção do direito internacional.

¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde cor de Direito, Lições de Direito do Ambiente*

CRIMES CONTRA IDOSOS – UMA PERSPETIVA LUSO-BRASILEIRA

Mestre Ana Sofia de Magalhães e Carvalho
Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Em Portugal, o conceito de idoso não é totalmente claro, havendo uma oscilação entre os 60 e os 65 anos de idade. O artigo 72.º da CRP sob a epígrafe “Terceira Idade” contém uma referência específica às pessoas idosas, reconhecendo-se os direitos das mesmas como Direitos Fundamentais.

É a dignidade da pessoa humana que fundamenta a existência de direitos fundamentais. A violência contra as pessoas idosas é uma grave violação dos direitos humanos, violência essa que deriva do desprezo pelo direito fundamental à dignidade do idoso.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define a violência contra as pessoas idosas como: “um ato único ou repetido, ou a falta de uma ação apropriada, que ocorre no âmbito de qualquer relacionamento onde haja uma expectativa de confiança, que cause mal ou aflição a uma pessoa mais velha”. De acordo com esta organização são cinco as principais formas de violência contra pessoas idosas: violência física, violência psicológica, violência financeira, violência sexual e negligência.

Em Portugal ainda não existem crimes exclusivamente pensados para proteção dos cidadãos idosos, já no Brasil esses crimes existem e os crimes gerais estão sujeitos a agravação de pena quando praticados contra idosos. Com efeito, o Brasil possui um Estatuto do Idoso que é um diploma jurídico concretizador do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Brasileira, no que respeita às pessoas de idade igual ou superior a sessenta anos de idade.

Devemos ter em conta que as populações a nível mundial estão a envelhecer, logo é preciso preparar a sociedade para a velhice, tratando-a como um direito fundamental e impondo medidas positivas para a sua efetivação quando tal for necessário, nomeadamente ao nível da previsão criminal.

GLOBALIZAÇÃO E PROCESSO PENAL: IMPLICAÇÕES E HESITAÇÕES

Mestre Ana Teresa Carneiro

Escola de Direito da Universidade do Minho

A globalização, fenómeno que inevitavelmente cunha a sociedade pós-moderna, determinou um novo paradigma de comportamento colectivo e individual, assente *inter alia* na livre e intensa circulação de pessoas e bens, nas facilidades de comunicação e na evolução tecnológica e científica. Sendo claramente inegável que, nas últimas décadas, a humanidade beneficiou, aos mais variados níveis, de um desenvolvimento sem precedentes, todavia este novo paradigma determinou também novas matrizes de uma criminalidade, também ela global. Pensemos, a título de exemplo, nos crimes de tráfico (v.g. de estupefacientes, de armas, de pessoas ou de órgãos), atividade de verdadeiras estruturas empresariais organizadas para o comércio de bens ilícitos, a operar numa sociedade em que tudo se vende, desde que haja procura, e mesmo que ao arrepio dos direitos humanos.

Ora, esta nova criminalidade, alheia a fronteiras ou soberanias, coloca relevantes obstáculos em sede da *praxis* forense, suscita interrogações incontornáveis aos sistemas de justiça penal, reclama novos e diferentes instrumentos jurídicos, nacionais e supranacionais, e obriga ao repensar de todo um paradigma de investigação criminal e de atividade probatória em processo penal. Na verdade, o processo penal têm tentado acompanhar *pari passu* a evolução da própria criminalidade, mediante a procura de respostas, soluções ou remédios eficazes e adequados a esta nova realidade. Mas o que poderá não levantar hesitações, pelo menos numa primeira leitura, e sob uma perspectiva de concretização e eficácia, sérias incertezas suscita, nomeadamente quando essas novas respostas implicam a ductilidade do regime probatório, a atenuação das garantias processuais penais clássicas e, *in extremis*, a denegação de princípios constitucionalmente consagrados.

O DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA FAMILIAR NO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Prof. Doutora Anabela Gonçalves
Escola de Direito da Universidade do Minho

A família é alvo de protecção constitucional no art. 36º da Constituição da República Portuguesa (CRP), no âmbito dos direitos liberdades e garantias, e no art. 67º da CRP, no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais. No direito constitucional português a família é protegida em duas vertentes: na vertente individual de protecção dos membros da família e na vertente institucional, da família como um todo, impondo-se ao Estado o dever de a proteger. Da vertente individual resulta a protecção da unidade da família e o direito de convivência entre os seus membros, assim como o dever e direito fundamental dos pais à educação e manutenção dos filhos, no sentido destes não serem separados dos pais (direito subjetivo também dos filhos). Na vertente institucional, o Estado tem o dever de agir positivamente na adopção de políticas que visem a sua defesa.

O direito ao respeito pela vida familiar tem também a sua consagração no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), aplicável em Portugal por força do art. 8º da CRP. O art. 8º, n.º 1, da CEDH, protege a família e a salvaguarda dos laços familiares existentes e o n.º 2 da norma proíbe intromissões ilegítimas por parte dos Estados.

O objecto da comunicação proposta é analisar de que forma o respeito pela vida familiar pode ser garantido nas situações de rapto internacional de crianças, em que um dos pais ilicitamente desloca ou retém a criança num país que não é aquele que corresponde à sua residência habitual, separando a criança do outro pai. Esta questão é regulada pela *Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* e pelo *Regulamento n.º 2201/2003 sobre competência internacional, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental*. Pretende-se analisar como é salvaguardado o direito do pai que foi separado da criança em manter os vínculos familiares com a mesma, e o direito da criança em manter os laços afetivos com esse pai. Para o efeito será analisada a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre a questão.

OS DIREITOS DE DEFESA DO ARGUIDO E A UNIÃO EUROPEIA: IGUALDADE DE ARMAS OU DESIGUALDADE MANIFESTA?

*Mestre André Paulino Piton
Instituto Universitário da Maia*

O fenómeno de expansão do direito de ir e vir livremente dentro da União Europeia tem sido um catalisador para a criminalidade transfronteiriça e uma força motriz para a cooperação entre Estados-Membros no domínio do direito penal. Nas últimas décadas, a União Europeia estabeleceu vários mecanismos que simplificam a cooperação entre os Estado-Membros, com vista a reforçar a segurança através da prevenção e repressão à criminalidade transfronteiriça e evitar que pessoas que tenha praticado um crime ou que por ele tenha sido condenadas num determinado Estado-Membro, possam usar esta construção europeia para escapar da justiça.

Se é certo que tais instrumentos se têm vindo a mostrar essenciais – e porventura até insuficientes – para garantir tal segurança, a verdade é que, para o desenvolvimento da União Europeia como um efetivo espaço de liberdade, segurança e justiça, todos reconhecem igualmente que os direitos de defesa do arguido são fundamentais e têm de ser assegurados. A sua concreta consagração, no entanto, aplicada a cada um daqueles instrumentos, têm enfrentado notórias dificuldades, continuando hoje o quadro jurídico dos direitos de defesa no âmbito da União Europeia a apresentar-se como manifestamente inadequado.

CRIMINALIZAÇÃO, DROGAS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: CONSTITUCIONALIDADE COMPARADA E CRIMINALIZAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITO – REFLEXÕES ENTRE PORTUGAL E BRASIL.

Mestre Andréa Madalena Wollmann
Advogada

Este trabalho tem por objetivo discutir, em dimensão de legislação constitucional comparada, como Brasil e Portugal atuam na criminalização de condutas relacionadas com a questão das drogas. Este estudo é parte de um projeto mais amplo de tese de doutoramento que investiga os Discursos humanos do século XX e XXI e sua contribuição para as (des)humanidades no combate as drogas nos países de língua lusófona e que tem patrocínio da CAPES-Brasil, através de bolsa de doutorado pleno no exterior. Não se pode negar o contexto de liberdades que se impõem na análise do direito ou não de dispor-se do corpo e de fazer ou não uso de drogas. Esse contexto de liberdade, assegurado por ambas Constituições (Brasileira e Portuguesa) pode ser utilizado na defesa da inconstitucionalidade de certas políticas repressivas no contexto da Guerra as drogas? Eis o objetivo imediato desta análise. Em uma primeira observação, percebemos que discute-se hoje no Brasil sobre a constitucionalidade da utilização dos mecanismos penais para a realização de uma política repressiva às drogas, usuários e varejistas, embora existam os que defendem que a lei descriminalizou o uso, o que não condiz com a realidade e a previsão legal de admoestação do usuário que seja flagrado portando droga para consumo ou consumindo. Em Portugal, temos a mais de decada, uma política que é apresentada como sendo descriminalizante do uso, mas que, contudo, não deixou de criminalizar o tráfico ou ainda controlar através de outros mecanismos fiscalizadores a venda e o uso de substâncias.

JUDICIAL REVIEW EM MATÉRIA CRIMINAL: A PROTEÇÃO DAS LIBERDADES CONTRA O LEGISLADOR. O CASO BRASILEIRO

Mestre António Pedro Melchior

Advogado

A Constituição da República portuguesa de 1976 e a Constituição da República brasileira de 1988 representam, cada qual a seu modo, um desdobramento de lutas políticas travadas contra o autoritarismo estatal. A centralidade das liberdades fundamentais, em ambos os textos constitucionais, produziu profundas modificações na vida social, cultural e política da população e de suas instituições. A reflexão sobre a legitimidade do *judicial review*, frequente no pensamento constitucional contemporâneo, ganhou novas dimensões neste contexto, em especial, no campo penal. A elaboração de leis penais e processuais penais está sujeita a fundamentos que correspondem à opção constitucional pelo regime democrático. No campo criminal, este regime se qualifica pela construção de limites rígidos ao exercício do poder, com o que se garante um processo de racionalização na elaboração de leis penais (criminalização primária) e processuais penais (afetação de garantias). O debate sobre o *judicial review* em matéria criminal, portanto, atualiza questões relevantes sobre democracia, legitimidade política e contramajoritarismo, permitindo que se pense a relação que estes conceitos estabelecem com uma concepção garantista da justiça criminal.

MARTINHO DE MENDONÇA DE PINA E DE PROENÇA

Prof. Doutor António Lemos Soares
Escola de Direito da Universidade do Minho

- 1 - Introdução.
- 2 - Integração da personagem na história do Direito Português do século XVIII.
- 3 - Um não jurista que influenciou o Direito Português a longo prazo.
- 4 - A influência das Luzes entre nós desde o reinado de D. João V.
- 5 - Um autor católico, membro do tribunal do Santo Ofício, mas que obteve o melhor das Luzes da pedagogia europeia.
- 6 - Viagem para o Brasil e ação administrativa.
- 7 - A interessante atividade de Martinho de Mendonça na criação do Real Colégio dos Nobres de Lisboa.
- 8 - A curiosa posição contratualista de Martinho de Mendonça acerca da fundação da sociedade juspolítica.
- 9 - Conclusão.

O ART. 62.º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA - DO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA E DAS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE DISPOSIÇÃO MORTIS CAUSA

Prof. Doutora Cristina Dias

Escola de Direito da Universidade do Minho

Nos 40 anos da Constituição da República Portuguesa (CRP), com uma realidade sociofamiliar atual distinta da existente na altura da sua entrada em vigor, pareceu-nos interessante olhar para alguns dos direitos fundamentais nela consagrados que tivessem ligação ao Direito da Família e das Sucessões. Decidimos dedicar este texto ao direito de propriedade privada reconhecido constitucionalmente no art. 62.º da CRP, na medida em que o mesmo sofre algumas restrições no domínio da disposição *mortis causa* dos bens do autor da sucessão.

A sucessão testamentária e a sucessão contratual encontram o seu fundamento no princípio da autonomia privada e da liberdade de disposição, que o art. 62.º da CRP inclui no direito de propriedade do titular. Sendo muito limitado o campo de admissibilidade dos pactos sucessórios, a sucessão testamentária representa a principal forma pela qual se manifesta a liberdade do autor da sucessão de dispor dos seus bens. O proprietário dos bens tem liberdade de dispor dos mesmos, tanto a título oneroso como gratuito (e, neste caso, quer entre vivos quer *mortis causa*). É no domínio dos atos de disposição a título gratuito *mortis causa* que o testamento desempenha a sua função.

A liberdade de disposição, enquanto tradução do direito à propriedade privada, está constitucionalmente consagrada (art. 62.º da CRP), mas também a família e a proteção da família (arts. 36.º e 67.º da CRP). A existência de uma quota indisponível do autor da sucessão pode implicar uma limitação exagerada do direito de propriedade que deve abranger a liberdade de testar de todos os bens de que se é titular.

A limitação do poder de disposição do autor da sucessão, que está forçado a respeitar a legítima dos seus herdeiros legitimários, demonstra a prevalência da conexão família e a proteção desta, garantindo que os bens do *de cuius* não saem da sua família, conjugal ou de parentesco, sobre a autonomia privada e a liberdade de disposição.

INCIDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE A PARTILHA HEREDITÁRIA

Mestre Diana Leiras

Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

A família encontra-se em permanente evolução, por via da necessidade da sua adaptação às modificações que, de forma constante, ocorrem na sociedade. Dada a importância da instituição familiar e com vista à essencial harmonização da Constituição à mesma, a revisão constitucional de 1976, ocupou-se dela em grande medida, desde logo, através da consagração (no seu art. 36.º) de importantes princípios. Por força da interconexão existente entre o Direito da Família e o Direito das Sucessões, com a reforma do Código Civil operada em 1977, que visou conformar este diploma legal aos novos imperativos constitucionais, foram introduzidas importantes modificações no seu Livro V dedicado ao Direito das sucessões.

Revestindo a relação conjugal, na família contemporânea - família nuclear -, especial importância e regendo-se pela igualdade entre os cônjuges, assistiu-se à dignificação da posição sucessória do cônjuge sobrevivente, designadamente, através da concessão do título de herdeiro legitimário, e da estipulação de atribuições preferenciais exclusivamente a seu favor. Por outro lado, a consagração do princípio da proibição da discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento determinou a abolição de melhores direitos sucessórios aos parentes “legítimos”, que se verificava quer na sucessão de descendentes, quer na sucessão de irmãos e seus descendentes.

Importa ainda analisar a evolução legislativa ocorrida desde então, sendo de salientar a reforma do processo de inventário operada com a aprovação da Lei n.º 23/2013, de 5 de março, bem como indagar sobre os casos em que o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se neste domínio.

Desta forma, este estudo visa a análise da incidência da jurisdição constitucional sobre a matéria da partilha hereditária, tanto numa perspectiva substantiva como processual.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição, partilha hereditária, processo de inventário

TEREMOS MESMO AINDA O DIREITO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS?

Prof. Doutora Elizabeth Fernandez

Escola de Direito da Universidade do Minho

No *paper* que nos propomos apresentar pretendemos discutir em três planos qual a efetividade do direito fundamental de acesso aos tribunais que o artigo 20º da CRP consagra.

No primeiro plano, tentaremos descobrir o que é que hoje é jurisdição e em que medida os fenómenos da resolução extrajudicial de litígios e do desaforamento judicial de certos direitos (v.g. partilhas e processo de inventário) respeitam o núcleo essencial desse direito fundamental, tentando perscrutar se não estaremos a assistir a uma evolução do conceito de jurisdição e se essa evolução é ainda passível de ser compatibilizada com o texto fundamental. Em suma, tratar-se de analisar qual o âmbito atualmente admissível da reserva de jurisdição. Este plano vai conduzir-nos na descoberta do que é afinal, nos nossos dias, um Tribunal. Só sabendo o que é que nos dias que correm é considerado um Tribunal é que poderemos concluir se todos temos direito de aceder a um Tribunal para resolver um litígio privado ou público.

No segundo plano, analisaremos se no plano do direito ordinário a regulamentação do vulgarmente conhecido apoio judiciário para determinar se a forma como está composto esse regime legal permite efetivamente que alguém que não tem meios económicos possa não veja essa insuficiência ser um obstáculo material ao exercício deste direito fundamental.

No terceiro plano, abordaremos a questão da efetividade da tutela judicial concedida pelos tribunais, questionando se estes fornecem uma tutela judicial adequada ao tipo de direitos atualmente em exercício e se a decisão judicial tem hoje a elasticidade necessária para resolver efetivamente um litígio, considerando o ritmo vertiginoso a qual, hoje, a realidade avança. A estabilidade das decisões judiciais está particularmente em causa neste plano, no qual se discutirá a urgente necessidade de reajustamento do caso julgado.

OS JOVENS INVESTIGADORES DO DIREITO NA LUSOFONIA: O QUE FAZER PARA DINAMIZAR A INTEGRAÇÃO CIENTÍFICA?

Mestre Fábio da Silva Veiga
Doutorando Universidade de Vigo

O século XX, nomeadamente a partir dos anos 50 ficará definitivamente conhecido como a época da globalização e da criação dos blocos económicos, com o surgimento de um movimento de integração económica mundial, do qual resultou o surgimento da EFTA, de CEE (hoje UE) e do MERCOSUL. As políticas de integração económica representam a primeira fase das políticas de desenvolvimento encetadas por esses blocos económicos, mas que nos anos noventa do século passado vieram a ser alargadas a outras áreas de integração, como seja a integração académica, através da promoção do intercâmbio e da formação de cariz internacional de estudantes, dos diferentes graus de ensino, do qual é exemplo o programa *Erasmus* da UE.

Os movimentos de integração académica, tal como o fenómeno de integração económica tem a sua génese no continente europeu, com o objetivo fundamental de criar a denominada *cidadania europeia*, que embora baseada na diversidade cultural, pretendeu fomentar a existência dos mesmos princípios e valores, como fonte imediata da identidade europeia. No entanto, na esfera científica é notório o défice de harmonização ao nível da qualidade da investigação nas universidades europeias e, no mesmo sentido, não existem movimentos de integração científica entre as instituições académicas europeias. Isto é, avançou-se decisivamente na harmonização do ensino, mas esquecendo-se erradamente a vertente da investigação científica.

Este panorama de desarmonia europeia representa uma oportunidade para o espaço lusófono e, eventualmente para o espaço ibero-americano, avançar historicamente para a integração académico-científica, com base num elo histórico e linguístico que os une, concretizando a integração científica entre as universidades lusófonas e ibero-americanas.

Torna-se fundamental perceber que a inexistência de centros de investigação dedicados ao espaço lusófono tem atrofiado o desenvolvimento da ciência jurídica e, aqueles que existem, encontram-se “reféns” das políticas universitárias, que impossibilitam que diferentes investigadores de outros espaços geográficos sejam aceites e integrados, pelo que a pergunta que nos propomos discutir e refletir no âmbito do III Congresso de Direito na Lusofonia é: *O que fazer para dinamizar a integração científica na lusofonia, em particular nas Faculdades de Direito?*

CONSTITUIÇÃO, EDUCAÇÃO FISCAL E CIDADANIA EM ANGOLA

Mestre Fausto Júlio

Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto

Esta apresentação/comunicação tem por objetivo discutir a importância de um tema relativamente novo no contexto social Angolano, que atravessa uma crise, provocada pela baixa do preço do petróleo. Nesta fase deve ser feita uma conscientização da Sociedade sobre a Constituição (CRA 2010), Cidadania e importância da arrecadação de Impostos por parte do Estado e em contrapartida elucidar o cidadão sobre seu dever em pagar Impostos para o Financiamento da Máquina Estatal. Não se pode discutir este tema sem ter em mente a função socioeconómica dos tributos, uma vez que eles são a maior fonte de recursos arrecadados pela Administração Pública.

O Estado necessita deste recurso para a realização de suas obras. É através da verba arrecadada com os tributos que o Governo consegue cuidar da saúde, educação, saneamento básico, entre outras necessidades básicas da população. A educação fiscal só tem significado como uma proposta de formação do indivíduo como um todo no contexto social para o pleno exercício da cidadania. Não há como discutir cidadania fora das relações humanas e da sociedade, como também não existe a possibilidade que o indivíduo exerça sua cidadania sem ter conhecimento da estrutura do Estado, da função socioeconómica do Tributo e de como são empregados os Recursos Públicos.

O cerne da educação fiscal é o fortalecimento, a solidificação e a plena efetivação da cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Cidadania; Tributo

REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE A PARTIR DO ART.º 29.º DA CRP

Prof. Doutor Conde Monteiro
Escola de Direito da Universidade do Minho

Tratar-se-á de refletir sobre o fundamento, sentido e âmbito do princípio da legalidade a partir do texto constitucional numa perspetiva que se deseja atual e problematizante.

Deste modo procurar-se-á num primeiro momento desenvolver esta temática num plano diacrónico para seguidamente se procurar contextualizar esta problemática num plano linguístico e axiológico.

As conclusões a que se chegará tenderão a entrosar-se no âmbito mais geral da problematicidade da fenomenologia jurídica, especialmente jurídico-penal, não deixando de analisar as pertinentes questões epistemológicas daqui derivadas.

O DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO – ESSÊNCIA, REFRAÇÕES E CONFIGURAÇÃO MODERNA NO ESPAÇO LUSÓFONO

Prof. Doutora Flávia Novera Loureiro
Escola de Direito da Universidade do Minho

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é usualmente reconhecido como um dos alicerces do direito processual penal moderno, indelevelmente ligado ao Estado de Direito democrático e ao princípio da lealdade que o deve pautar (o *due process*). Sem consagração constitucional expressa em Portugal, a doutrina e a jurisprudência reconhecem-lhe natureza constitucional implícita e há dele refrações em vários momentos e lugares do nosso ordenamento jurídico. Pretende-se nesta reflexão caracterizar o direito à não autoincriminação como direito fundamental, enquanto tal reconhecido no espaço lusófono, detetar homogeneidades e dissemelhanças no seu tratamento e considerar os seus diferentes campos de aplicação. Partir-se-á de uma visão problemática e dinâmica, que mais do que encontrar a razão de ser da consagração deste direito (muito embora dela não prescindam, naturalmente) quer, sobretudo, analisar a sua configuração atual e verificar se os contornos deste *privilege against self incrimination* se têm mantido os mesmos ou se, pelo contrário, teremos hoje que sustentar uma sua leitura atualista, aberta a novas densificações.

Será que, nos nossos dias, o núcleo deste direito fundamental continua a passar pelo direito ao silêncio? Deverão relevar-se outras manifestações deste direito, nomeadamente as relacionadas com os chamados deveres de colaboração? Não estarão as dificuldades relacionadas com a intercomunicabilidade probatória a por definitivamente em causa este princípio? Não exigirá o moderno direito sancionatório um outro olhar sobre o direito fundamental à não autoincriminação?

OS EFEITOS DA HARMONIZAÇÃO JURÍDICA POR VIA DO REENVIO PREJUDICIAL. ANÁLISE COMPARADA ENTRE OS SISTEMAS VIGENTES NA UNIÃO EUROPEIA, NA COMUNIDADE ANDINA DE NAÇÕES E NO MERCADO COMUM DO SUL

Mestre Francielle Vieira
Advogada

A unidade do direito da União Europeia e o seu sistema de reenvio prejudicial formam um vínculo indissolúvel. Diz-se frequentemente que o atual artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia é um dos dispositivos processuais mais importantes dos Tratados da União Europeia. Isto porque o sistema de decisões prejudiciais vem garantindo a máxima uniformidade na aplicação do direito da União Europeia através de uma efetiva cooperação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais nacionais. Além do mais, o reenvio prejudicial também tem servido para garantir a tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos europeus.

Inspirados no procedimento de reenvio prejudicial da União Europeia e no seu sucesso ao permitir a harmonização do direito da União Europeia, bem como a garantia de uma igualdade de tratamento de direitos dos seus cidadãos, muitos sistemas de integração regional foram incorporando modelos semelhantes de cooperação entre os tribunais nacionais e os tribunais internacionais (ou supranacionais), a fim de atingir o objetivo da integração. Neste sentido, este trabalho visa, acima de tudo, analisar o diálogo estabelecido entre os tribunais por via do mecanismo de reenvio prejudicial, nomeadamente nos sistemas jurídicos da União Europeia (UE), da Comunidade Andina de Nações (CAN) e do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), destacando os aspetos negativos e positivos de seus sistemas judiciais.

A escolha por essas três integrações regionais se justifica, em primeiro lugar, por causa da pioneira experiência da UE, tanto na implementação de um sistema jurídico supranacional, como na criação de um tribunal competente para analisar e interpretar suas normas. Em segundo lugar, porque a CAN tem uma estreita semelhança institucional e jurisdicional com a UE – o que nos permite questionar, entre outras coisas, a eficácia na transplantação de modelos. Por fim, a escolha pelo MERCOSUL permite dar completude ao estudo sobre modelos de integração regional entre dois continentes – Europa e América do Sul.

STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL: LEITURA A PARTIR DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Prof. Doutor Geraldo Prado

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

A Constituição da República portuguesa de 1976 inscreveu Portugal na comunidade das tradições democráticas e em muitos aspectos serviu de inspiração para a Constituição da República brasileira de 1988. Entre as características mais destacadas, no campo do Sistema Penal, está o corpo de garantias do processo penal, cuja interpretação/aplicação constitui desafio recorrente, pois que não raramente está condicionada por critérios de matriz autoritária. No intenso processo hermenêutico de redução da complexidade das garantias constitucionais, o âmbito da prova penal tende a sofrer as influências da base anterior e isso é refletido na tendência a não adoção, no processo decisório, de *standards* probatórios correspondentes à presunção de inocência. Os *standards* probatórios podem constituir importante mecanismo de contenção das arbitrariedades em um quadro geral de processo penal democrático.

A CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DE CONFLITOS FAMILIARES NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO ANGOLANO

Prof. Doutora Helena Mota
Faculdade de Direito da Universidade do Porto

A constitucionalidade da regra de conflitos e dos seus elementos de conexão, ainda que tenha suscitado no passado as maiores reservas, com o argumento de não caber um juízo de desconformidade com valores jurídico-materiais relativamente a normas que a eles estavam tendencialmente subtraídas, é hoje uma questão pacífica.

No ordenamento jurídico português, a ampla Reforma do Código Civil operada pelo DL n.º 496/77, de 25 de Novembro, alterou a redacção dos arts. 52.º, 53.º, 56.º, 57.º, 60.º e 61.º e revogou os arts. 58.º e 59.º, em obediência aos novos princípios de igualdade entre os cônjuges (art. 36.º, n.º 3 da CRP) e não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (art. 36.º, n.º 4 da CRP), eliminado as conexões que referiam apenas a lei pessoal do marido, do pai e do adoptante.

Também em Angola, a Constituição da República de Angola de 2010, designadamente nos arts. 35.º, 80.º e 81.º, consagra o princípio da protecção pelo Estado da família fundada quer no casamento quer na união de facto, a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher no seio da família, a obrigação da família e do Estado em educar e proteger as crianças e os jovens, o respeito pela personalidade de todos os membros da família e, em especial, das crianças.

Em conformidade, o Código da Família angolano, aprovado pela Lei n.º 1/88, consagra o princípio da igualdade entre homem e mulher (art. 3.º), a protecção dos interesses da criança (art. 4.º) e o livre desenvolvimento da personalidade (art. 6.º), para além de afirmar um princípio de verdade biológica no estabelecimento da filiação, afastando-se radicalmente do paradigma do Código civil português de 1966 que se baseava na ideia de “legitimação” somente dos filhos nascidos no casamento.

Não obstante, nas demais matérias civilísticas e, em particular no Direito dos Conflitos, em Angola continua, 40 anos depois, a vigorar o Código Civil de 1966, no que resulta uma clara inconstitucionalidade das regras de conflitos que mantêm a exclusiva referência à lei pessoal do marido ou do pai ou a designação da lei aplicável à filiação ilegítima, pelo que urge proceder à sua revogação e/ou alteração.

O ESTATUTO DA TRIBUTAÇÃO DO PATRIMÓNIO NO SISTEMA FISCAL – ABORDAGEM COMPARATIVA

Mestre Hugo Flores

Escola de Direito da Universidade do Minho

O Direito Tributário constitui um dos domínios, se não o domínio por excelência, do Direito com maiores níveis de resistência no que respeita à aplicação das respetivas normas, aspeto que se deverá a um complexo bastante alargado de fatores, de entre os quais, se destacará, naturalmente, o facto de a tributação se traduzir na produção coativa de ablações financeiras na esfera jurídica dos sujeitos. Acresce que, e sem prejuízo de outros fatores (de natureza jurídica, sociológica, psicológica, etc.) a legitimidade com que os sujeitos perspetivam as normas tributárias contribui de forma determinante para o incremento ou diminuição da resistência face à sua aplicação. Os sujeitos estarão, naturalmente, mais recetivos à aplicação de normas jurídicas que compreendem e cuja legitimidade não questionam, do que à aplicação de normas que não compreendem e cuja legitimidade colocam em causa.

A problemática identificada acentua-se no contexto da tributação do património, face a uma incompreensão generalizada relativamente à tipologia de manifestações de capacidade contributiva que se pretende ver atingidas com a tributação referida.

Com a intervenção proposta pretendemos contrariar a tendência assinalada, convocando o tema da tributação do património para o debate científico-jurídico, analisando o seu estatuto no contexto do sistema fiscal e provendo a análise da sua relevância no âmbito de diferentes ordens jurídicas.

CONTRATO DE TRABALHO EM COMISSÃO DE SERVIÇO SEM GARANTIA DE EMPREGO E O PROBLEMA DA SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

Prof. Doutora Irene Gomes
Escola de Direito da Universidade do Minho

A Constituição da República Portuguesa desempenha um papel nuclear quer como «fonte indirecta», quer como «fonte qualificada» do Direito do Trabalho, consagrando uma série de direitos fundamentais, destacando-se, em particular, o direito à segurança no emprego.

Entre nós, o contrato de trabalho em comissão de serviço é a resposta do Direito positivo mais vocacionada à particular posição ocupada pelo trabalhador *dirigente* na estrutura organizacional do empregador na medida em que, tendo em conta a natureza das funções subjacentes à figura – funções de direcção e, em geral, funções de confiança – permite o afastamento de certos princípios estruturantes que se foram afirmando no ordenamento jurídico-laboral português, como o princípio da irreversibilidade da categoria profissional, da irredutibilidade da retribuição e, em certos casos, do próprio princípio do despedimento causal.

De facto, na modalidade da comissão de serviço de trabalhador externo sem garantia de emprego permite-se o despedimento *ad nutum*, o que legitima questionar a conformidade desta figura contratual com a segurança no emprego prevista no art. 53.º da Constituição da República Portuguesa.

A questão foi já, aliás, objeto de apreciação por duas vezes pelo Tribunal Constitucional, quer no Acórdão n.º 64/91, de 4 de abril, quer no Acórdão n.º 338/2010, de 8 de novembro, mas o problema continua a ser controverso.

Ora, é precisamente a análise da conformidade do contrato de trabalho em comissão de serviço com a Constituição da República Portuguesa que se propõe tratar no âmbito do Congresso Internacional “Direito na Lusofonia” subordinado ao tema *Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*.

A (RE)VISÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA Q.B

Prof. Doutora Irene Portela

Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

A celebração dos 40 anos da Constituição da República Portuguesa está retratada nos registos do tempo e nos arquivos da história. Os dias marcantes da vida constitucional republicana estão documentados e testemunhas vivas relatam as presenças, os gestos e as expressões carismáticas dos dirigentes políticos mais brilhantes e audazes perante a nova da democracia e o pluralismo. A crise que hoje ainda vivemos turva a imagem do horizonte do futuro. Pensar o futuro é muito difícil. Pensar para decidir o futuro não é para ingénuos, nem para quem não se interessa pelas decisões do poder. Repentinamente os candidatos às eleições para o Governo e às eleições presidenciais são nossos conhecidos da televisão, dos *reality shows* e a questão é esta: - o povo deve votar com responsabilidade. O povo deve escolher os seus representantes, mas o povo não assistiu ao processo da desconstrução do discurso político e ideológico que fundamenta a escolha do(s) seu(s) líder(s). O povo escolheu, exerceu o poder constituinte mas o tema da revisão da Constituição continua sem solução. Há um caminho que deve ser traçado: o da natureza endógena e *tectónica* da Constituição até chegar à questão da legitimidade parlamentar e política para aprovar uma revisão constitucional. Caminho sinuoso, atentos os resultados eleitorais que elegeram o XXI Governo Constitucional. Mas a questão da revisão constitucional permanece e será novamente objeto de discussão, até porque o próprio texto constitucional assim o demanda. Neste trabalho pretendemos expor as várias dificuldades, num eixo jurídico, encontradas à volta da revisão da Constituição. O método que nos propomos usar é o da análise jurídico-interpretativa da Constituição da República Portuguesa.

A CRISE DO ESTADO SOCIAL E O DIREITO À SAÚDE

Prof. Doutora Isa António
ESTGF – IPP

O “Estado Social” encontra-se segundo uns autores em “estado agonizante” e de acordo com outros, “em estado de mutação”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representa a “cartilha” do Estado Social, o qual vive “de” e “para” o ser humano, o qual se caracteriza pela sua vertente prestadora, protectora e concretizadora dos direitos sociais do cidadão com vista ao seu “Bem-estar”, tendo granjeado a denominação de “Estado de Bem-Estar Social”.

Todavia, este Estado não é infalível e conhece limites, de cariz económico-financeiro, os quais possuem uma força de bloqueio inexorável à vontade e ensejos daquele. A sua *fatalidade* prende-se com a sua dependência de recursos económicos, financeiros, técnicos, científicos e humanos, os quais são “escassos”.

Esta escassez económico-financeira “possui”, em Direito Constitucional, o seu próprio princípio: o “princípio da dependência económico-financeira” soberajamente invocado pelos governos “mais liberais”. Inversamente, quanto mais “socializante” for o ideário de um governo, maior apelo far-se-á ao princípio da dignidade humana.

Existem direitos sociais que jamais poderão estar ao livre dispor dos governos, devendo ser “imunes” ou “alheios” à invocação do princípio de dependência económico-financeira do Estado. Este princípio reconduz-se na sua essência, a permitir que com base em factores puramente economicistas, sejam adoptadas medidas legislativas, políticas e/ou administrativas tendentes à ab-rogação, total ou parcial, de um direito essencial.

O direito à saúde é o caso paradigmático, devendo ser salvaguardado em nome dos princípios da proibição do retrocesso social e da dignidade humana. Mais que um direito constitucional é um direito humano que pertence ao indivíduo enquanto tal, indissociável da sua própria dignidade e do próprio direito à vida.

A crise vivenciada pelo Estado Social não poderá afectar o direito à saúde, devendo este constituir o “núcleo duro” imutável e independente de qualquer mudança político-estadual.

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS REAIS E DO DIREITO PATRIMONIAL

Prof. Doutora Isabel Meneres Campos
Escola de Direito da Universidade do Minho

A *Grundnorm* do artigo 62º da Constituição e a sua interpretação.

A função social e económica da propriedade privada.

Limitações de direito privado ao exercício do direito de propriedade.

Abuso do direito de propriedade e colisão de direitos.

As faculdades de gozo e de disposição como direitos fundamentais, bem como o direito de sucessão *mortis causa*.

A jurisprudência recente do Tribunal Constitucional em matéria de direito de propriedade.

CONSENTIMENTO INFORMADO NO PLANO CONSTITUCIONAL E NO PLANO CIVILÍSTICO: AS EXPERIÊNCIAS JURÍDICAS PORTUGUESA E ESPAÑHOLA

Prof. Doutor Javier Barcelo Domenech
Universidade de Alicante

A consagração legal do consentimento informado, desenvolvida ao longo do século XX, consiste sobretudo na superação do *paternalismo clínico* pelo primado do *principio da autonomía do paciente*. Ao paciente é hoje reconhecido o direito a autodeterminação nos cuidados de saúde.

No plano constitucional, o art. 25º da CRP proclama «a integridade moral e física das pessoas é inviolável»; este direito desdobra-se no direito à integridade física e no direito à integridade moral de cada pessoa e para a doutrina portuguesa traduz-se essencialmente num «direito a não ser agredido ou ofendido no corpo ou no espírito por meios físicos ou morais». O fundamento jurídico constitucional em Espanha reside também nos direitos à vida, à integridade física e à integridade moral, mas o Tribunal Supremo criou problemas quando fala de «direito humano fundamental».

No plano civilístico, em Portugal encontra-se consagrado o *direito geral de personalidade* (art. 70º CC); está previsto no nº 1 do art. 70º esse *direito fonte*, mas também está previsto o direito especial de personalidade à integridade física e moral (art. 15 CE), como o qual se relaciona o direito à liberdade de vontade e autodeterminação, que é precisamente onde se fundamenta civilisticamente o consentimento informado. Em Espanha, não encontra-se uma categoria de direitos de personalidade no Código civil de 1889, e a doutrina e jurisprudência consideram outros aspectos no plano civilístico: o dever de informar como um dever contratual do médico, dever que faz parte da *lex artis ad hoc*.

CADA HOMEM É UMA RAÇA: DIREITO, LÍNGUA E LITERATURA NA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE HISTÓRICA

Prof.^a Doutora Joana Aguiar e Silva

Escola de Direito da Universidade do Minho

Num extraordinário conto escrito em 1960, refere-se Jorge Luis Borges às múltiplas personagens assumidas pelo escritor relativamente à sua própria pessoa, e à sua própria personalidade. Como se não apenas o texto escrito ganhasse autonomia face ao seu autor, mas o próprio escritor assumisse entidades diferentes da sua no acto criativo de escrita, saindo de si e transmutando-se noutra(s) que o texto vem a reverberar. Pretende-se nesta comunicação reflectir sobre a eventualidade de essa ser igualmente a experiência de escrita do legislador constitucional, no momento em que se assume como o demiúrgico criador daquele que será porventura o texto mais utópico que compõe as contemporâneas ordens jurídicas ocidentais. Um texto com o qual seres inerentemente imperfeitos pretendem instituir a perfeição. A natureza ficcional que subjaz a um projecto constitucional moderno, é também aquela que podemos imputar à própria entidade que o materializa: sem rosto ou identidade particular (ou com muitos rostos e múltiplas personalidades), mas a cuja “intenção” é mister recorrer (por determinação circular da mesma entidade) para proceder à interpretação do texto que vem a consagrar. Num ano em que se celebram os 40 anos do texto constitucional em vigor no nosso país, e os 500 anos do *magnum opus* de Thomas Moore, *Utopia*, sente-se o chamamento para apreender as considerações e as implicações teóricas e pragmáticas da discursividade do nosso texto fundamental.

SOBERANIA E DIREITO FISCAL DA UNIÃO EUROPEIA

Prof. Doutor João Sérgio Ribeiro
Escola de Direito da Universidade do Minho

A intervenção visa problematizar a relação entre a Soberania Fiscal e o, cada vez mais presente, Direito Fiscal da União Europeia, para determinar se este último implica necessariamente um enfraquecimento daquela, tal como é esboçada classicamente em termos constitucionais.

O MODELO DE AUTORREGULAÇÃO REGULADA E A TEORIA DA CAPTURA: OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

Prof. Doutor José Carlos de Oliveira
UNESP

Inicialmente, o conceito de regulação econômica tem em vista dois objetivos bastante definidos, a saber: a eficiência do mercado e a proteção do investidor. Um Estado que garante a livre iniciativa, por meio da regulação, deve aliar interesses próprios, dos agentes econômicos e dos consumidores, garantindo o respeito às estruturas de mercado, incentivando a concorrência e impedindo abusos de poder econômico. Compreendendo a atual configuração do mercado e a necessidade de intervenção, adota-se o modelo de “autorregulação regulada”, em que se impõe aos agentes regulados o dever de informar as operações realizadas e fiscalizem tanto a própria atuação quanto aquelas, ainda que externas, à que tiverem acesso, de modo que às agências reguladoras resta o papel de analisar as informações prestadas e aplicar as sanções ou medidas cabíveis

Aliados a estes estão ainda o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ambos vinculados ao Ministério da Justiça, que auxiliam na prevenção e apuração de delitos econômicos ou medidas anticoncorrenciais.

RELACIÓNS PRIVADAS INTERNACIONAIS E CONVÉNIOS COLETIVOS

Prof.ª Doutora Laura Carballo Piñeiro
Universidade de Santiago de Compostela

Os convenios colectivos son produto de negociación privada que teñen eficacia normativa segundo a lexislación de moitos Estados, sempre e cando se cumpran as condicións marcadas para o desenvolvemento da negociación colectiva. Isto conleva un marcado territorialismo na aproximación a estes instrumentos xurídicos que pón en evidencia as insuficiencias da división en mercados de traballo nacionais, isto é, o convenio colectivo é apto para reglamentar as relacións laborais nacionais, pero enfréntase a problemas importantes cando as relacións laborais teñen un carácter internacional. Os problemas máis evidentes son os que atinxen á súa condición de fonte normativa e, por tanto, reguladora de concretos contratos de traballo; desde a perspectiva internacional-privatista se trataría entón de examinar se é aplicable a un concreto contrato. Pero os convenios colectivos son tamén obxeto normativo, isto é, cómpre discutir sobre que lei regula a súa existencia, validez e eficacia, cuestión na que esta comunicación pretende centrarse.

A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA AO COSMOPOLITISMO: UM “ADEUS” AO ESTADO?

Mestre Luciana Sousa Santos

Advogada

Constitucionalismo centrado no Estado e novos constitucionalismos não são forçosamente alternativos, antes coexistem no quadro do chamado pluralismo constitucional. Na prática, verifica-se uma tendência para clamar o crepúsculo do constitucionalismo estadual triunfante, pugnando-se pela aproximação ao direito transnacional através da transferência de conceitos e de instituições nacionais para os níveis regional e global.

No entanto, impõe-se declinar quer a tese de que o Estado nacional é já um ator praticamente inexistente, quer a visão de que as transformações que tem sofrido o afetam apenas de forma marginal, devendo, ao invés, realçar-se que aquilo a que se assiste no nosso tempo é a uma *reinvenção* do Estado Constitucional. Com efeito, o alcance parcelar e heterogéneo da dinâmica de desnacionalização e a relevância que os Estados continuam a assumir nas relações internacionais evidenciam que, em vez de um “adeus” ao Estado, se deve reconhecer que este continua a desempenhar um papel essencial, ainda que mais reduzido, numa ordem multidimensional e multinível. Sem dúvida, o Estado perdeu a identidade adquirida com o sistema de Vestefália, inserindo-se, hoje, numa rede mais complexa de poderes públicos.

A amizade da Constituição de 1976 pelo direito internacional manifesta-se no conjunto de soluções consagradas pelo legislador constitucional português que apontam, precisamente, para um Estado cosmopolita ou para um Estado de soberania europeizada e internacionalizada. E o compromisso constitucional com o pluralismo jurídico implica uma flexibilização do primado da Constituição, historicamente assente na velha ideia de um territorialismo soberanista.

A Lei Fundamental emerge, assim, como a Constituição de uma comunidade constitucional parcial num contexto jusinternacional mais abrangente.

AS FORÇAS ARMADAS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ministro Luís Carlos Gomes Mattos
Superior Tribunal Militar Brasileiro

A missão constitucional das Forças Armadas

A defesa da Pátria

O emprego da Garantia da Lei e da Ordem

O emprego das Ações Subsidiárias

A importância do Direito Militar no cumprimento das missões constitucionais

Conclusões.

A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: (IN)ADMISSIBILIDADE NOS 40 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (?)

Prof. Doutor Manuel Valente
Diretor do ICPOL

As tendências/tentativas constantes de administrativizar o Direito penal encontram-se em confronto pleno com o paradigma humanista e garantista da Constituição penal portuguesa de 1976. Viajando no tempo das revisões constitucionais, parece-nos que existe uma inadmissibilidade dessa administrativização do Direito penal.

Mas o clamor da eficácia, assumido pelas teorias securitárias e de 'segurança máxima', reclama uma mudança de paradigma. Colva-se um grande desafio: devemos tão-só resistir ou pugnar por uma solução que evite a descapitalização garantista e humanista do Direito penal dentro do atual quadro constitucional legítimo, válido, vigente e efetivo.

COMPARATIVO ENTRE A LEGISLAÇÃO DE DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO PORTUGUESA E BRASILEIRA E OS DESAFIOS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

Mestre Marciele Berger Bernardes
Doutoranda da Universidade do Minho

Com o advento da Sociedade Informacional e as novas tecnologias (TICs) dela decorrentes (internet) o direito fundamental de acesso à informação ganha ferramentas para aprimorar o exercício de outros direitos como a participação popular. Diante disso, este trabalho visa realizar um estudo comparado entre Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA) portuguesa e a Lei de Acesso à Informação (LAI) brasileira. Para a elaboração deste estudo, empregou-se o método de procedimento monográfico, fazendo-se uso da técnica de pesquisa baseada na revisão bibliográfica. A partir da análise realizada pode-se constatar que apesar de o Brasil possuir uma legislação mais recente e de ocupar melhor posição no Ranking Global de Direito a Informação (RTI-2015) isso não significa que o Estado brasileiro assegura maior transparência e efetivo acesso à informação aos seus cidadãos. Neste sentido, pode-se inferir que tanto o Estado português quanto o brasileiro apresentam dificuldades de implementação das suas leis de acesso à informação. Todavia tais diplomas podem ser considerados um marco para a efetivação da democracia e, portanto, necessitam da formulação de novas políticas públicas para garantir efetiva aproximação entre cidadãos e seus representantes.

A CONSENSUALIDADE NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE CONTROLE EXTERNO

Mestre Marcilio Barenco Corrêa de Mello

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais

A atividade administrativa de controle externo da atualidade possui diversos mecanismos de composição dos litígios visando à prevenção e a solução de conflitos, sem se descuidar da última instância representada pelo sistema coercitivo-sancionatório.

De certo, os maiores vetores da atividade administrativa – que devem encontrar guarida no princípio da legalidade –, seriam na atualidade: a) o contratualismo (novas fórmulas convencionais); b) a substituição de mecanismos lastrados na hierarquia das relações internas da Administração (órgãos ou entidades vinculadas); c) participação do destinatário na tomada de decisões, e; d) emprego de técnicas de prevenção de ilícitos ou solução de conflitos.

Alguns exemplos podem ser usados para demonstrar esses vetores na seara do controle externo, tais como: a atividade das auditorias operacionais; as consultas formuladas aos órgãos controladores; os termos de ajustamento de conduta, os termos de ajustamento de gestão, a arbitragem, a mediação, dentre outros.

Todos esses instrumentos são típicos do momento vivido pelo Direito Administrativo, caracterizado de forma saliente por uma Administração Pública Consensual.

Essa possibilidade destacada pelas principais obras contemporâneas do Direito Administrativo, evidenciam o abandono de um viés convencional autoritário, em benefício de um viés muito mais democrático, possibilitando a participação dos destinatários dos comandos administrativos em suas próprias elaborações, concomitantemente ao exercício do controle preventivo, muito mais eficaz no atingimento do produto final da eficiência e boa governança.

Todavia, tais mecanismos devem estar atentos a alguns problemas que podem surgir nesse novo movimento consensual em sede controle externo da Administração Pública, tais como: a) de que consensualidade no controle preventivo suplante a discricionariedade do gestor público na implementação de políticas; b) que a busca pela eficiência estatal enfraqueça a busca da justiça na atividade administrativa e; c) que a coisa pública seja substituída pelas forma difusas de cidadania privada.

OS ARGUMENTOS CIENTÍFICOS NOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Prof. Doutora Margarida Maria Lacombe Camargo
Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

Uma das grandes questões que se apresentam para a Teoria do Direito é a relação entre Direito e Ciência, ampliada em um quadro de judicialização da política e de ativismo judicial. Os tribunais são chamados, cada vez mais, a se pronunciar sobre questões que não dominam, como a constitucionalidade do uso de células tronco embrionárias para a pesquisa de doenças neurodegenerativas e a interrupção da gravidez em casos de má formação do feto. São situações em que os juízes se vêem, de alguma maneira, reféns do que dizem os cientistas. E como delimitar o grau de deferência nessa relação? Ou: Até que ponto existe uma subordinação do direito em relação à ciência? Podemos dizer que as evidências apresentadas pelos peritos vinculam a ação do juiz ou servem como argumento de autoridade para a tomada de decisão? São questões que transbordam os limites da Teoria do Direito e alcançam o Direito Constitucional no processo de controle da constitucionalidade das leis, com todas as implicações políticas e institucionais daí decorrentes.

Nesse sentido, acredito que um estudo sobre as audiências públicas no Brasil pode abrir uma porta para o diálogo com outros países no sentido de perceber como essas questões têm sido enfrentadas em cada um deles, com destaque, no caso, para Portugal. O estudo procura avançar no sentido de se perceber a natureza probatória da manifestação dos cientistas em audiência pública: se podem ser vistas como evidência, que trazem consigo razões suficientes para sua aceitação, ou se as suas consequências para a solução do caso concreto dependem do esforço argumentativo de quem as sustenta.

PALAVRAS-CHAVE: audiência pública; prova científica; argumentação.

O DEPOIMENTO INDIRETO E O DIREITO DE DEFESA DO ARGUIDO: UMA LEITURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Prof. Doutora Margarida Santos

Escola de Direito da Universidade do Minho

O depoimento indireto (art.º 129.º do CPP) consiste na revelação processual de factos (conhecidos extra-processualmente) que não foram objeto de conhecimento direto da testemunha. Este meio de prova assume grande relevância no contexto da prova testemunhal, atendendo, desde logo, à frequência com que surge na prática judiciária.

Apesar da estabilidade da redação do art.º 129.º do CPP que mantém a sua versão inicial, verificam-se, sobretudo na jurisprudência, algumas divergências na interpretação deste normativo, sustentadas em fundamentações algo duvidosas de um ponto de vista jurídico-constitucional.

Neste sentido, depois de se dar conta do regime legal do depoimento indireto e do entendimento doutrinário e jurisprudencial em torno deste, indaga-se se a fundamentação utilizada sobretudo por alguma jurisprudência, refletida nalgumas fundamentações da matéria de facto das sentenças/acórdãos, **não se afigura incompatível com o exercício do direito ao silêncio do arguido, que constitui uma manifestação do seu direito de defesa constitucionalmente garantido** (art.º 32.º, n.º1, da CRP; art.º 61.º, n.º1, al. d) e 343, n.º1, CPP) e com a presunção da inocência (art.º 32.º, n.º 2, da CRP).

O DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO E A SITUAÇÃO DE COMPLEXIDADE POLÍTICA, SOCIAL, ECONÓMICA E CULTURAL DE TIMOR-LESTE

Mestre Maria Ângela Carrascalão
Decana da Faculdade de Direito de Timor Leste

A Constituição timorense confere à propriedade privada a qualidade de direito fundamental, salvaguarda os direitos concretos da propriedade, configurando-a no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, entre os direitos e deveres económicos, sociais e culturais; garante que todo o individuo tem direito à propriedade privada (artigo 54º, nº 1) mas restringe esse direito ao determinar que só os cidadãos nacionais têm direito à terra (artigo 54º, nº 4), o que terá provavelmente uma explicação histórica fundamentada na ocupação indonésia e na necessidade de evitar que um estrangeiro seja proprietário da terra. Defende, no n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo 54.º, que a propriedade privada não deve ser usada em prejuízo da sua função social e garante que a requisição e a expropriação por utilidade pública só têm lugar mediante justa indemnização, nos termos da lei.

O objetivo do preceituado constitucional não tem sido, todavia, facilmente alcançável devido à situação de grande complexidade política, social, económica e cultural de Timor-Leste que resulta, para além de outros fatores, da longa e diferenciada presença estrangeira em Timor onde os conflitos sobre a propriedade da terra não são um fenómeno novo uma vez que atravessam os vários estádios da história de Timor-Leste, desde a colonização portuguesa, à ocupação indonésia, passando pela administração transitória da ONU através da UNTAET e à restauração da independência em 2002.

Por outro lado, o Estado de Timor-Leste depara-se com a precedência portuguesa marcada pela independência de 28 de Novembro de 1975, consagrada na Constituição, e a da Indonésia até Outubro de 1999, antes da administração do território pela UNTAET – que precedeu a restauração da independência em 20 de Maio de 2002 –, daqui resultando a existência de uma componente humana múltipla e multicultural, intrínsecos à identidade timorense e elemento fundamental da vida coletiva.

Recorde-se ainda que Timor-Leste assumiu o reconhecimento das duas independências como marcos jurídicos da construção do Estado, havendo pois

que extrair as devidas consequências, o que significa que o Estado timorense reconhece, por exemplo e por via disso, a propriedade privada dos cidadãos em ambos os períodos da História do país (à natural exceção de atos administrativos do Estado indonésio pela posse de bens timorenses e da tomada de posse prepotente de cidadãos indonésios, geralmente militares).

Considere-se também que as reivindicações de terras, da propriedade herdada durante as administrações de Portugal e da Indonésia e a ocupação ilegal generalizada pela população (em deslocamentos consequentes das crises) fomentaram situações de conflito pela contínua e complexa disputa da terra. Acrescente-se que a destruição quase total do país ocasionou o desaparecimento dos registos e de muitos títulos referentes à propriedade dos bens imóveis e a falta ou a multiplicação fraudulenta de registos de propriedade ou de registos contraditórios da administração portuguesa e da indonésia. Destas situações diversas surgiram problemas a que não é fácil dar resposta por ausência de base legal, afetando simultaneamente o património do Estado, o património dos particulares, criando instabilidade social e restringindo o desenvolvimento económico; urge regular por Lei a propriedade, o uso e a posse útil das terras como determina a Constituição no artigo 141º; mas essa tarefa não se tem afigurado simples não só pelas dificuldades provenientes do reconhecimento da legislação portuguesa e da lei indonésia, bem como pela sua adaptação à nova ordem jurídica de Timor-Leste e à criação de nova legislação consentânea com os interesses da sociedade timorense, constituída por timorenses de origem diversa. Urge, como se explica no preâmbulo de uma das propostas de lei, “a clarificação da situação jurídica da propriedade através do reconhecimento de direitos de propriedade anteriores”.

O quadro é reconhecidamente difícil pelo que é legítimo e compreensível que se ponha a questão sobre se o Estado conseguirá concretizar o que consagra a Constituição e aplicar a Lei (quando e se for aprovada) devido à complexidade questões que ela abrange, tão especiais e sensíveis como – entre outras – o conceito tradicional de propriedade, a nacionalidade, os títulos adquiridos durante a colonização portuguesa, durante a ocupação indonésia e após a restauração da independência internacionalmente reconhecida a 20 de Maio de 2002.

O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO E O DIREITO DE PROPRIEDADE TERRITORIAL DOS POVOS INDÍGENAS: UMA LEITURA A PARTIR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Prof.^a Doutora Maria Creusa de Araújo Borges
Universidade Federal de Paraíba

A problemática concernente à proteção dos territórios indígenas alcança centralidade na normativa internacional de proteção dos direitos humanos. O sistema regional americano, por intermédio dos seus órgãos de proteção, tais como a Comissão e a Corte Interamericana, tem se debruçado sobre questões e demandas relativas aos direitos dos povos indígenas. A proteção dos territórios indígenas tem se constituído em demanda recorrente, se traduzindo numa verdadeira questão indígena a ser examinada em sua especificidade. Primeiramente, a questão da terra indígena não poder ser interpretada nos moldes do direito de propriedade, tal como regulado na Constituição Federal brasileira de 1988, art. 5º, *caput*, como um direito individual baseado no princípio da igualdade formal. O princípio matriz que informa o núcleo dos direitos indígenas, dentre eles, o direito às suas terras, compreendidas como territórios, constitui o princípio da autodeterminação. Não obstante os órgãos do Sistema Interamericano compreenderem que esses direitos encontram amparo na regulação do direito de propriedade com fulcro nos artigos XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o fato é que o território indígena é compreendido como um espaço étnico-cultural, adquirindo um significado diferente do direito de propriedade capitalista. Trata-se, na verdade, de uma propriedade territorial, uma forma de propriedade que se fundamenta na posse tradicional, necessária à reprodução física e cultural dos indígenas em consonância com a sua autodeterminação. Nessa perspectiva, é examinada a interpretação do sistema regional americano no tocante ao direito de propriedade territorial dos povos indígenas, cujas demandas se articulam em termos de auto-determinação.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Auto-Determinação; Povos Indígenas; Direito de Propriedade Territorial

MERCOSUL: INTERGOVERNABILIDADE E DESAFIOS À SUPRANACIONALIDADE

Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Superior Tribunal Militar do Brasil

Em 26 de março de 2016, o MERCOSUL completará 26 anos de existência.

Mas bem antes, a Sul América já buscava a integração com a Região como forma de ampliar os mercados nacionais e incrementar o aproveitamento das economias de escala; e isto desde a primeira metade do século XX, sem embargo da assinatura dos acordos bilaterais de livre comércio remontarem a séculos anteriores.

Fato é que os modelos de integração se multiplicaram pelo globo e têm passado por processos de adaptação e modernização, conforme cada contexto regional, tal qual o inaugurado no continente europeu.

Na América Latina e do Sul, o fenômeno adquiriu contornos próprios, originando diversos organismos de domínio específico tais como: a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (1960), a Associação Latino-Americana de Integração (1980), o Grupo Andino (1969), convertido depois em Comunidade Andina de Nações (1996); a Comunidade e Mercado Comum do Caribe (1972); o Mercado Comum do Sul (1991); a Iniciativa para a Integração da Infra-Estrutura Regional Sul-Americana (2000); e a Comunidade Sul-Americana de Nações (2004), que se tornou a União de Nações Sul-Americanas (2008).

Assumindo a forma de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum ou união econômica, a integração é um processo emergente nas relações internacionais contemporâneas que se espalhou pelo cone sul.

Nos seus primórdios, tentativas experimentaram períodos titubeantes no tocante a definição das políticas regionais e no êxito comercial relativo.

Por seu turno, o MERCOSUL, ao aniversariar sua primeira década sofreu um forte embate econômico, ao presenciar o surgimento de diversas controvérsias entre seus sócios, o que ocasionou a perda de credibilidade diante da sociedade civil.

Contudo, nos últimos 12 anos, ele se encontra em um momento de convergência política favorável com os parceiros, devido à retomada do compromisso integracionista pelos Estados-Partes, desta vez, com feição mais social. Não se olvide, porém, que ao longo de seus vinte e seis anos, o Mercado Comum do Sul

revelou-se um importante foro de diálogo intrabloco, um relevante condutor das negociações extrarregionais e uma rica fonte de normas internacionais.

Nesse sentido, a análise que se intenta abordar sobre o tema, centra-se nas as assimetrias e dificuldades por ele enfrentadas na contemporaneidade, sobrelevando-lhe, paralelamente, os avanços e conquistas, com vistas a propor a transladação paulatina do modelo de intergovernabilidade para o da supranacionalidade como única possibilidade de o bloco mercosulista consolidar-se e tornar-se, de fato, um mercado comum.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ESTRANGEIROS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Mestre Maria Hylma Alcaraz Salgado

Advogada

O desenvolvimento econômico dos países membros da União Europeia é um fator de atração para os fluxos migratórios internacionais. A chegada de imigrantes nos países da União Europeia exigiu a adoção de novas políticas imigratórias e a implantação de medidas de integração.

O objetivo atual das políticas comunitárias no âmbito imigratório é integrar os imigrantes na sociedade de acolhida, por intermédio da equiparação em direitos. Deste modo, o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais dos estrangeiros são essenciais no processo de integração.

Portugal, que historicamente foi um país de emigração, passou a ser um país receptor de imigrantes. A nova realidade impôs a necessidade de realizar reformas na legislação de estrangeiros e de adotar medidas públicas para integrar os novos membros na sociedade portuguesa.

A Constituição da República Portuguesa estabelece, como princípio, a equiparação em direitos entre estrangeiros e cidadãos portugueses, com ampla garantia dos direitos fundamentais. Não obstante o princípio constitucional, a legislação infraconstitucional teve que ser reformada tanto para o reforço da orientação constitucional, como para realizar a transposição das diretivas comunitárias.

Como resultado, Portugal alcançou altos níveis de excelência na adoção de medidas de integração dos estrangeiros extracomunitários e ocupa, atualmente, o segundo posto no *ranking* do *Migrant Integration Policy Index*. Portugal é hoje referência no reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais dos estrangeiros.

O MODELO DE GARANTIA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DESENHADO NA LEI BÁSICA DE MACAU

Prof.ª Doutora Maria Leonor Esteves
Instituto Politécnico de Viseu

O instrumento de direito internacional que certifica a transferência do Território de Macau para a soberania chinesa, a Declaração Conjunta dos Governos de Portugal e da República Popular da China sobre a Questão de Macau de 13/4/1987, consagra uma política de transição subordinada ao princípio da *preservação da inalterabilidade essencial* do sistema social, económico e jurídico anteriormente vigente naquele Território, durante cinquenta anos, que acarreta, como seu corolário, o *princípio da continuidade*, isto é, a manutenção, pelo menos durante o mesmo período de tempo, do regime jurídico, *basicamente inalterado*, atinente aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos seus habitantes, que devem ser respeitados e protegidos.

O princípio da *inalterabilidade essencial* do sistema de vida dos habitantes de Macau vem plasmado na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, onde se encontra desenhado o modelo constitucional garantístico dos direitos individuais que radicam na *dignidade humana*, cuja intangibilidade aí vem, solenemente, proclamada. Este modelo tutelar constitucional dos direitos fundamentais haverá de ser interpretado à luz das obrigações, assumidas na Declaração Conjunta Luso-Chinesa, respeitantes à manutenção íntegra dos supostos básicos e identitários do sistema de vida macaense vigente à data da passagem de soberania para a China.

POR UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E PLURALISTA – UMA PERSPETIVA DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA EM SUA RELAÇÃO COM O MUNDO LUSÓFONO

Prof. Doutora Maria Lúcia de Paula Oliveira
PUC-RIO

Tradicionalmente, o termo “Constituição” era relacionado com o direito interno dos Estados. O termo vem, desde o constitucionalismo moderno, associado a um conjunto de normas fundamentais pertinentes a organização dos poderes do Estado e a relação entre o Estado e os cidadãos. Mas, a teoria contemporânea refere um constitucionalismo global: transpõe-se noções como democracia, igualdade, separação dos poderes, *rule of law* e direitos fundamentais para o âmbito internacional e global. Isso supõe uma nova perspectiva da própria noção da soberania estatal. A emergência de um constitucionalismo global não coloca, ao contrário do que a teoria de Kelsen poderia supor, em xeque a soberania do Estados. A complexidade da ordem jurídica internacional e a própria afirmação dos Estados como instâncias importantes de afirmação do próprio direito internacional permite afirmar um caminho alternativo, mas que não reduza às instituições políticas internacionais a meros espectros do poder político prevalente, apostando no poder das instituições jurídicas de buscar uma justiça global. O propósito do presente estudo é ilustrar esse momento novo do constitucionalismo com exemplos tirados da experiência brasileira, especialmente em uma repercussão do constitucionalismo lusófono. Gostaríamos de referir, especialmente, a importância do direito constitucional de origem lusófona no direito brasileiro e as várias experiências de diálogo no mundo lusófono, que ilustram a dupla face do constitucionalismo global: de um lado, a importância dada às fontes estrangeiras (especialmente do espaço lusófono) no direito constitucional brasileiro e, de outro, os diálogos nesse espaço, buscando a consecução de modelos de institucionalização no plano internacional e interno do constitucionalismo.

ENTRE PASSADO E PRESENTE, ENTRE PRESENTE E AUSENTE: ABERTURA CONSTITUCIONAL, SOBERANIA E DEMOCRACIA (NOS ANOS 40 DA CRP)

Mestre Mariana Canotilho

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

A Constituição da República Portuguesa assumiu, desde a sua versão inicial, uma generosa posição de abertura em relação ao direito internacional, prevendo, desde logo, a recepção automática do direito internacional geral e convencional. No caso do direito da União Europeia, a CRP vai ainda mais longe, estabelecendo a aplicabilidade na ordem interna das normas emanadas das suas instituições nos termos definidos pelo próprio direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

Este cenário contribuiu, naturalmente, para complexificar, de maneira significativa, a análise e solução dos problemas jurídico-constitucionais, que se tecem, hoje, numa intrincada teia de relações entre ordenamentos, a rede de interconstitucionalidade. Este novo modelo pressupõe a partilha de soberania e competências, assegurando, contudo, o respeito pelos princípios fundamentais do direito constitucional interno, designadamente, o princípio do Estado de direito democrático.

Esta evolução visava, em tese, fazer face aos problemas contemporâneos de um mundo globalizado, no qual o espaço nacional – político, económico e também constitucional – se revelava insuficiente para encontrar respostas adequadas e efectivas. Contudo, a resposta à crise económica e social que afectou os países europeus, e em particular os países do Sul da Europa, como Portugal, foi, no plano do direito constitucional europeu e supranacional, particularmente inquietante, levantando questões importantes de direitos fundamentais e indiciando uma clara – e preocupante – fuga ao direito constitucional.

O presente trabalho tem por objectivo analisar este processo de erosão do direito constitucional europeu e, tendo em conta esta reflexão, questionar-se sobre a necessidade de uma reinterpretação do projecto constitucional de abertura ao ordenamento internacional, bem como de reafirmação de standards e mecanismos próprios de protecção dos direitos fundamentais.

SEGURANÇA GLOBAL E GARANTIAS PENAIS. UMA VISÃO TRANSCONSTITUCIONAL DE EXPRESSÃO PORTUGUESA

Prof. Doutor Mário Ferreira Monte

Escola de Direito da Universidade do Minho

Trata-se de analisar os principais desafios que o mundo da globalização e do risco enfrenta: por um lado, cresce uma demanda de securitarismo; por outro, importa não baixar as garantias penais. O mundo de expressão portuguesa pode oferecer motivos para uma reflexão profícua em torno da ideia de transconstitucionalismo.

DIREITO À LIBERDADE, PRISÃO PREVENTIVA E PROPORCIONALIDADE. DOIS ASPECTOS DE POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICO- -CONSTITUCIONAIS DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA E DA REPÚBLICA DE PORTUGAL

Mestre Miguel Ângelo Loureiro Manero de Lemos
Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Em Macau, o artigo 193 (1) do Código de Processo Penal estabelece que “se o crime imputado tiver sido cometido com violência e for punível com pena de prisão de limite máximo superior a 8 anos, o juiz deve aplicar ao arguido a medida de prisão preventiva”. Nesta e noutras situações, casos dos chamados ‘delitos incaucionáveis’, a aplicação da prisão preventiva é (quasi-) automática, o que parece chocar com o princípio da privação da liberdade como *ultima ratio* da política criminal. Na primeira parte, este artigo explora a colisão desta disposição com o princípio da proporcionalidade, o qual vigora na RAEM como decorrência do princípio da continuidade do ordenamento jurídico vigente durante a administração portuguesa do território.

Na segunda parte, analisa-se a possível inconstitucionalidade, tanto em Portugal como na RAEM, do uso da prisão preventiva como meio de obstar a um perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova. Num Estado/Região de Direito, a responsabilidade exclusiva para a obtenção da prova incriminadora é do Estado/Região. Perscruta-se aqui a especial dimensão problemática que a questão assume relativamente à prova pois, ao passo que o perigo de fuga, a perturbação da ordem pública ou a continuação da atividade criminosa não dependem estritamente de qualquer maior ou menor diligência das autoridades, já a obtenção da prova apresenta uma ligação estreita com a diligência destas, o que a torna uma razão para a aplicação da prisão preventiva especialmente problemática. Na verdade, a prisão preventiva surge aqui como verdadeiro ‘meio de obter a prova’ e a sua manutenção com base naquele perigo rapidamente se torna insustentável à luz de um princípio da proporcionalidade robusto.

O FEMINISMO NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

Mestre Miriam Rocha

Escola de Direito da Universidade do Minho

Partindo do conceito tradicional de democracia, enquanto regime de governo no qual a soberania pertence à totalidade dos cidadãos, sem distinção entre estes, pretende-se refletir sobre a construção e evolução do significado dos vocábulos “democracia” e “cidadania” à luz dos contributos das teorias feministas do direito. Atualmente, é inegável a natureza ambígua do conceito de democracia e dos conceitos com ela relacionados, como sejam os conceitos de “governo”, “soberania” e “cidadania”.

É certo que há definições que reúnem um amplo consenso, de que é paradigma aquela de que parte esta reflexão. No entanto, não é menos verdade que quando é feito um esforço de aprofundamento do significado e implicações práticas desses mesmos conceitos, frequentemente se desocultam lacunas e contradições que exigem da parte da sociedade um redobrado esforço na construção, sempre inacabada, não apenas dos conceitos, mas sobretudo da realidade que com eles se invoca.

As teorias feministas do direito preenchem no espaço do pensamento jurídico um dos lugares de maior inconformismo e crítica face aos conceitos aqui em causa, tendo vindo a chamar a atenção, ao longo de todo o século XX, para o enviesamento dos conceitos de democracia e de cidadania, por comportarem, na sua génese, uma mundividência baseada na experiência de uma parte muito reduzida e homogénea da população, caracterizada por ser do sexo masculino, branca e rica. Pondo a descoberto este enviesamento, as teorias feministas do direito abriram o caminho para renovadas interrogações, colaborando assim ativamente para a construção de um conceito mais alargado e inclusivo de democracia.

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO SOLUÇÃO (UTÓPICA) PARA O DIREITO PENAL? CRÍTICA A PARTIR DO CONCEITO DE COMUNIDADE

Prof. Doutor Nestor Eduardo Araruna Santiago
Universidade de Fortaleza

Diferentemente da Justiça Redistributiva, que hoje é o paradigma do Direito Penal de aplicação de sanções por intermédio do ajuizamento de ações penais e o seu julgamento por um juiz, a Justiça Restaurativa (JR) busca no diálogo entre os envolvidos na causação de um dano - nomeadamente o autor do fato e a vítima - a solução para a questão, valendo-se de mediadores, voluntários ou não. No Brasil, há Projeto de Lei (PL) que prevê a introdução da JR como um microsistema auxiliar ao sistema penal. Entretanto, o texto padece de lacunas e conceitos jurídicos indeterminados, que fazem com que sua promulgação seja inócua para modificar o tratamento da questão. Verifica-se, por exemplo, que a participação de “pessoas ou membros da comunidade” é considerada pelo referido PL como instrumento apropriado para a “resolução dos problemas causados pelo crime ou contravenção”, sem que se estabeleça como se dá a escolha de representante da comunidade, gerando insegurança jurídica. O conceito de comunidade não pertence à seara do Direito, mas é estudado na Sociologia, Antropologia e Filosofia, bem como na Enfermagem, Medicina, Biologia e Ciências da Informação. Assim, o estabelecimento conceitual dos elementos da Justiça Restaurativa pode estipular bases mais sólidas não só para a construção legislativa, evitando indeterminações terminológicas e insegurança jurídica na aplicação dos institutos, mas também para a verificação, na prática, do sucesso das experiências restaurativas. Observou-se que a literatura estrangeira é cética não só quanto à participação da comunidade em processos restaurativos, mas também quanto aos resultados reais, vez que a reincidência, notadamente entre jovens infratores, é considerada elevada. Ademais, questiona-se se a JR, ao atribuir a representante ou representantes da comunidade o poder de estipular medidas coercitivas, não estenderia o manto do direito penal a situações que poderiam ser resolvidas de forma menos gravosa pelo Poder Judiciário.

DIÁLOGOS MUITO PROVÁVEIS: A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA, DE RELIGIÃO E DE CULTO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976 E NA CONSTITUIÇÃO TIMORENSE DE 2002

Prof. Doutora Patrícia Jerónimo

Escola de Direito da Universidade do Minho

A influência exercida pela Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976, sobre a Constituição da República Democrática de Timor-Leste (CRDTL), de 2002, é incontroversa, ainda que não exclusiva. Outros textos constitucionais lusófonos, como o brasileiro e o moçambicano, também serviram de referentes importantes no processo constituinte timorense, o que é visível, por exemplo, no modo como a CRDTL trata a atribuição da cidadania. O tratamento dado à liberdade de religião ou crença também parece resultar de uma combinação de influências – a da Constituição moçambicana de 1990, no plano da sistematização, e a da CRP no plano substancial. À semelhança do artigo 41.º da CRP, o artigo 45.º da CRDTL consagra a ‘liberdade de consciência, de religião e de culto’ e fá-lo em termos não muito diferentes dos adotados pelo texto constitucional português. Propomo-nos discutir as implicações destas semelhanças para a ordem jurídica timorense, tendo presente, entre outros aspetos, o facto de o pluralismo religioso assumir características muito diferentes em Portugal e em Timor-Leste e o facto de este país ainda não dispor de um diploma legal que regule o exercício da liberdade de religião ou crença.

ADMISSIBILIDADE E VALOR PROBATÓRIO DAS DECLARAÇÕES DE CO-ARGUIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Prof. Doutor Pedro Miguel Freitas
Escola de Direito da Universidade do Minho

Para a deteção e comprovação de indícios da prática do crime podem desempenhar um papel relevante as declarações prestadas pelo arguido. Apesar do particular interesse que o arguido tem quanto ao desfecho de um processo penal, que o levam, não raras vezes, a não abdicar do direito ao silêncio e, assim, a não contribuir ativamente quer para a materialização do acervo probatório da existência de um crime quer para a identificação do seu autor, pode também justificar que, em determinadas situações, colabore com a administração da justiça, ou abnegadamente ou utilitariamente, em particular quando tenha em vista eventuais benefícios substantivos e processuais, como a suspensão provisória do processo mediante a imposição de regras de conduta ou a atenuação especial da pena.

Ora, existindo mais do que um arguido num processo penal, colocam-se questões particularmente candentes como a de saber em que hipóteses e com que limites se admite valor probatório decisivo ao depoimento de um co-arguido contra outro co-arguido. É particularmente relevante, por um lado, questionar se é ou, num outro plano hermenêutico, se deverá ser, admissível a possibilidade de um arguido, nessa mesma qualidade, depor em prejuízo de outro co-arguido e, por outro lado, atendendo ao princípio da livre apreciação da prova, qual o valor probatório que deve ser conferido a estas declarações. A construção das respostas a estas interrogações não dispensa, naturalmente, a análise do tecido normativo em vigor, mas, sob pena de rápida desatualização e ineficácia diante da voraz transmutação dos fenómenos criminosos, deverá, igualmente, numa visão político-criminal prospetiva, apontar coordenadas *de jure constituendo* que invoquem e espelhem os valores constitucionalmente consagrados.

RELAÇÕES LABORAIS E GLOBALIZAÇÃO: ENFRENTANDO OS LIMITES DA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL E DA ECONOMIA NA BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DAS TUTELAS TRABALHISTAS

Prof. Doutor Raimar Machado
Universidade de São Paulo

Presentes em todos os sistemas normativos onde prepondera a liberdade negocial, tanto no plano constitucional (como ocorre no caso brasileiro) ou na seara infra constitucional, as tutelas trabalhistas vem perdendo prestígio e força normativa, diante da concomitante fragilização dos estados nacionais, em especial no que diz respeito aos limites da autonomia privada.

Na CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA constam, de modo sintético, tais direitos, como se observa pela leitura de seu Capítulo III, o qual trata dos Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, em especial no seu Artigo 53.º, referindo-se a Segurança no emprego e, ainda, no art. 54, exemplificativamente, quando prevê a criação de *Comissões de Trabalhadores*.

Na Constituição da CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, de modo minudente, incluiu-se no Capítulo II (dos Direitos Sociais), um catálogo de proteções que se estendem por dezenas de Incisos, onde se pode observar, como hipóteses normativas, regras que atingem quase que totalmente os aspectos fáticos passíveis de constatação na execução dos modernos contratos de trabalho.

Consta, por exemplo, em seu Art. 7º, em benefício dos trabalhadores urbanos e rurais, a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa bem como salário mínimo capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e as de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo. Tais regras são reconhecidamente dotadas de baixo grau de efetividade, por falta de uma regulamentação exauriente e de falta de vontade política.

Tais fragilidades tornam-se cada vez mais acentuadas no momento em que as nações capitalistas competem de modo mais acirrado pela conquista e manutenção de mercados muito além de suas fronteiras, posto que as regras

econômicas possuem lógica distinta daquelas que consubstanciam os direitos sociais.

Da constatação de tais limites da autoridade dos estados nacionais, surge a necessidade de novas regulações, com regras sancionatórias que restabeleçam verdadeiramente o primado da proteção dos trabalhadores, independentemente dos desígnios e interesses da economia e do poder político, garantindo-se assim o primado da dignidade da pessoa humana.

PODER LOCAL NO CONSTITUCIONALISMO LUSO-BRASILEIRO: DESAFIOS E PERSPETIVAS

Prof. Doutor Ricardo Hermany

PPGD/UNISC

A temática do Poder Local, com os desafios à concretização do princípio da subsidiariedade, explicitado na Constituição da República Portuguesa e implícito na Constituição Brasileira, mostra-se tema de extremo relevo na análise da efetividade das políticas públicas. Isso porque, é no espaço mais próximo do cidadão que se potencializa a possibilidade de efetivo controle social na elaboração e posterior acompanhamento das decisões administrativas.

No aspecto vertical do princípio, o poder local na realidade portuguesa remete-nos ao entendimento de uma competência compartilhada, o que se observa claramente na jurisprudência do Tribunal Constitucional, especialmente em matérias inerentes ao ordenamento do território e ao urbanismo.

Além das dificuldades observadas no processo de densificação do conjunto de competências locais, o financiamento das autarquias – aspecto essencial para a existência de uma esfera de poder efetivamente autônoma – também apresenta aspectos a serem criticados. Tanto em Portugal, quanto no Brasil, em que pese não se tratar de um estudo com metodologia comparada, observa-se um processo de concentração excessiva dos recursos públicos.

No Brasil, é na tríplice dinâmica – subsidiariedade, igualdade e democracia – que se devem verificar os limites e potencialidades de um federalismo municipalista. A previsão constitucional do Município como ente federativo não basta, *de per si*, para se concluir por uma maior descentralização da organização institucional brasileira frente a outras realidades institucionais, como, por exemplo, a portuguesa. Isso porque sua efetivação – seja na dimensão vertical, dada a indeterminação do conceito de interesse local – seja na perspectiva horizontal, considerando o incipiente grau de capital social dos Municípios Brasileiros, ainda está aquém de uma postura alicerçada na subsidiariedade.

A UNIÃO DE FACTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA: ENTIDADE DIGNA DE QUE PROTEÇÃO?

Mestre Rossana Martingo Cruz
Escola de Direito da Universidade do Minho

O disposto no n.º 1 do artigo 36.º da Constituição Portuguesa consagra que «*Todos têm o direito constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.*». Ora, este preceito, idêntico ao artigo 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e artigo 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, tem suscitado alguma controvérsia entre nós.

Já houve quem defendesse que este n.º 1 do artigo 36.º consagrava somente um único direito. Porém, constituir família é mais amplo e ultrapassa o direito ao casamento. Aliás, parece ser de entender que o legislador quis, efetivamente, distinguir família de casamento, atribuindo identidades diferentes a cada uma daquelas realidades. Contudo, se dúvidas já não existem que, além da família matrimonial, o legislador constituinte quis acautelar outras formas de família, como a natural ou a adotiva; já não tem sido tão claro se este preceito constitucional abrange, igualmente, a convivência *more uxorio* à margem do casamento.

Existe uma clara divergência doutrinal neste âmbito que, julgamos, nunca será demais explorar e analisar. Será o casamento a única conjugalidade protegida aos olhos da nossa Constituição? Como os outros ordenamentos jurídicos têm tratado esta convivência de facto?

Compreende-se a dificuldade de efetivar a abrangência de um direito fundamental (e o compromisso a si inerente) a uma realidade que se forma e se dissolve por mera vontade das partes, não estando sujeita à publicidade do registo ou a qualquer intervenção estatal. Ou seja, será razoável impor ao Estado uma ampla proteção a uma existência que não consegue controlar? Por outro lado, questiona-se se não incluir a união de facto no artigo 36.º não será ignorar o seu crescente fenómeno, negando-lhe uma proteção digna.

Iremos escarpelizar algumas destas questões, esperando que um amplo debate sobre o tema possa beneficiar o seu desenvolvimento.

A MODIFICAÇÃO DOS MODELOS DE GOVERNAÇÃO DO ESTADO: A UTILIZAÇÃO DAS «SUNSET CLAUSES»

Mestre Rui M. Zeferino Ferreira

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

A comunicação que se pretende levar a discussão ao III Congresso de Direito na Lusofonia, pretende contribuir com soluções para o principal desafio da próxima década - a reforma do modelo de governação como meio de fortalecimento do Estado democrático. Embora os vários países da lusófonía estejam inseridos em diferentes contextos económicos, sociais, geográficos e políticos, a verdade é que em todos eles são patentes falhas no modelo de governação, com repercussões na qualidade das suas democracias.

Em primeiro lugar, partimos do pressuposto que o actual modelo de governação tornou-se insustentável e, em segundo, que a actual de crise de valores, mas também económico-financeira, representa uma oportunidade para reinventar a organização e funcionamento das suas estruturas de governação.

Nesse sentido, pretendemos centrar-nos num dos defeitos da governação nos países lusófonos - a hiperactividade do Estado. Na realidade, os governos vêm criando de modo contínuo um Estado cada vez maior, assente em interesses especiais e em novas promessas, que não podem cumprir ou pagar, pelo que se mostra essencial que os governos sejam controlados por instrumentos que efetivem a democracia ou que tenham um autodomínio sobre as suas actuações. Dessa actuação resulta a proliferação de normas complexas, que na sua construção mais grave surgem sob a forma de tributação ou benefícios fiscais, o que encerra perigos para a sustentabilidade e governabilidade dos Estados. A hipotética solução que pretendemos discutir passa pela introdução das «*sunset clause*», com o objectivo de criar limites temporais à vigência dos diplomas legais no ordenamento jurídico e permitir a sua extinção automática, pelo decurso de certo período temporal, como forma de evitar as dificuldades e impossibilidades da sua remoção *a posteriori*.

A história do uso de tais cláusulas é longa, sendo utilizadas desde a República Romana, para aprovar leis temporárias quanto a matérias específicas, como o aumento de impostos para um curto período de tempo. Na actualidade, os países anglo-saxónicos recorrem a este tipo de cláusulas, em especial nos Estados Unidos da América com fundamento teórico no facto da democracia dever admitir leis e normas flexíveis. A sua existência permite segundo os seus defensores

combater o desperdício, a fraude e o abuso por parte de governantes e eleitores, bem como torna-se num instrumento que possibilita livrar os governos do seu hiper-dimensionamento e ineficiência.

JURISDIÇÃO E DIREITOS DE DEFESA

Mestre Rui Dias

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Neste trabalho, pretende-se analisar a interação entre as regras de direito internacional privado e as disposições jusfundamentais que consagram direitos de defesa. No âmbito das primeiras, dar-se-á atenção às regras de jurisdição de fonte europeia, conforme aplicadas por várias instâncias judiciais — o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e os tribunais superiores portugueses —, em particular as regras sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, uma vez que constituem fundamentos da sua recusa, designadamente, a violação dos direitos de defesa do requerido revel, bem como da ordem pública internacional do Estado de reconhecimento.

O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NAS INSOLVÊNCIAS TRANSFRONTEIRIÇAS

Mestre Sara Luís Dias

Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

Atendendo à crescente globalização económica e ao aumento do número de empresas e/ou particulares que mantêm relações com mais que um Estado, detendo património e actividade em vários países, importa analisar os efeitos que a declaração de insolvência destas pessoas tem no Direito interno Português, em especial as implicações no reconhecimento e graduação dos eventuais créditos públicos da Autoridade Tributária e Aduaneira e da Segurança Social, os quais, tendo como principal função a prossecução do interesse público pela arrecadação de receitas fundamentais à preservação e desenvolvimento do Estado Social, gozam de determinadas prerrogativas e benefícios que visam proteger o seu crédito, encontrando-se legalmente consagrada a indisponibilidade do crédito tributário (reflexo do princípio constitucional da legalidade tributária, consagrado no artigo 103.º da Constituição da República Portuguesa) e a atribuição de determinados privilégios creditórios a estes credores.

Analisaremos, em especial, as disposições normativas do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, que entrou em vigor em 31 de Maio de 2002 e as normas de conflitos constantes no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas sobre esta matéria e a sua articulação com as características especiais dos créditos tributários e a actuação destes credores públicos neste tipo de processos.

Paralelamente abordaremos a questão do cumprimento de eventuais obrigações fiscais em Portugal por parte de pessoas declaradas insolventes noutros Estados, procurando responder a algumas questões que a insolvência plurilocalizada e aplicação da lei do Estado em que a insolvência é declarada sempre implicarão para estas entidades públicas.

PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA CABO-VERDIANA

Mestre Simão Paulo Rodrigues Varela
Universidade Jean Piaget de Cabo Verde

Esta comunicação centra-se sobre os parâmetros constitucionais da justiça administrativa cabo-verdiana, com realce para as garantias dos particulares face à Administração, tendo em consideração a lei do contencioso administrativo, problematizando o princípio fundamental da proteção plena e efetiva dos direitos e interesses dos particulares legalmente protegidos consagrados no art. 241º, alínea e) [atual 245º alínea e) da CRCV].

Pretende-se fazer uma abordagem acerca da consagração constitucional do princípio da tutela jurisdicional efetiva e o efeito na reformulação modelo da Justiça Administrativa, tendo em consideração a CRCV de 1992 e, sendo assim, as revisões de 1999 e 2010.

Evidencia-se a necessidade da aplicabilidade direta do modelo de Justiça Administrativa estabelecido no art. 22º da CRCV sobre a tutela jurisdicional plena e efetiva dos direitos dos particulares, através da concretização do direito fundamental de acesso à justiça, por considerar a sua natureza semelhante aos direitos, liberdades e garantias (art. 26º CRCV).

No entanto, o texto constitucional não satisfaz plenamente à tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos perante a Administração e requer que se corrija o desfasamento entre o modelo de Justiça Administrativa consagrado na CRCV e a lei ordinária e, eventualmente, a insuficiência perante a lei Magna de um modelo de Contencioso Administrativo que se adequa a realidade cabo-verdiana., evitando assim que as decisões dos Tribunais não tenham, em certos casos, os efeitos práticos, em decorrência da não execução das sentenças administrativas por parte da Administração.

O DIREITO (?) CONSTITUCIONAL À VIDA DO EMBRIÃO

Prof. Doutora Sónia Moreira
Escola de Direito da Universidade do Minho

A primeira vez que ouvimos defender que o embrião tinha direito a ser implantado (como corolário do seu direito à vida) sentimos incredulidade. Pensamos em material genético: como podia ter direito ao que quer que fosse?

No entanto, num segundo momento, tivemos de reconhecer que, obviamente, o embrião não é apenas material genético – é o resultado da união dos gametas masculino e feminino, do qual resulta um código genético único e ir-repetível que, nas condições adequadas, se desenvolverá até maturar em vida humana tal como a conhecemos. Assim, trata-se de vida humana em formação, ainda que se possa encontrar fora do ventre materno, como acontece com os embriões obtidos a partir de técnicas de PMA.

Ora, se a CRP consagra no seu art. 24.º que o direito à vida é inviolável, abrangerá também a vida humana em formação? Num tema tão polémico como este – tal como o são todos aqueles que entram no campo da bioética (e não só) – não há resposta unânime. Há doutrina que defende que sim, afirmando o seu direito a serem implantados; no outro extremo, há doutrina que defende que o art. 24.º se refere apenas às pessoas, aqueles que possuem personalidade jurídica nos termos do art. 66.º do CC, portanto, após o nascimento completo e com vida.

A própria lei se torna desconcertante, ao dar respostas tão díspares como admitir a IVG até às 10 semanas sem outra justificativa que não a mera vontade da mãe ou admitindo a possibilidade de os embriões excedentários poderem ser eliminados ou utilizados para investigação científica, por um lado, e ao afirmar expressamente que as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, por outro.

Quais as implicações jurídicas de seguirmos uma ou outra doutrina? Afinal, que significa “a vida humana é inviolável”?

A TUTELA CONSTITUCIONAL FACE AOS NOVOS PARADIGMAS DE TRIBUTAÇÃO

Mestre Tânia Meireles da Cunha

Juiz de Direito

Ao longo dos últimos anos tem-se assistido a um aumento do número de tributos, com especial enfoque em tributos designados de taxas, mas cuja caracterização como tal tem levantado dúvidas e suscitado elevada litigiosidade.

A mudança que se tem vindo a operar, do paradigma tradicional da tributação, tem, pois, estado na génese de diversas controvérsias em termos de enquadramento legal e conformidade face ao quadro constitucional.

O que nos propomos aqui é uma abordagem sobre o âmbito e dimensão destes novos tributos, deste novo paradigma da fiscalidade, com uma breve caracterização do mesmo e uma sistematização de algumas das questões que se têm colocado em termos de conformidade com os princípios que encontram assento constitucional.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INESPECÍFICOS DOS TRABALHADORES

Prof. Doutora Teresa Alexandra Coelho Moreira
Escola de Direito da Universidade do Minho

O contrato de trabalho pressupõe o reconhecimento da dignidade do trabalhador, sendo que a execução das obrigações que dele decorrem não pode traduzir-se num atentado à dignidade da pessoa do trabalhador, tendo o ordenamento jurídico que lhe garantir os direitos fundamentais que tem enquanto pessoa.

Na Constituição da República Portuguesa estão previstos direitos dos trabalhadores que são especificamente laborais, como, é o caso, *inter alia*, do direito à greve previsto no art. 57.º e do direito ao trabalho do art. 58.º, e outros direitos que, embora não sendo especificamente laborais, podem ser exercidos pelo sujeito mais débil das relações laborais, adquirindo um conteúdo ou dimensão laboral. É um dos aspetos da constitucionalização do Direito do trabalho e que se refere ao trabalhador como cidadão e aos direitos de cidadania como marco do contrato de trabalho. Se a primeira fase da constitucionalização do Direito do trabalho correspondeu, fundamentalmente, à consagração dos denominados direitos fundamentais “específicos” dos trabalhadores, atualmente assiste-se à chamada “cidadania na empresa”, ou seja, à consagração dos direitos fundamentais não especificamente laborais.

Sendo assim, a preocupação essencial do Direito do trabalho deve ser a da tutela dos direitos de cidadania no âmbito da relação de trabalho, assegurando que os direitos do trabalhador não serão sujeitos, *inter alia*, a formas de controlo contrárias à sua dignidade, ou à sua privacidade, à defesa da sua liberdade de expressão ou à sua liberdade ideológica.

A consagração destes direitos corresponde à superação de uma distinção entre um estatuto geral do cidadão e um estatuto do trabalhador que, por força do contrato de trabalho e da subordinação jurídica a ele inerente, se encontraria, à partida, diminuído na sua liberdade e direitos, relacionando-se, assim, com uma certa constitucionalização e uma certa democratização da relação de trabalho.

CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS LUSO-BRASILEIROS NO AMBIENTE DEMOCRÁTICO: ANÁLISE DO CONTROLE PREVENTIVO COMO INSTRUMENTOS DE GOVERNAÇÃO

Prof. Doutora Maria Tereza Fonseca Dias
Universidade FUMEC/ UFMG/ CNPq

Mestre Túlio César Pereira Machado Martins
Universidade FUMEC/ Instituto Rui Barbosa

A história do controle da Administração Pública, na experiência lusitana, remete ao controle exercido pela Casa dos Contos, no contexto da unificação de Portugal. O controle era bastante incipiente e misturava os registros públicos com as contas do monarca, além de utilizar sistema de contabilização de recursos por partidas simples, embora já se trabalhasse com partidas dobradas na época. Somente no Século XIX, por influência do modelo francês de *Cour des Comptes* é que obteve a designação e natureza jurídica atuais – ainda que tenha sido substituída por breve período (1911 a 1930) – consagrando-se como Corte Superior pela Constituição Portuguesa de 1976. O controle lusitano influenciou diretamente a origem do controle da Administração Pública brasileira e, embora tenham seguido caminhos distintos e autônomos, apresentam muitas semelhanças. Ao longo da história do controle português e brasileiro, prevaleceu o modelo de controle financeiro-contábil que, no entanto, foi se transformando para atender aos anseios sociais. Hoje tem-se plena convicção de que a análise formal contábil não é suficiente para exercer a fiscalização necessária das contas públicas no contexto democrático. O controle por meio de registros somente permite visualizar a situação ocorrida no passado. Por essa razão, os Tribunais de Contas luso-brasileiros têm envidado esforços para a atuação preventiva, possibilitando aos gestores que melhorem seu desempenho no manejo da *res publica*, representando importante instrumento de governação. Assim, o trabalho que se pretende apresentar é uma análise de como os Tribunais de Contas brasileiro e português têm implementado o modelo de controle externo, de caráter preventivo e pedagógico e, como neste contexto, fazem recomendações com a finalidade de suprir e evitar futuras ilegalidades.

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - ASPECTOS RELATIVOS À SOBERANIA

Tenente Brigadeiro do Ar William de Oliveira Barros
Presidente do Superior Tribunal Militar brasileiro

1. Citação dos cinco Princípios Fundamentais.
2. Apreciação sobre a Soberania do País.
3. Explanação sobre os seguintes tópicos:
 - Tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins através das fronteiras brasileiras;
 - Estatísticas recentes do consumo de drogas;
 - Medidas preventivas: controle do espaço aéreo, das vias fluviais e terrestres;
 - Fundamentos legais: Leis, Decretos e Leis Complementares;
 - Atuação da Força Aérea Brasileira na vigilância do tráfego aéreo ilícito.
4. Considerações Finais sobre a importância da preservação da Soberania – um dos Princípios Fundamentais da Constituição do Brasil.

O DIREITO A PENSÃO: CONTRIBUTO PARA UMA LEITURA ECONÓMICA E FINANCEIRA DA CONSTITUIÇÃO

Abel Martins Rodrigues

Investigador CEIS20 da Universidade de Coimbra e Advogado

1. Introdução

Este trabalho procura discutir a problemática da garantia do direito a pensão na Constituição da República de 1976, num quadro de escassez de recursos financeiros e de acentuado envelhecimento demográfico da população portuguesa. O autor defende uma tese contrária à jurisprudência seguida pelo Tribunal Constitucional¹, advogando a conformidade com a Constituição Portuguesa de 1976 de medidas legislativas² que preconizem a redução do montante das pensões atribuídas aos pensionistas atuais, tendo em vista a sustentabilidade dos sistemas públicos de segurança social e a solidariedade intergeracional.

¹ Reportámo-nos, especialmente, aos Acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 862/2013, 4013/2014 e 575/2014. O Tribunal Constitucional, sucessivos acórdãos, tem reconhecido o direito a pensão, como um direito constitucionalmente protegido, designadamente, o direito à pensão de velhice, invalidez e viuvez. Sobre o tema Rodrigues, *A Garantia dos direitos sociais na era da globalização*, Coimbra, 2012, p. 270.

² Reportámo-nos, a título meramente exemplificativo, às alíneas a), b), c) e d) do nº 1 do Decreto nº 187/XII, que estabelece mecanismos de convergência de proteção social, procedendo à alteração da Lei nº 60/2005, de 29 de Dezembro, à terceira alteração ao Decreto-Lei nº 503/99, de 20 de Novembro, à alteração do Decreto-Lei nº 478/72, de 9 de Dezembro, que aprova o Estatuto de aposentação, e revogando normas que estabelecem acréscimos de tempo de serviço para efeitos de aposentação no âmbito da Caixa Geral de Aposentações.

2. A garantia do direito a pensão

A Constituição portuguesa de 1976 consagra que todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independente do setor de atividade em que tiver sido prestado (artigo 63º, nº 4 da CRP).

A lei fundamental garante a todos cidadãos, o direito a pensão, deixando uma ampla margem para o legislador, no que se refere aos critérios da sua concessão e à determinação do montante, designadamente, tendo em vista a sustentabilidade financeira do sistema, impondo nesse cálculo a totalização de toda carreira contributiva do beneficiário. A Constituição portuguesa de 1976 não define a regulamentação do sistema de pensões, os critérios da atribuição, o cálculo do montante da pensão a que o beneficiário possa ter direito, nem define critérios de financiamento e de garantia da sustentabilidade do sistema público de segurança social³.

Ao legislador, legitimado pela vontade popular, cabe definir as regras do acesso à pensão e a determinação do seu montante, tendo em conta os recursos financeiros disponíveis pelo Estado em cada momento histórico e as exigências de sustentabilidade do sistema público de pensões a médio e longo prazo, tendo em conta as projeções demográficas e económicas. Um sistema de segurança social justo e equitativo deve garantir as pensões aos pensionistas atuais, mas também aos pensionistas futuros⁴.

O sistema de segurança social português é de base contributiva, assentando o seu financiamento numa solidariedade entre as gerações, não garantindo um montante definido de pensão, em virtude de não ser um sistema de capitalização de benefício definido. Daqui resulta que os contribuintes para o sistema de segurança social e para a Caixa Geral de Aposentações, apenas tenham a garantia constitucional, de ter direito a uma pensão e não a um determinado montante de pensão⁵.

³ Neste sentido CANOTILHO, Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição revista, Coimbra: Almedina, 2007, p. 819.

⁴ Sobre o tema GOSSE RIES, Axel e MEYER, Lukas, *Intergenerational justice*, 1ª Ed. Oxford: University Press, 2009.

⁵ Sobre o tema RODRIGUES, Abel Martins, *A garantia do direito à segurança social numa sociedade de risco*, Braga, Universidade do Minho, 2015.

3. A não redução do montante da pensão atribuído com base no princípio constitucional da segurança jurídica e da proteção da confiança dos reformados

Um dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático reside na garantia da segurança jurídica e na proteção da confiança dos cidadãos. Como salienta Gomes Canotilho o homem necessita de segurança para conduzir planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. A segurança e a proteção da confiança exigem que os poderes públicos na tomada de decisões atuem com fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência para que seja garantida aos cidadãos a segurança nas suas disposições pessoais ⁶.

Em face deste princípio constitucional interessa discutir se as medidas legislativas referentes à redução dos montantes das pensões já atribuídas, designadamente dos pensionistas da Caixa Geral de Aposentações, colidem com o princípio da proteção da confiança. E a nossa resposta vai no sentido que a redução do montante das pensões atribuídas (tanto pela segurança social como pela Caixa Geral de Aposentações) não colide com o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, nem com qualquer outro princípio constitucional.

O artigo 63º da Constituição Portuguesa de 1976 confere ao legislador um amplo espaço de manobra na definição e alteração das regras de atribuição e de cálculo do montante das pensões, desde que as medidas legislativas a implementar visem um interesse público de sustentabilidade do sistema público de segurança social. À luz do princípio constitucional da igualdade e da solidariedade entre as gerações, a garantia do direito a pensão dos cidadãos que se encontram reformados não pode pôr em causa a garantia do direito a pensão dos cidadãos que atualmente estão a iniciar a sua carreira contributiva⁷.

A sustentabilidade do sistema público de segurança social interessa tanto aos cidadãos que se encontram a receber pensão como aqueles que estão a iniciar a sua carreira contributiva. Pelo que é violador do princípio constitucional da igualdade e da proporcionalidade que o contributo para a garantia da sustentabilidade do sistema de segurança social recaia, somente, sobre os pensionista do futuro, através do agravamento das regras do acesso a pensão, tendo em vista a garantia dos privilégios dos cidadãos que se encontram a receber pensão. Os cidadãos não reformados, tendo em conta as projeções económicas e demográficas para as próximas décadas progressivamente assistirão ao aumento da idade

⁶ Sobre o tema CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

⁷ Sobre a justiça entre gerações v. TREMMEL, Jorg. *A theory of intergeneration justice*, 1ª Ed., New York and London: Routledge, 2009.

estatutária para obtenção de pensão, ao aumento do prazo de garantia para ter acesso a pensão, à relevância de toda a carreira contributiva para o cálculo da pensão e à penalização pela obtenção antecipada da reforma.

Um sistema de pensões justo e equitativo e financiado com base na solidariedade entre gerações, deve assegurar aos cidadãos que estão a iniciar a sua carreira contributiva para o sistema de segurança social as mesmas condições de acesso à pensão e de montante de pensão, de que beneficiam os cidadãos que se encontram reformados. Só assim será garantido o princípio da igualdade e da proporcionalidade e da solidariedade entre gerações.

Em face das projeções demográficas e económicas que recaem sobre Portugal terá o sistema de segurança social disponibilidade financeira para garantir que os cidadãos que se venham a reformar aos longo das próximas décadas tenham condições de acesso e de montante de pensão idêntico aquele de usufruem os cidadãos presentemente reformados?

Todos os indicadores económicos e demográficos levam a concluir que nas próximas décadas existirá escassez de recursos financeiros para garantir a sustentabilidade do sistema público de segurança social, que o acesso a pensão será mais tardio e o seu montante será menor. Neste cenário para se garantir os privilégios dos pensionistas atuais está a ser exigido aos trabalhadores e aos contribuintes em geral um esforço manifesta desproporcionado, relativamente à pensão a que podem obter do sistema de segurança social para o qual são obrigados a contribuir.

Em face destes pressupostos entendemos que é abusiva, incipiente e corporativa a retórica argumentativa apresentada pelo Tribunal Constitucional relativamente à fundamentação de decisões inconstitucionalidade de diplomas legislativos que pretendem reduzir o montante da pensão dos pensionistas atuais, tendo em vista a garantia da sua sustentabilidade, designadamente, com base no princípio da proteção da confiança. A jurisprudência do tribunal constitucional relativamente a direitos adquiridos em matéria de pensões em geral e de montante de pensões em particular é representativa de leitura romântica do texto constitucional, visando a garantia de privilégios corporativos (importa notar que os senhores conselheiros são funcionários públicos bem instalados, maioritariamente em idade de reforma, em condições especiais de reforma e com uma mente formatada na dogmática estéril que tende a ignorar o mundo onde se move gente de carne e osso), alheada da mundividência económica, financeira e demográfica do país.

Os indicadores económicos, financeiros e demográficos de Portugal na segunda década do século XXI revelam um país com as mesmas debilidades estruturais dos princípios do século XX: o défice, ao peso da dívida pública, os baixos salários, as elevadas taxas de desemprego, a emigração de população ativa jovem e as desigualdades sociais profundas. Neste país de direitos adquiridos

intangíveis a Caixa Geral de Aposentações tem um défice que ascende a 2,6% do PIB, sendo coberto por transferências do Orçamento Geral do Estado, em cerca de 60% do montante das prestações anualmente pagas. A debilidade estrutural da economia e das finanças do país torna esta situação insustentável. O equilíbrio é assegurado com recurso aos impostos ou ao endividamento. Em ambas as situações a fatura recai sobre os pensionistas futuros

A necessidade de equilíbrio e consolidação orçamental a curto e a médio prazo, a necessidade de sustentabilidade financeira do sistema público de pensões, tendo em conta fatores a longo prazo como o envelhecimento e o aumento da esperança média de vida, diminuição das contribuições em virtude de elevadas taxas de desemprego, diminuição das remunerações apontam para uma redução progressivas dos montantes de pensão a atribuir aos futuros pensionistas e para um aumento da idade de acesso à reforma.

Existem ainda outros argumentos (de natureza jurídica e de natureza social) que derrubam a incipiente e débil retórica argumentativa do Tribunal Constitucional português. A generalidade dos atuais pensionistas, em especial dos funcionários públicos, fez a sua carreira contributiva numa conjuntura mais favorável que a generalidade dos cidadãos que se irão reformar no futuro. No Estado Novo e nos primeiros tempos do regime democrático os vínculos laborais eram mais estáveis. Os funcionários que eram admitidos na administração pública eram integrados nas carreiras e dispunham de facilidades de progressão, por vezes, com escassas habilitações académicas e beneficiaram de condições favoráveis na aposentação e aquisição do direito a pensão como por exemplo a idade estatutária de 60 anos e o cálculo da pensão com base nos melhores anos da carreira contributiva.

Os atuais contribuintes para a segurança social, na generalidade dos casos, enfrentam a fragilidade dos vínculos profissionais, a necessidade de formações académicas longas que retardam o ingresso no mercado de trabalho, a dificuldade em aceder à carreira profissional e o congelamento na progressão, a possibilidade de ver a carreira profissional interrompida por não renovação de contratos, o uso e abuso de recibos verdes e o aumento progressivo da carga fiscal.

Acresce ainda, que quando os atuais pensionistas pagaram as contribuições para a segurança social, no âmbito da sua carreira contributiva, não o fizeram especificamente para a garantia do direito a uma pensão, para quando ocorresse a retirada do mercado de trabalho, mas para ter acesso à generalidade das contingências protegidas pelo sistema de segurança social como o acesso a prestações de natureza familiar, a proteção no desemprego e na doença.

4. O direito a pensão e a sustentabilidade do sistema de segurança social

Os sistemas de segurança social foram desenhados no quadro de uma conjuntura de pleno emprego, de elevadas taxas de crescimento económico e força demográfica, lidando com populações jovens e havia expectativas otimista de crescimento a bom ritmo das economias. Ao longo das décadas de cinquenta e sessenta do século XX existia a crença de que o ciclo das crises económicas e das guerras mundiais tinha terminado. Este otimismo refletia-se na dinâmica do Estado social, na robustez dos sistemas públicos de segurança social e no alargamento progressivo do âmbito das prestações sociais⁸.

Nos finais do século XX e ao longo das primeiras décadas do século XXI o cenário político, económico e demográfico alterou-se de forma substancial. Um dos maiores desafios que enfrenta a sociedade do século XXI, no mundo Ocidental, é a garantia do nível de prestações sociais atingido durante o século XX. Na generalidade dos países Ocidentais o Estado Social debate-se com a escassez de recursos financeiros para o financiamento de serviços públicos garantidores de prestações sociais, ao nível da saúde, educação e segurança social.

O Mundo Ocidental enfrenta novos riscos sociais que derivam das elevadas taxas de desemprego, da precariedade dos vínculos laborais, dos baixos salários, das famílias monoparentais, da exclusão social e marginalização de alguns grupos sociais. A globalização das atividades económicas criou dificuldades crescentes na obtenção de recursos para o financiamento do Estado Social.

As empresas multinacionais procuram instalar as suas sedes em locais onde paguem menos impostos, os capitais não têm pátria e as novas tecnologias permitem o comércio eletrónico, sendo difícil a cobrança de impostos e taxas. Na doutrina económica têm triunfado as teses neoliberais, deixando ao livre jogo do mercado a iniciativa económica, empurrando para as margens da sociedade os sectores da população mais desprotegidos.

Os baixos salários, as elevadas taxas de desemprego, as crises económicas cíclicas, a emigração de população ativa jovem e o acentuado envelhecimento da população portuguesa tornam o sistema público de segurança social português financeiramente insustentável.

Neste cenário demográfico, económico e financeiro o esforço para a sustentabilidade do sistema de pensões não deve recair somente sobre os pensionistas futuros, mas sobretudo, sobre os atuais, sob pena de se pôr em causa a solidariedade entre gerações e a sua sustentabilidade financeira. A sustentabili-

⁸ Sobre o tema BARR, Nicholas, *Economics of the Welfare State*, Oxford, University Press, 2009.

dade financeira do sistema de segurança social de base contributiva assenta num contrato intergeracional entre os pagadores de prestações (trabalhadores ligados ao mercado de trabalho e empregadores) e os recebedores de prestações (os pensionistas). As reservas financeiras do sistema de segurança social garantem o pagamento das pensões apenas durante alguns meses, sendo o fluxo financeiro que advém dos pagadores de prestações que garante o direito ao montante da pensão do pensionista.

Este contrato intergeracional assenta no pressuposto de que os pagadores de prestações beneficiem no futuro das mesmas condições que os atuais recebedores de prestações, sob pena de lhe ser reconhecido o direito de renunciarem o cumprimento ao contrato, isto é de deixar de contribuir para a segurança social, por o sistema não lhe garantir uma pensão de idêntica às que financiam. Neste cenário de renúncia generalizada os direitos e os privilégios dos recebedores de prestações acabavam ao fim de alguns meses por escassez de recursos financeiros do sistema de segurança social.

A constituição não garante um montante definido de pensão, constituindo uma fantasia da jurisprudência do Tribunal Constitucional invocar o princípio da proteção da confiança, quando a sustentabilidade da pensão do reformado depende do volume das contribuições dos trabalhadores no ativo que sucessivamente irão diminuir, tendo em conta as projeções económicas e demográficas.

O tema da reversibilidade (ou não reversibilidade) do direito a prestações sociais tem sido amplamente discutido no âmbito da doutrina constitucional. A “teoria da irreversibilidade” (*Nichtumkehrbarkeitsheorie*) ou a fórmula retrocesso social (*Rückschrittsverbot*) foram cunhadas pela doutrina alemã em torno da discussão sobre as dificuldades económicas do Estado social.

O direito a prestações sociais tem custos financeiros, sendo necessária uma concreta ponderação entre os recursos financeiros disponíveis, o nível de desenvolvimento económico e o acesso a prestações sociais. Alguns quadrantes de matriz neoliberal anunciam o dismantelamento do Estado social pelos custos elevados devido ao envelhecimento da população. O problema da reversibilidade do direito a prestações sociais assume particular relevo no âmbito da segurança social.

A garantia do direito do montante da pensão aos cidadãos que se encontram reformados deve ser conjugada com a garantia do direito a pensão e com as condições de acesso à reforma por parte dos cidadãos ligados ao mercado de trabalho. No cenário demográfico, económico e financeiro existente em Portugal é razoável, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade e da solidariedade intergeracional, que os montantes das pensões pagas pelo sistema de segurança social e pela Caixa Geral de Aposentações sejam substancialmente reduzidos, tendo em vista a sustentabilidade do sistema a médio e a longo prazo.

5. Conclusão

O artigo 63º da Constituição Portuguesa de 1976 confere ao legislador um amplo espaço de manobra na definição e alteração das regras de atribuição e de cálculo do montante das pensões, desde que as medidas legislativas a implementar visem um interesse público de sustentabilidade do sistema público de segurança social. À luz do princípio constitucional da igualdade e da solidariedade entre as gerações, a garantia do direito a pensão dos cidadãos que se encontram reformados não pode pôr em causa a garantia do direito a pensão dos cidadãos que atualmente estão a iniciar a sua carreira contributiva. O esforço financeiro para a garantia da sustentabilidade do sistema de segurança social deve recair sobre os pagadores de prestações, mas sobretudo sobre os pensionistas atuais, sendo constitucionais as medidas legislativas que reduzam o montante das pensões atribuídas.

A TERCEIRIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA: OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO DE UMA FORMA DE CONTRATAÇÃO ATÍPICA

Alisson Droppa

Doutor em História Social do Trabalho e Pós-doc em Educação pela UNICAMP

Magda Barros Biavaschi

*Doutora em Economia Aplicada, Pós-doutora em Economia
e Desembargadora Aposentada do TRT4*

1. Introdução

Segundo Uriarte, no cenário latino-americano o ampliar-se da fragmentação e da diversificação das relações de trabalho pode estar diretamente relacionado à geração de redes societárias fraudulentas: sociedades de simples fachada, interposição societária de fácil volatilidade e empresas descapitalizadas, sendo comum a presença de prestadores de serviços disfarçados, como cooperativas de trabalho e sociedades de trabalhadores, que mantêm um vínculo formalmente comercial com a empresa principal ou verdadeira.¹Os demais países da América Latina ao contrário da realidade brasileira possuem experiência efetiva na regulamentação do fenômeno da Terceirização. No presente artigo busca-se a efetivação de um diálogo entorno da legislação e das propostas legislativas em tramitação sobre o tema. O intuito é demonstrar o acompanhamento realizado sobre a legislação em relação ao tema em vigor ou em construção na América Latina, com foco no Brasil, na Argentina e Uruguai.

¹ URIARTE, Oscar E; COLOTUZZO, Natalia, *Descentralização, Terceirização, Subcontratação [mimeo]*, 2008, p. 48.

2. O fenômeno da terceirização no Brasil

Compreende-se a terceirização como uma das expressões da dinâmica capitalista contemporânea, com alto potencial precarizador das relações de trabalho. No Brasil onde, distintamente de outros países da América Latina, não há lei disciplinando-a especificamente, o que se tem são algumas regras introduzindo a figura da relação trilateral legítima, como é o caso, por exemplo, da Lei nº 6.019/74, a “*Lei do Trabalho Temporário*”; entendimentos jurisprudenciais incorporados por Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (TST); projetos de lei em andamento no Congresso Nacional; e, propostas de lei elaboradas pela Secretaria de Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça, MJ, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, MTE, e pela Secretaria de Assuntos Estratégicos, SAE. Esse vácuo estimulou a que o TST, em 1986, normatizasse o tema via Enunciado de Súmula 256, coibindo-a, na prática.

Posteriormente, em meio a fortes pressões, sobretudo dos setores patronais mas, também, de organizações de terceirizados², proposição formulada pelo então Subprocurador-Geral do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho, MPT, hoje Ministro do TST, Ives Gandra Martins Filho, provocou cancelamento do Enunciado 256, sendo substituído, em dezembro de 1993, pela Súmula 331 que legitimou a terceirização às atividades meio e definiu como subsidiária a responsabilidade da contratante principal, tomadora³. Em 2000, essa Súmula foi revisitada, sendo estendida, no inciso IV, a responsabilidade subsidiária aos entes públicos que terceirizam. Essa uniformização da jurisprudência em nível nacional balizou grande parte das decisões judiciais, evidenciando, ainda, a hipótese de que o sentido que o jurídico dá ao fato social repercute na própria compreensão que os atores passam a ter do fenômeno, como as pesquisas que estruturaram o eixo Terceirização do Projeto Temático demonstram.⁴

Mas a pressão dos setores mais conservadores da sociedade brasileira continuou forte no sentido da eliminação dos obstáculos à terceirização contemplados pela Súmula 331 ainda que, à época, tenha ela retrocedido quanto ao entendimento anterior. Em 24 de novembro de 2010, o STF, por maioria de votos, julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 71, § 1º

² BIAVASCHI, M. B.; DROPPA, *Relações de trabalho no capitalismo contemporâneo e a terceirização: a dinâmica da regulamentação dessa forma de contratar no Brasil e o papel da Justiça do Trabalho*, 2011

³ BIAVASCHI, M. B.; DROPPA, *Relações de trabalho no capitalismo contemporâneo...Cit.*

⁴ Essas pesquisas analisam o papel das instituições públicas do trabalho diante dessa forma de contratar, com foco na Justiça do Trabalho e nas ações do Ministério Público do Trabalho, MPT, perguntando se elas têm sido lócus de resistência ou de afirmação a esse fenômeno, buscando suprir uma lacuna nesse tipo de estudo acadêmico. Crf. Memorial da Justiça do Trabalho do TRT da 4ª Região, disponível em <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/memorial/textos>.

da Lei de Licitações, ADCON 16, proposta pelo então Governador do Distrito Federal, Joaquim Roriz. Trata-se de dispositivo dispendioso que não se transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento aos terceirizados das obrigações trabalhistas não adimplidas pelas terceiras. Ao desobrigá-la, favorece a ampliação da terceirização no serviço público, impactando as decisões judiciais e contribuindo para retardar as execuções trabalhistas, momento processual em que os credores devem receber o valor que lhes foi reconhecido judicialmente. A partir dessa posição do STF, muitas as Reclamações dirigidas aos Ministros do TST diante de decisões que responsabilizam os entes públicos à luz da Súmula 331. Nessa *démarche*, o TST, em 2011, a revisitou visando a adequá-la à decisão da ADCON nº 16, mantendo a responsabilidade trabalhista quando evidenciada culpa *in eligendo* e *in vigilando*, institutos regulamentados pelo Código Civil.

3. Argentina

A Terceirização das relações de trabalho na Argentina é regulamentada pelo artigo 30 da Lei 20.744/76, incorporada posteriormente à LCT [Lei do Contrato de Trabajo], cujo artigo 1º dedica-se à intermediação e à interposição privada da Terceirização do trabalho, autorizando-as nos quando os intermediários [terceiros] se enquadram em seu artigo 1º n.º I.

Segundo a entrevistada Andrea Del Bono, investigadora del Conicet, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, integrante, miembro, del Centro de Estudios de Investigaciones Laborales:

“el Art.30 fue un artículo (...) que era más amplio, que fue la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina de 1974, el último Peronismo, y esa Ley de contrato de trabajo fue modificada en 1976 con el Golpe de Estado. (...) Entonces ese Art. 30 era la primera formulación de la ley, tenía una concepción (...) e (...) la literatura indica es que: la degradación del régimen de subcontratación en la Argentina en términos de ley de contrato de trabajo comenzó en 1976 cuando la Dictadura Militar reforma el Art.30 de la Ley de contrato de trabajo. Que es allí cuando se enfatiza el rol de la actividad principal, no? El Artículo de 1974, además, establecía que el trabajador de las empresas de trabajo... eh... de las empresas proveedoras de subcontratistas tenía derecho a la actividad gremial y tenía que estar acogido por el mismo convenio de la empresa principal. Todos estos son elemento de ese articulado que la dictadura elimina de esa ley. Hoy, en la actualidad, nosotros nos regimos por ese artículo, todavía hoy, modificado por la dictadura militar de 1976, que considera un trabajador en subcontratación laboral al que realiza actividades a pedido de la empresa, que corresponden a la actividad principal del establecimiento.”

A legislação é clara quanto ao reconhecimento da responsabilidade solidária entre a tomadora e terceira quanto aos direitos dos trabalhadores terceirizados, assegurando, ainda, tratamento análogo aos trabalhadores diretos e indiretos da Tomadora. Os artigos 30 e 136 da LCT também estabelecem círculos de responsabilidade solidária entre o empregador principal e o interposto quanto à contratação, subcontratação e delegação dos estabelecimentos. Esses dispositivos obrigam a empresa principal a controlar os contratistas e os subcontratistas com respeito ao cumprimento das normas relativas ao trabalho e à seguridade social, sendo que a omissão da empresa principal pode importar, automaticamente, responsabilidade solidária.

De acordo com Alejandro Galasetti, sindicalista, esta alteração do artigo 30 ocorreu em 1998, sob o declínio do governo de Carlos Menem, após forte pressão popular, com a participação da Central de Trabajadores Argentinos. Essa lei traz, ainda, sanções civis e penais para os casos de violação da disciplina da mediação privada nas relações de trabalho, objetivando evitar tanto as fraudes quanto o exercício abusivo da intermediação privada, principalmente quanto à contratação de menores, prevendo sanções penais específicas. Visando a evitar fraudes societárias [sociedades de fachada, interposição societária de fácil volatilidade e descapitalização empresária], introduz o mecanismo de certificação da terceira com base em códigos de comportamento elaborados em sede administrativa.

No entanto, não limita a Terceirização às atividades essenciais ou permanentes da tomadora, ampliando as possibilidades da adoção dessa forma atípica de contratar, apenas de a responsabilidade solidária ser reconhecida. Não dispõe, também, sobre a representação dos “subcontratados”.

Na última década, na Argentina ampliou-se o debate sobre a intermediação insolvente ou fraudulenta e a responsabilidade solidária dos sócios, contratantes e administradores sociais, principalmente quanto às manifestações contraditórias dos tribunais das províncias. Sobre esse debate, Arese⁵ aponta duas correntes de interpretação em julgamentos sobre a responsabilidade societária: restrita e ampla. A restrita, entendendo haver: responsabilidade direta ou solidária do administrador por atos ilícitos societários; resposta do administrador por sua omissão e na medida do dano a terceiros; e, ainda, para a desconsideração da personalidade jurídica societária é necessário demonstrar a constituição de sociedade como recurso para violar a lei.

⁵ ARESE, Cesar, *Solidariedad laboral e intermedicación de mano de obra*, in “Revista Derecho del Trabajo”, Argentina, 2008.

4. Uruguai

O Uruguai adotou uma agenda cruamente neoliberal para o ano de 1991 com a assumpção do Partido Nacional ao poder. Em entrevista, Hugo Barreto⁶, diretor acadêmico de pós-graduação em direito do trabalho e Segurança Social, da faculdade de direito da Universidade da República, e secretário editorial da revista “lei do trabalho”, afirmou que:

“Algunos de los perfiles más nítidos desde el punto de vista de la ideología neoliberal, como es la privatización de las empresas públicas, eso fue detenido, fue frenado, por el movimiento sindical y el conjunto de las organizaciones políticas progresistas, a través de un referéndum y un plebiscito que anuló la ley que, este, promovía la privatización de las empresas públicas. Lo que no pudo hacer el movimiento sindical, por la propia debilidad que tenía el movimiento sindical en ese momento (...) Este, lo que no pudo hacer el movimiento sindical en ese momento por la propia debilidad que tenía fue frenar un proceso de tercerización agudo, que vivió el país en esos años.”

Tal qual no Brasil, o que aconteceu na década de 90 no Uruguai foi que o fenômeno tradicional de terceirização começou a se reproduzir de forma patológica, atingindo praticamente todas as atividades produtivas e de serviços. Inicialmente, a terceirização atingiu os de setores de atividades auxiliares, tais quais o de limpeza, vigilância, manutenção de grandes empresas, ou empresas industriais, gradualmente evoluindo até mesmo para as atividades que compõem as atividades principais da empresa.

Em 2005 assume a coligação de um governo de esquerda, El Frente Amplio, criada em 1971 e fortemente reprimida durante a ditadura de 1973 a 1984, com o apoio de forças progressistas de partidos tradicionais, da democracia cristã, do Partido Socialista, do partido comunista, etc. A frente ampla chega com um programa reformista em matéria laboral, como a reforma trabalhista das regras em matéria de proteção da atividade sindical, as regras relativas à promoção da negociação coletiva, as regras relativas à limitação do dia no trabalho doméstico e trabalho agrícola, regras na criação de um processo de trabalho autônomo e, finalmente, as regras sobre a regulamentação da terceirização.

No Uruguai há três leis sobre o trabalho terceirizado:

- Lei n. 18.098 de 2007, com normas sobre a contratação de serviços terceirizados por organismos estatais;

⁶ Entrevista realizada em 25 de abril de 2014, por Magda Barros Biavaschi, transcrição: Lorena Sanchez.

- Leis n. 18.099 de 2007 e n. 18.251 de 2008, com normas de proteção aos processos de descentralização empresarial, definindo responsabilidades tanto no setor público quanto no privado e conceituando o que entende por Terceirização.

A legislação que se dirige aos organismos estatais - Lei n. 18.098, de 2007 - define o nível de exigência que a autoridade pública deve estabelecer em relação à empresa contratada. O seu artigo 3º estabelece que a autoridade pública contratante se reserva o direito de exigir da contratada a documentação comprobatória do pagamento dos salários e demais encargos sociais referentes aos trabalhadores terceirizados. Define, ainda, que as empresas têm o dever de comunicar ao Organismo contratante quando este requerer os dados pessoais dos trabalhadores.

A Lei n. 18.099, de 2007, fundamental para a Terceirização das relações de trabalho nos setores público e privado uruguaio, define, no artigo 1º, a responsabilidade solidária da tomadora quanto às obrigações trabalhistas, as da seguridade social, do acidente de trabalho e da doença ocupacional.

A Lei n. 18.251, de 2008, que também dispõe sobre a responsabilidade laboral nos processos de descentralização empresarial, define as atividades que realizadas pelas terceiras – Terceirização, como no Brasil é chamada essa forma de contratar -, classificando-as como: subcontratação; intermediação; e, fornecimento de mão de obra via empresa de agenciamento. O detalhamento das atividades dessas empresas objetiva oferecer alguns freios à prática da Terceirização e às relações de trabalho fraudulentas. No entanto, as definições são tão amplas que acabam incluindo todo tipo de atividade econômica acabando, de fato, por legitimá-la e não por obstaculizá-la.

Por fim, a Lei n. 18.251, de 2008, em seu artigo 4º também dispõe que todo o empresário que utilize serviços terceirizados tem direito de ser informado sobre o modo e o estado do cumprimento das obrigações trabalhistas, assim como a proteção ao acidente de trabalho e a enfermidades profissionais correspondentes aos trabalhadores.

Quanto ao trabalho temporário, o artigo 5º da lei de 2008, em comento, define que os subcontratados em caráter temporário não podem receber salários inferiores aos da planta principal, de acordo com o princípio de que para igual tarefa corresponde igual salário, ou seja, incorporando na norma o princípio isonômico ou da não discriminação, próprio do Direito do Trabalho. No entanto, garante ao temporário apenas os benefícios mínimos estabelecidos pelos convênios e não os efetivamente recebidos.

E, ainda, o dispositivo aplica-se apenas aos trabalhadores de empresas fornecedoras de trabalhadores temporários, não contemplando a Terceirização

por subcontratação ou as intermediárias, que devem estar dispostas nos respectivos laudos ou convênios vigentes nos grupos de atividades. No geral, a regulamentação uruguaia faz da exceção a regra, tornando lícita e, no limite, estimulando a triangularização das relações de trabalho, na medida em que adota conceitos amplos de empresas intermediárias, subcontratadas e fornecedoras de mão-de-obra, não limita essas formas de contratar às atividades-meio, mas, apenas, coloca algumas exigências e condicionantes à triangularização, o que de fato importa alguns obstáculos e estimulando a que as Tomadoras fiscalizem o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pelas terceiras, mediante a transformação da responsabilidade solidária em subsidiária.

5. Considerações finais

Ressalta-se que nos países de América Latina a maior parte dos instrumentos que normatizam as relações triangulares define como solidária a responsabilidade da Tomadora, vigorando, ainda, o Princípio Isonômico ou da Igualdade de Tratamento entre trabalhadores diretos e terceirizados, estendendo-se, assim, normas de proteção social ao trabalho a toda a prestação dos serviços contratados. No entanto, essas legislações, em regra, não vedam ou não impedem a triangularização nas relações de trabalho, definindo mais amplamente as atividades que podem ser objeto de Terceirização. Nesse contexto, tanto a paridade salarial quanto a responsabilidade solidária são ferramentas que as legislações dispõem ao trabalhador para lhes assegurar a isonomia de ganhos com os trabalhadores diretamente contratados pelas Tomadoras e a efetividade de seus créditos.

CONSTITUIÇÕES, DEMOCRACIA E DISCURSO(S) DE DIREITOS HUMANOS: PERSPETIVA(S) COMPARADA(S) ENTRE PORTUGAL E BRASIL (1933-2016)

Ana Campina

Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense, Observatório Político e Núcleo de Pesquisa Universidade Católica de Salvador (Brasil); Professora

1. Estado da Questão

Partindo do ano de 1933, que marcou o início do regime de Salazar, o Estado Novo, pela Constituição da República Portuguesa que contemplava uma panóplia de Direitos Fundamentais (art. 8º), pretende-se analisar e debater o discurso de Direitos de Salazar que numa primeira fase se apoiou naquele que era da Igreja Católica e que, numa manobra de funambulismo, mudou para um discurso político, económico e social de fascista e ajustado aos seus objetivos. Em comparação pretende-se analisar a Constituição Brasileira de 1934 que instituiu a Ditadura de Getúlio Vargas. Curiosamente, ou talvez somente uma coincidência estratégica, esta ditadura fascista, institucionalizada como Estado Novo, como fora regimentado por Salazar em Portugal. Com a Revolução dos Cravos (1974) implementou-se a Democracia, dando origem à Constituição de 1976, reconhecendo-se os Direitos Humanos (Declaração Universal de 1948) e os Fundamentais, mas o Discurso político e social dos Direitos Humanos foi objeto de intervenção, porém tardou diversos anos o efetivo reconhecimento e efetivação dos Direitos Fundamentais e Humanos dos portugueses. E se a partir de 1986 aderimos à União Europeia, importa analisar a linha histórica, e a atua-

lidade dos Discursos e os Direitos Humanos pelas violações e necessidade de intervenção e educação para promoção de um sistema jurídico e judicial capaz de proteger as vítimas e prevenir os abusos. Quanto ao Brasil, com os grandes movimentos populares (os Diretas Já), o poder foi entregue pelos militares aos civis, decorrendo a Segunda Redemocratização. E somente com a Constituição de 1988 se garantiram e aumentaram os direitos sociais, garantia de demarcação da terra dos indígenas, sistema único de saúde e garantia de reformas aos mais velhos e rurais, assim como foi o fim da censura às artes e informação pública. Este artigo visa analisar globalmente os pontos de aproximação e de afastamentos dos países que se dizem irmãos.

2. Portugal, António de Oliveira Salazar, o discurso dos Direitos Humanos e a Constituição da República Portuguesa de 1933

Em primeiro lugar destaque-se a importância e o papel que a Igreja Católica teve na formação inicial de Salazar, cujo percurso que lhe permitiu ter acesso a oportunidades singulares, contribuindo inequivocamente para a sua extraordinária ascensão pessoal e política. E Salazar erigiu-se como seu porta-voz, pelo que o seu discurso se apoiava na ideologia e valores católicos sob a doutrina dos recursos discursivos e comunicativos aprendidos nas instituições eclesásticas que frequentou, o que deixou marcas indeléveis tanto na definição ideológica de Salazar como no seu estilo oratório ou no imaginário simbólico que nutre os seus discursos, e para o qual não fez qualquer esforço para ocultar ou omitir as suas crenças e as suas referências religiosas. Como afirmou Brandão, “*Ser criado e educado num ambiente familiar muito religioso vai obrigatoriamente ter repercussão no comportamento do adulto que esteve sujeito a esse ambiente. (...)*”¹

Salazar introduzira, nas suas publicações e conferências, o discurso católico dos Direitos Humanos, numa fase inicial como opção estratégica pessoal, não se remetendo ao elaborado nos tempos felizes em que havia florescido. Recorde-se que em Portugal a Escola de Salamanca, que havia sido “esquecida” pelas Igrejas portuguesa e espanhola, havia tomado, ao invés, um reacionário “contradiscorso” papal, construído em oposição aos princípios liberais defendidos no seu tempo pela Revolução Francesa e assumidos os princípios do século XX pelos republicanos da Primeira República portuguesa (1910-1926). Mas, aquan-

¹ BRANDÃO, Pedro Ramos, *Salazar – Cerejeira a “força” da Igreja – Carta inéditas do Cardeal-Patriarca ao Presidente do Conselho*, Editorial Notícias. Lisboa 2002. p. 30.

do da instauração do Estado Novo, Salazar negou a concessão à Igreja Católica o monopólio religioso, como o próprio defendera anteriormente. Assim, Salazar optou pelo não confessionalismo do Estado, facto que desencadeou uma grande controvérsia e relação tensa com a Igreja Católica, na pessoa do Cardial Patriarca Cerejeira (seu amigo pessoal desde os tempos de estudante), e ainda com a hierarquia ou coletivo clientelar católico, ainda que sempre dentro de limites permissivos de uma continuidade de pacifismo nas relações.

Politicamente, o cerne da questão reside nas crenças de Salazar que desde o seu discurso católico ao uso dos Direitos Humanos, pela viragem ao discurso liberal, pode afirmar-se que nunca teve intenção de cumprir tais direitos e valores, sendo importante refletir sobre tal decisão de promoção de uma imagem díspar da realidade, questionando se se influenciaria e apoiaria nas tradições históricas portuguesas ou na conjuntura, mas a resposta não é passível de objetividade.

Mas seriam os Direitos Humanos, na sua versão liberal, um marco cultural mobilizador, obrigando Salazar a adotar posicionamentos flexibilizados, aquando da consolidação do seu poder, por uma questão de segurança, a partir de certos feitos históricos que se destacavam e que se havia introduzido em Portugal no séc. XIX. Na Constituição Portuguesa de 1822 uma Carta de Direitos Humanos que faltava na Constituição Espanhola de Cádiz, no seu modelo, ou o que de fora o primeiro país europeu que aboliu a pena de morte (ainda que não a aplicando de facto antes de que fora proibida por uma modificação da Constituição para os “delitos políticos” de 1852 e para os “delitos civis” em 1869 e mantendo-a até 1911 para os militares submetidos ao Código de Justiça Militar). Em suma, na Constituição de 1822, Portugal foi pioneiro na abolição da escravatura, em Portugal e nas Colónias, ainda que Marquês de Pombal, certamente pressionado pela Aliança de Portugal com a Grã-Bretanha, somente em 1869 se aplicaria a total proibição da escravatura no Império Português.

E ainda, considerando a debilidade intrínseca e o escasso potencial mobilizador do discurso luso do séc. XIX dos Direitos Humanos, em todo o caso, pesariam mais do que os considerandos os anteriormente referidos, ou outros similares, como um mínimo para entender a impunidade da transgressora praxis salazarista dos direitos humanos, que no início do séc. XX, quando a monarquia portuguesa periclitava, fizeram destes um esquecimento, especialmente os económicos, sociais e culturais, ou recordar que foi durante este século, como é sabido, quando ocorreram grandes transformações. Mas ao mesmo tempo também graves violações dos direitos humanos, pelos mais diversos motivos, ou reconhecer que estavam em Portugal as condições de vida marcadas pela fome e pela precaridade e era evidente que o índice de analfabetismo, elevadíssimo, revelava que o Direito Humanos à Educação, ainda que ocasionalmente reivindicado por políticos ou intelectuais, tinha fracassado na prática antes que o professor por-

tuguês se convertesse num gestor político e não parece que este alimentasse a dissidência.

Coadjuvando a explicação partindo da tradição e/ou cultura portuguesa, os discursos assertivos e transgressores dos Direitos Humanos do Salazarismo passa pelo simples facto de que Salazar não quisera deixar de introduzir na sua oratória termos tão politicamente corretos (diríamos hoje) ou tão bem sonantes, já na sua época, como a dignidade, a igualdade perante a lei, a liberdade de pensamento, a democracia, a ética política e social, os ideais político-jurídicos e filosóficos considerados como princípios pilares da sociedade, por razões de pura estratégia, ou seria mais consequente e produtivo analisar as possíveis conexões entre o facto de que a Constituição Republicana de 1911 procederia a afirmar os direitos e garantias individuais de primeira geração clássica no seu Título II (desenvolvendo como epílogo do direito de liberdade, das liberdades religiosas, de consciência e de crenças para recortar o poder da Igreja) com as reivindicações por Salazar de liberdades também denominadas assim e sem embargo de conteúdo e função inversa às proclamadas pela Primeira República: defender a Igreja, tratando de entender o discurso alternativo de Salazar como uma forma de combate aos princípios republicanos que pareciam as suas próprias armas, alinhadas, isso sim, noutras *pedras de arremesso* (as religiosas). Mas, é um facto, a sua viragem discursiva de 1933.

Vejamos, as “liberdades” a que Salazar se refere e reivindica, nos tempos de estudante de Direito, eram as que as Encíclicas Papais defendiam, isto é, aquelas que a Igreja Católica e os católicos, o que comportaria um peculiar enfoque ao direito à liberdade pessoal, à liberdade religiosa e à liberdade de ensino, sendo a primeira para o livre arbítrio dado por Deus ao homem, como ele era para Leão XII, autor da Carta Encíclica *Libertas Praestantissimum*. Indubitavelmente, a viragem formal em termos de legislação surge com o art. 8º da Constituição da República Portuguesa de 1933, cuidadosamente anotado e corrigido pelo próprio Salazar no que respeita ao discurso normativo sobre os direitos fundamentais, no qual, formalmente, se reconhece um corpus de direitos humanos e de cidadania positivados herdado dos regimes liberais europeus da Revolução Francesa, proibido pelos Papas, pelos católicos portugueses e por Salazar até muito pouco tempo antes, se bem que tal se conjuga, numa curiosa mistura com a instauração de um sistema ditatorial e corporativista de acordo com época, sob o poder político. Este texto constitucional veio atender interesses de grupos diversos, sem perder o apoio dos militares republicanos conservadores, os quais mantinham o seu apego a liberdades públicas, num momento em que era preciso combater os seus inimigos de extrema-direita, muito beligerantes. Este jogo de alianças e contrapesos explica o facto da Constituição de 1933 proclamar o direito de liberdade pessoal e de segurança processual, assim como, o direito à liberdade de expressão, igualdade perante a lei e a inviolabilidade

do domicílio, distanciando-se inegavelmente do discurso católico do momento sobre os direitos individuais, especialmente, e para desgosto do seu amigo, o Cardial Patriarca Cerejeira. Concomitantemente não se definiu Portugal como um Estado confessional e ainda se proclamou o direito a uma *liberdade religiosa* que permite a coexistência pacífica com outras religiões, e em particular com os protestantes ingleses que sempre tiveram em Portugal um tratamento favorável, como requeria a sua tradicional aliança com a Grã-Bretanha.

Reconhecendo este e outros direitos individuais de tradição liberal, ainda que negando ao indivíduo o direito de participação política que se transpunha para os representantes das corporações, Salazar fazia concessões às necessidades políticas, tendo-se demarcado, não havia muito tempo (entrevista a António Ferro, em 1932), e do agnóstico francês e não menos destacado mentor da direita católica, Charles Maurras, condenado em 1926 e 1927 pelo Vaticano, por instrumentalizar o catolicismo para unificar a nação francesa e subordinar a religião à política. Sem embargo que se demarcaria de Benito Mussolini, em cujo regime encontrou uma provada fonte de inspiração, censurando-o por, inicialmente, ter assinado o *Tratado de Latrão* em 11 de fevereiro de 1929, e *a posteriori* ter procedido à dissolução das Associações Juvenis e Universitárias dependentes da Ação Católica, ainda que segundo a Encíclica de Pio XI *Nom abbiamo bisogno* (*Não temos necessidade*, 1931) ter sido permitido em Itália a sobrevivência da AC.

A *Concordata de 1940* encerraria a aliança sobre as mesmas bases de acordo e partilha de áreas de influência, pelo que o Salazarismo conciliou o regime ao laicismo formal com a proteção do catolicismo, desnaturalizando-o. No que concerne a outros direitos e liberdades liberais, eliminando-os legalmente ou transgredindo-os de forma flagrante, como vimos neste trabalho, manteve-os na Constituição – porque melhoravam a sua imagem – sendo um disfarce que não fora suficiente para a aceitação e entrada de Portugal na ONU até 1955. Com esta admissão foi possível a Portugal romper o seu isolacionismo internacional, ainda que em dezembro de 1960 Salazar se tenha recusado a assumir a Resolução 1514 da ONU, a qual dava suporte ao movimento descolonizador, assim como tão pouco aceitaria – porque não estava disposto a renunciar às colónias – o direito da livre determinação dos povos, agrupados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos aprovado pela Assembleia da ONU em 1966.

A viragem retórica de Salazar relativa ao discurso dos Direitos Humanos, cujo corte pôde facilitar paradoxalmente a sua transição para o poder ditatorial, banalizou e desprestigiou esse discurso, contribuindo para o enfraquecimento de uma cultura de direitos humanos em Portugal, os quais, apesar de incorporados e enfatizados pela Constituição de 1974, continuaram a contar com um potencial mobilizador muito baixo, mesmo após a instauração da democracia em Portugal.

3. Portugal em Democracia pós 1974 e a retórica dos Direitos Humanos reconhecidos pela Constituição da República Portuguesa de 1976

E no ano em que se comemoram os 40 anos da Constituição de 1976, numa análise completamente apartidária, seria simples elencar uma extensa e complexa lista de violações e ilegalidades de Portugal relativamente à afetação dos Direitos Humanos, na sua efetivação constitucional. Mas centrando-nos na retórica que melhor ilustra a gravidade refletida em vítimas que ao longo destas 4 décadas continuam a existir, tão frequentemente ocultadas dos discursos de Direitos. Hoje vivenciamos uma realidade atroz relativa à proteção promoção dos Direitos: de Género, em particular com as questões de violência doméstica cujas estatísticas são gradualmente mais graves e com um número de vítimas que ao país e aos seus cidadãos deve preocupar e motivar para agir; Laborais nas mais distintas vertentes; Educação, cujas lacunas e as disparidades são uma realidade que urge intervir; da Saúde, que ainda não é para todas em todas as situações; das Crianças que são ainda tão frágeis e voláteis com gravíssimas consequências cujos efeitos se repercutirão nas gerações futuras; Segurança, havendo ainda situações de violência pelos agentes, havendo graves problemas detetados nas prisões; Solidariedade que em tantas situações se cinge a caridade social e não uma intervenção concertada objetivando apoio (legal); Igualdade tão “apregoadá” na retórica de Direitos pelas mais distintas fontes mas que está longe de ser uma realidade transversal; e entre muitos que poderíamos enunciar. Mas, apesar de todos os avanços e melhorias ao longo destas décadas, muitas são as violações e menos tratos de Direitos Humanos em contraposição com um discurso e uma retórica, frequentemente, ilusória, muito apoiada pela Comunicação Social, construindo uma Opinião Pública sem bases “reais”, mas urge intervir para proteger, promover e implementar os Direitos Humanos constitucional e legalmente protegidos em Portugal.

4. A Constituição Brasileira de 1934 e a Ditadura de Getúlio Vargas: um discurso de direitos (des)humanos

A Constituição Brasileira de 1934, sob a Presidência de Getúlio Vargas, deu início à democratização como consequência às reivindicações revolucionárias, com avanços manifestamente importantes no âmbito dos Direitos fundamentais: alternância no poder, garantia de voto, universal, secreto e abrangendo as mulheres; sindicalismo e liberdade de expressão. Porém, muitos foram os im-

pedimentos à implementação dos Direitos Humanos constitucionalmente, gerando um discurso inicialmente aparentemente defensor mas que se distanciou. As evidentes influências dos regimes fascistas e nazi, contemporâneos, gerou um sentimento nacionalista e centralização do poder, em particular com uma forte influência de Portugal: O regime seria homónimo – Estado Novo – e o lema “Deus, Pátria e Família” seriam sinais inequívocos.

À semelhança dos regimes inspiradores, e em particular Salazar, apesar de revestido de maior violência e rodeado de movimentos revolucionários mais visíveis e interventivos, a retórica dos Direitos Humanos revestiu-se de uma imagem que nem política, nem social nem legalmente correspondiam à realidade, facto sempre preocupante pelas graves situações humanas ocultadas.

5. O Brasil e a democracia pela Constituição de 1988 – direitos legalmente garantidos: um discurso e uma realidade

A verdadeira dimensão e a conceção dos Direitos Humanos no Brasil surge na Constituição Federal de 1988. Esta pode caracterizar-se como um marco simbólico. Este facto deve-se a uma retórica e legalização da cidadania, pela transição para a democracia e da nacionalização dos Direitos Humanos.

Pela implementação de um Estado Democrático de Direito, objetivando a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. E além do fortalecimento da Federação, declarando os princípios fundamentais, a soberania popular, assim como na democracia participativa.

E pela primeira vez, a Constituição apresenta como princípio e objetivo a redução das desigualdades, nomeadamente a diversidade sexual, racial, geracional, e ainda, o combate contra todas as formas de discriminação.

E no âmbito do discurso Constitucional, determinando uma mutação à lei brasileira, ao mais alto nível, e consequentemente aos cidadãos, garantia os direitos humanos, sociais e políticos. E apesar de toda a complexidade, dificuldade de implementação, pelas mais diversas motivações, esta Constituição promoveu um novo paradigma na estrutura jurídica e democrática brasileira.

6. Conclusões

É indubitável a complexidade de implementação dos Direitos Humanos em ambos os países, com as diferenças inerentes. Certo é que a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição Federal Brasileira de 1988 foram marcos de incontornável importância da transição para a Democracia, certo é que o reconhecimento dos Direitos Humanos foi elementar para a mudança social.

Nesta (sintética) comparação, existem muitas violações muito graves e preocupantes que exigem, à data de hoje, que devam ser um trabalho exigente à escala nacional, de cada Estado, tal como em parceria com as relações internacionais (Organizações e parcerias estatais, nomeadamente entre Portugal e Brasil). Mas, ainda que em Democracia, e sob um Discurso de Direitos Humanos, reconhecido legalmente, conclui-se que há um caminho “estreito” que, apesar da dimensão díspar, culturas distintas, profundas marcas do passado de descoberta e colonização, muitos são os problemas comuns que afetam os Direitos Humanos em ambos os Estados, com consequências graves para milhões de seres humanos. Urge que as sociedades, nas suas mais distintas hierarquias e estruturas, sejam educadas para a uma cidadania ativa e interventiva, num discurso de Direitos promovendo-os e defendendo-os, não deixando de denunciar todas as violações, não ocultando as atrocidades que se vivem em ambos os Estados.

Referências Bibliográficas:

- BOBBIO, N., *O futuro da democracia*, Rio e Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BRANDÃO, Pedro Ramos, *Salazar – Cerejeira a “força” da Igreja – Carta inéditas do Cardeal-Patriarca ao Presidente do Conselho*, Editorial Notícias, Lisboa 2002.
- LYRA, Rubens Pinto, *Os conselhos de direitos do homem e do cidadão e a democracia participativa*, texto disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/w3/ceddhc/ceddhc/rubens2.htm>, consultado em 30.03.2016.
- NOGUEIRA, Franco, *Salazar II, Os Tempos Áureos (1928-1936)*, Porto, Civilização Editora, 2000.
- SALAZAR, António de Oliveira, *Discursos 1928-1934*, I Vol. Coimbra, Coimbra Editora, 1935.
- TELO, António José; GÓMEZ, Hipólito de la Torre, *Portugal e Espanha nos sistemas internacionais contemporâneos*, Lisboa, Edições Cosmos, 2000.

GLOBALIZAÇÃO E PROCESSO PENAL: IMPLICAÇÕES E HESITAÇÕES

Ana Teresa Carneiro

Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho
e do Instituto Universitário da Maia

1. Sob a égide do tema *Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono*, e em tom de comemoração dos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa, o presente trabalho – longe de encerrar em si conclusões, mas antes de natureza interrogativa¹ – pretende suscitar ou, antes, retomar a discussão que atualmente, tendo por cenário a sociedade pós-moderna, cunhada pelo marco da globalização, se acerca da função, do papel e do rumo da justiça penal, com incidência especial no direito processual penal.

2. Assistimos hoje a um novo paradigma societário, delimitado pela evolução tecnológica e científica dos últimos anos, pela massificação e a globalização².

Ora, se por um lado é inegável que, nas últimas décadas, a humanidade beneficiou, aos mais variados níveis, de um desenvolvimento sem precedentes (pense-se, entre outros, na evolução das ciências biomédicas ou das comunicações³), por outro parece certo que esse desenvolvimento veio acompanhado

¹ Outra não poderia ser a pretensão deste trabalho, pela sua natureza e pelas limitações de extensão que lhe são naturalmente impostas.

² Conceito que encerra em si “uma ideia de internacionalização entre os povos e uma consequente diluição de fronteiras entre os diversos Estados-nação”. TORRÃO, Fernando, “Direito Penal, Globalização e Pós-Modernidade”, in *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 62.

³ Seria imprudente da nossa parte cuidarmos aqui de aspetos ligados à globalização sem fazer uma específica referência ao desenvolvimento nas comunicações que marcou as últimas décadas,

de «efeitos secundários de uma modernização bem-sucedida»⁴: falamos aqui de riscos globais, de que são exemplos as catástrofes ambientais, a manipulação genética, o uso (ou abuso) da energia atômica e a tecnologia nuclear⁵. Assim se entenderá com maior clareza o facto de à sociedade contemporânea, assim desenhada, ter sido atribuído o título de *sociedade do risco*⁶: uma sociedade onde, por contraposição ao verificado na *sociedade industrial*⁷, “a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir **riscos globais** ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida”^{8/9}

Duma sociedade com estas características teria que resultar um novo paradigma de comportamento, coletivo e individual. E o comportamento criminal não foi aqui exceção. Na verdade, a globalização favoreceu mutações profundas ao fenómeno da criminalidade, também ela agora maioritariamente globalizada, por via do surgimento de novas condutas criminosas ou da massificação de condutas já existentes, de natureza transnacional e com repercussões da maior gravidade¹⁰.

sobretudo desde os anos 90 do século passado, quando se verificou a generalização do uso da internet, o que veio possibilitar, como sintetizou Faria Costa, “a compressão do mercado global (mundial) a um mercado de feira medieval, por mor da informática». COSTA, José de Faria, *A globalização e o tráfico de seres humanos, Direito Penal e Globalização*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 45.

⁴ BECK, Ulrich, *Sociedade de Risco Mundial: Em Busca da Segurança Perdida*, Lisboa, Edições 70, 2015, p. 29.

⁵ Bem assinalou Fernando Conde Monteiro que se “efetivamente os anjos desceram à terra (...) parte desses anjos transformaram-se em demónios e criaram um mal-estar à medida do bem-estar criado.” MONTEIRO, Fernando Conde, *Algumas reflexões sobre o Direito Penal a partir da Psicanálise*, “Revista Jurídica da Universidade Portucalense”, n.º 15, 2012, p. 71.

⁶ Conceito proposto pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986, na obra *Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne*, atualizado, cerca de 20 anos depois, pelo conceito *sociedade mundial de risco*. Cfr. BECK, Ulrich, *Sociedade de Risco Mundial...cit.*,

⁷ Onde os riscos para a humanidade derivavam ou de acontecimentos naturais ou de ações humanas individualizáveis e identificáveis. Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 134.

⁸ *Idem*, pp. 134-135 (realçado do Autor).

⁹ Na esteira de Ulrich Beck, para quem o trágico episódio histórico – de repercussões globais – de *Hiroshima* (1945) representou o *volte face* para o risco global. É exatamente neste momento que, segundo Beck, “[o] mandamento «não matarás!» é elevado para «Não matarás a humanidade!»”. Cfr. BECK, Ulrich, *Sociedade de Risco Mundial...cit.*, p. 402.

¹⁰ COSTA, Nuno Dias, *Direito Penal do Inimigo – Inimigo do Direito Penal*, in “RPCC”, Ano 18, n. 4, 2008, p. 417.

Pensemos, a título de exemplo, nos crimes de tráfico (de pessoas, estupefacientes, armas, ou órgãos), na criminalidade económica¹¹ ou na cibercriminalidade. Estas *modernas* formas de criminalidade¹², materializadas em “*condutas que se aproveitam das vantagens que a actual sociedade tecnológica oferece aos criminosos*”¹³, espelham o resultado da atividade de verdadeiras estruturas empresariais organizadas¹⁴ para o comércio de bens ilícitos, a operar numa sociedade em que tudo se transaciona, desde que exista a correspondente procura, e mesmo que ao arrepio dos mais elementares direitos humanos¹⁵. Depois, o terrorismo, o mais *assustador* dos fenómenos criminais do século XXI, que contribuiu, e contribui diariamente de forma marcante¹⁶, *rectius* decisiva, para a elevação do medo e da insegurança a um novo patamar de sentimento existencial coletivo, conferindo um lugar cimeiro, dentro da hierarquia dos valores comunitários, tendencialmente à segurança, em detrimento da liberdade e da igualdade^{17/18}.

Ora, a criminalidade *globalizada*, totalmente alheia a fronteiras ou soberanias, coloca, como facilmente se depreenderá do que foi até então exposto, relevantes obstáculos em sede da *praxis* forense, suscitando assim incontornáveis interrogações aos sistemas de justiça penal. Porque reclama novos e dife-

¹¹ A este propósito, GONÇALVES, Manuel, *As especificidades do crime económico*, in “RPCC”, Ano 22, n. 3, 2012, pp. 411-440.

¹² *Modernas* formas de criminalidade, se não na sua essência, pelo menos, na sua atual configuração.

¹³ Díez RIPOLLÉS, José Luis, *Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado*, in “RPCC”, Ano 17, n. 4, 2007, p. 567.

¹⁴ Pela imprecisão de que, ainda hoje, se reveste, optámos por não introduzir aqui o conceito, de natureza criminológica, *criminalidade organizada*. Cfr. Díez RIPOLLÉS, José Luis, *Da sociedade do risco à segurança cidadã...*, Cit., pp. 567-568.

¹⁵ Podemos aqui fazer especial referência ao crime de tráfico de pessoas, previsto, entre nós, no artigo 160.º do Código Penal, que mais não representa senão a instrumentalização do ser humano para fins de exploração, lesando diretamente o direito à liberdade e afetando, também direta e necessariamente, a dignidade da pessoa humana. No tráfico, a vítima é diminuída a mera mercadoria, com um preço correspondente, calculado em função do valor comercial que assume enquanto meio ou instrumento de satisfação (forçada) de necessidades alheias.

¹⁶ Vejam-se os *entusiastas* discursos, transversais a variados setores societários, a propósito dos mais recentes ataques terroristas em solo europeu ou, se quisermos ir mais além, os discursos *inflamados* e altamente importunadores dos mais sagrados valores dum Estado de Direito, proferidos em resposta (ou melhor, em defesa) à entrada na Europa de uma vaga de refugiados sem precedentes.

¹⁷ Cfr. BECK, Ulrich, *Sociedade de Risco Mundial...*cit., p. 30. Veja-se o que, nesta senda, escreveu Ulrich Beck, referindo-se à evolução do conceito *sociedade do risco* para o conceito *sociedade mundial de risco*, e ressaltando exatamente o fenómeno do terrorismo: “*Quando releio o meu livro sociedade de risco fico comovido: apesar de todo o dramatismo, o mundo parece idílico – ainda está «livre do terror»*” (realçado do Autor). *Idem*.

¹⁸ Pelo interesse do tema veja-se FREITAS, Pedro Miguel, “Terrorismo, migração e multiculturalismo: vértices de um desafio global aos direitos humanos”, in *Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade*, Curitiba, Juruá, pp. 167-188.

rentes instrumentos jurídicos, nacionais e supranacionais e, no que aqui mais nos importa, porque obriga ao reequacionar de todo um paradigma de política criminal, sobretudo ao nível da investigação criminal e da atividade probatória em processo penal¹⁹.

É verdade que a justiça penal têm demonstrado procurar acompanhar *pari passu* a evolução destas novas formas de criminalidade, ensaiando respostas ou remédios que se querem eficazes e adequados a um *novum* social que colocou em crise o “*arquétipo liberal-contratualista que tem iluminado a ciência jurídico-penal dos últimos séculos*”²⁰. E esta natural e inevitável evolução dos sistemas de justiça penal, por força da evolução da própria sociedade, é questão que não merece a nossa crítica e que, sob uma perspectiva de concretização e eficácia, parece não suscitar hesitações de maior. Pelo menos numa primeira leitura.

Todavia, as linhas de orientações que as novas respostas político-criminais parecem tender a assumir, essas sim suscitam incertezas e sérias hesitações, especialmente quando implicam a duplicidade/ductilidade de todo um conjunto de garantias processuais penais *clássicas* e, *in extremis*, a denegação de princípios constitucionalmente consagrados.

Tentemos então identificar – como se numa mera introdução ao problema se tratasse – os principais desafios que a criminalidade dos dias de hoje coloca aos sistemas de justiça penal, especialmente no que tange às implicações que este *novum* carrega para o processo penal, sobretudo para o regime da prova, que urge reequacionar, modernizando-o ao patamar desta *moderna* criminalidade, nomeadamente através de mais e melhores recursos tecnológicos e do estabelecimento dum critério claro de seletividade dos meios de prova e de obtenção de prova, orientada para a eficácia.²¹

¹⁹ A reforma hoje imposta aos sistemas de processo penal é hoje tema que merece a atenção não apenas da doutrina, da jurisprudência ou das estruturas político-governativas, mas ainda, da população em geral e dos próprios *media*. Neste sentido v. FONSECA, Jorge Carlos, “Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 412.

²⁰ TORRÃO, Fernando, *Direito Penal, Globalização e Pós-Modernidade...*Cit., p. 81 (itálico do Autor). De forma certa prossegue Fernando Torrão, assinalando que aquele arquétipo “*encontra a sua fundamentação básica no paradigma da mínima intervenção penal – com os seus corolários da necessidade e da eficácia*”.

²¹ Não podemos obviamente deixar passar em branco o facto desta sociedade globalizada transportar ainda implicações para um direito penal, que hoje se reclama mais severo e *omni-presente*, mas que enfrenta também ele desafios de contornos difíceis, nomeadamente quanto à (in)adaptação das suas tradicionais respostas à nova criminalidade. A este propósito veja-se, por referência à problemática dos crimes de motivação cultural, num panorama de transnacionalidade, MONTE, Mário Ferreira, “Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa”, in *Multiculturalismo e Direito Penal...*Cit., pp. 97 a 113.

Atendamos, em primeiro lugar, ao caráter transnacional da criminalidade global que dá causa a procedimentos criminais da maior complexidade, para onde são convocados vários países e diferentes jurisdições, por força dum atividade criminosa que não conhece soberanias ou fronteiras²². E que implica mais e melhores instrumentos jurídicos, nacionais e supranacionais, nomeadamente ao nível da coordenação, tempestividade e eficácia dos mecanismos internacionais de cooperação^{23/24}.

Depois, a *reinvenção* imposta a todo um modelo de investigação criminal, que agora se quer centrada no presente e no futuro da atividade da organização criminosa, tirando o ênfase à clássica reconstituição histórica dos facto.

Não se esqueça ainda da dificuldade em identificar e proteger as vítimas desta criminalidade moderna e, conseqüentemente, em estabelecer laços de colaboração dessas vítimas com o sistema de justiça penal. Pense-se na particular posição da vítima em determinadas formas de criminalidade (vg. no crime de tráfico de pessoas), na sua especial vulnerabilidade, no seu recorrente conformismo ou até consentimento (mesmo que inválido) face ao crime cometido.

Veja-se também que têm vindo a ganhar relevância, ao nível probatório, o recurso aos meios ocultos de investigação - as ações encobertas, escutas, interceções e vigilâncias que permitem, em tempo real, a monitorização das atividades criminosas²⁵.

Igualmente, notoriedade tem sido dada aos mecanismos de direito pre-mial²⁶ ou de reconhecimento da colaboração processual e mecanismos de proteção das testemunhas, que facilitam a cooperação no procedimento criminal,

²² Veja-se em particular, o caso europeu, onde impera a livre circulação de bens e pessoas, fruto da abolição dos controlos nas fronteiras internas comuns entre Estados-membros - o denominado Espaço *Schengen*.

²³ V. ALMEIDA, Carlota Pizarro, “A Cooperação Judiciária Internacional”, in *Jornadas de Direito Processual Penal...Cit.*, p. 394. Não se pode aqui deixar de fazer referência à seguinte nota de Ulrich Beck: “os problemas mundiais criam afinidades transnacionais. Quem puxa a carta nacional perde. (...) A interdependência não é um flagelo da humanidade, muito pelo contrário, é a condição para a sua sobrevivência.” BECK, Ulrich, *Sociedade de Risco Mundial...Cit.*, p. 374

²⁴ Pela relevância do tema, v. SANTOS, Margarida, “A figura do Ministério Público Europeu no quadro da criminalidade transnacional - considerações em vista da tutela dos direitos humanos”, in *Direitos Humanos e sua Ejetivação na Era da Transnacionalidade ..Cit.*, pp. 149-164.

²⁵ Estes meios ocultos de investigação não representam necessariamente uma novidade. O novum recai na sua “*legitimação material e formal-procedimental pela ordem jurídica*” e na “*expressão verdadeiramente massificada que assumem*”. ANDRADE, Manuel da Costa, “Métodos ocultos de investigação (*Pladoyer* para uma teoria geral)”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 532.

²⁶ Repudiando a “*recompensa concedida à deslealdade*”, numa apreciação de ordem moral, jurídica e política, veja-se GUZMÁN DALBORA, José Luis, Do prémio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo, “RPCC”, Ano 21, n. 2, 2011, pp. 209-350.

quer de membros da rede criminosa, quer das próprias vítimas, cuja colaboração, pelos motivos supra expostos, se vê corrompida.

3. Claro está que, perante a nova realidade criminal (v.g. o terrorismo), os Estados vêem-se obrigados – imperativos de ordem constitucional assim o demandam – a promover as medidas necessárias (preventivas ou repressivas) para garantir a segurança dos seus cidadãos, num panorama de mudança que paulatinamente transforma o próprio conceito de justiça.

Todavia, os discursos *bélicos* proferidos em torno da eficiência/eficácia do *combate* contra a criminalidade globalizada, que instrumentaliza todo um sistema de justiça penal preocupado com a prevenção dos riscos da sociedade globalizada e, sobretudo, com o sentimento de segurança²⁷, têm tomado proporções preocupantes, sobretudo quando “*as pessoas ou grupos que se tornam (ou são transformados em) «pessoas de risco» ou «grupos de risco» são consideradas «não pessoas», cujos direitos fundamentais são ameaçados*”. Aqui “*o risco divide, exclui, estigmatiza*”²⁸

O que se torna mais assustador quando esse discurso encerra em si um ideal pervertido quanto ao clássico modelo das garantias processuais penais nucleares, quase *Jakobiano*²⁹, pugnando-se pela “*compressão e restrição progressivas, passo a passo, dos direitos fundamentais, com ênfase no que poderemos considerar a constituição penal global dos Estados de Direito (constituição penal, constituição processual penal e constituição de execução de sanções criminais)*”^{30/31}

Ora, não temos dúvida que o problema deverá ser reconduzido à questão de encontrar o ponto (ainda) aceitável de equilíbrio entre a eficácia do direito processual penal (e *lato sensu* da justiça penal) face à nova criminalidade e a

²⁷ Neste sentido, e especificamente no que respeita ao direito penal, veja-se GALAIN PALERMO, Pablo, *Reflexões sobre alternativas à pena e uma aproximação à alternatividade penal*, “RPCC”, Ano 21, n. 1, 2011, p. 116.

²⁸ BECK, Ulrich, *Sociedade de Risco Mundial...cit.*, p. 44.

²⁹ Nas críticas palavras de Augusto Silva Dias “*o diabo a que JAKOBS se refere vive no meio de nós e, se o combatermos com os métodos dele, acabamos por lhe vender a alma*”. DIAS, Augusto Silva, “Os criminosos são pessoas? Eficácias e garantias no combate ao crime organizado”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal?...Cit.*, p. 708.

³⁰ FONSECA, Jorge Carlos, *Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada...Cit...*, p. 412.

³¹ Discurso que se agudiza quando são os próprios juizes a assumir um papel de relevo nas trincheiras do combate à criminalidade, elevando a um lugar de destaque a “*eficiência*” da justiça criminal», em detrimento das garantias dos arguidos, que, não raras vezes, surgem como “o maior empecilho na pronta prestação jurisdicional”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda / CARVALHO, Edward Rocha de, *Acordos de Delação Premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado*, in “RPCC”, Ano 17, n. 1, 2007, p. 96.

clássica proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos³², particularmente dos arguidos³³, o que num Estado de Direito não encontra outra solução que não seja a da conservação (pelo menos) do conteúdo mínimo das garantias processuais penais, *maxime* as diretamente previstas na Lei Fundamental, reconduzidas, em último lugar, à salvaguarda da dignidade da pessoa humana³⁴.

allegro ma non troppo!...

³² Se a identificação do problema parece fácil, já complexa é a sua resolução. Atente-se aos dilemas que atualmente se colocam em torno das medidas de prevenção de ataques terroristas, onde, num prato da balança se pesam os direitos fundamentais do terrorista, e noutro o valor das vidas de inúmeras vítimas inocentes. Veja-se a interessante análise de Conceição Ferreira da Cunha a um “paradoxo sem solução», onde se pondera a «admissibilidade do uso de algumas formas moderadas de tortura quando tal for o único meio idóneo para prevenir a morte de inocentes”. Para a Autora “a opção pela perspectiva oposta gera-nos ainda maior inquietude, pois não permite que se defendam vidas inocentes para não “beliscar” a dignidade dos agressores.” CUNHA, Conceição Ferreira da, “Uso da tortura e impedimento de actos terroristas” in *Multiculturalismo e Direito Penal...cit.*, pp. 34 e 57.

³³ Especialmente, como bem refere Flávia Loureiro, em relação aos “meios de que as autoridades podem dispor para investigar, prevenir e perseguir a diversificadíssima e tecnologicamente imaginativa nova vaga de criminalidade.” LOUREIRO, Flávia Novera, “A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal?...Cit.*, p. 276.

³⁴ Como habilmente refere Mário Ferreira Monte, uma justiça que ignorasse as “garantias constitucionais que asseguram, por mor do princípio da dignidade da pessoa humana, condições mínimas de defesa ao arguido, não poderia dar-se por esse nome. Poderia ser um sistema de gestão ordinária (ou extraordinária, dependendo do ponto de vista) e eficiente de problemas, mas não aquilo a que sói chamar-se justiça penal.” MONTE, Mário Ferreira, “Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal?...Cit.*, pp. 416-417.

O DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA FAMILIAR NO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS ¹

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

1. O direito ao respeito pela vida familiar

A família é alvo de protecção constitucional no art. 36º da Constituição da República Portuguesa (CRP), no âmbito dos direitos liberdades e garantias, e no art. 67º da CRP, no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais. Em consequência, no direito constitucional português a família é protegida em duas vertentes: na vertente individual, de protecção dos membros da família, e na vertente institucional, da família como um todo, impondo-se ao Estado o dever de a proteger.

No âmbito de protecção individual da família existe um espaço de autonomia da família que implica uma não intervenção do Estado², no sentido de reconhecimento da auto-regulamentação das relações de família. Na dimensão individual da família, entre outros, situa-se o direito fundamental dos pais à educação dos filhos³ e o direito da manutenção dos filhos com os pais, de acordo com o art. 36º, n.º 5, da CRP. Este constitui um direito dos pais a não serem

¹ Por vontade da Autora o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

² Neste sentido, MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 821.

³ Sendo caracterizado pela doutrina como um poder dever ou um direito funcional, v. CAMPOS, Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 106.

separados dos seus filhos, que constitui também um direito subjectivo dos filhos.

Na vertente institucional, o Estado tem o dever de agir positivamente na adopção de políticas que visem a defesa da família⁴ e na criação de conjunturas favoráveis à realização pessoal dos seus membros, reconhecendo-se no art. 67º, n.º 1, da CRP, a família como célula fundamental da sociedade. Uma das dimensões da protecção institucional da família é a da unidade da família que se manifesta num direito à convivência entre os seus membros, que por sua vez comporta uma dimensão negativa, no sentido do direito que os membros da família têm em não serem impedidos de usufruírem deste direito⁵.

A família é também alvo de protecção na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), aplicável em Portugal por força do art. 8º da CRP⁶. O art. 8º, n.º 1, da CEDH, consagra o direito ao respeito pela vida familiar, protegendo a família e a salvaguarda dos laços familiares efectivos existentes. Por sua vez, o n.º 2 do art. 8º proíbe intromissões ilegítimas por parte dos Estados, obrigando o Estado a respeitar a esfera de autonomia da família, garantia que, como referimos *supra*, também resulta da CRP. De acordo com Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) o art. 8º protege o indivíduo contra a acção arbitrária das autoridades públicas (obrigação negativa que resulta da norma), mas também impõe aos Estados obrigações positivas no sentido de este criar condições efectivas de respeito pela vida familiar. Em ambos os casos, é reconhecido aos Estados uma margem de apreciação na sua forma de actuação, em que deve ser tomado em consideração a necessidade de equilíbrio entre o interesse do indivíduo e da comunidade⁷.

Assim, convém, ainda que de forma breve, determinar o conteúdo do direito ao respeito pela vida familiar para efeitos do art. 8º da CEDH. O art. 8º

⁴ Sobre a garantia institucional da família, v. COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 2ª Ed., 2001, p. 153-154; MIRANDA, Jorge, *Sobre a relevância constitucional da família*, in “Gaudium Sciendi”, 2013 (n.º 4), pp. 55-58, consultado em http://www2.ucp.pt/resources/Documents/SCUCP/GaudiumSciendi/Revista%20Gaudium%20Sciendi_N4/7.%20jm799%20Sobre%20a%20relevancia%20const%20da%20familia.pdf, em 21.03.2016; PINHEIRO, Duarte, *O direito da família contemporâneo*, 3ª Ed., Lisboa, AAFDL, 2010, pp. 34-35.

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 858-859.

⁶ Sobre a vigência das normas presentes nas convenções internacionais na ordem jurídica interna, v. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pp. 163-164.

⁷ TEDH, *Johnston and Others v. Ireland*, App. No. 9697/82, § 55, 18.12.1986, consultado em <http://hudoc.echr.coe.int>, em 31.03.2016; *idem*, *Powell and Rayner v. The United Kingdom*, App. No. 9310/81, 21.02.1990, §41, consultado em <http://hudoc.echr.coe.int>, em 31.03.2016; *idem*, *Keeegan v. Ireland*, App. No. 16969/90, 26.05.1994, § 49; consultado em <http://hudoc.echr.coe.int>, em 31.03.2016.

da CEDH protege as famílias já existentes, estando por isso abarcadas as relações matrimoniais, e entre casados e os seus filhos⁸, assim como a relação daqueles que vivem numa relação estável equiparável ao casamento, e entre estes e os seus filhos⁹. O conceito de família, para efeitos do art. 8º da CEDH, não exige a coabitação entre os seus membros, que pode não existir devido a circunstâncias como o divórcio ou a separação. Desta forma considera-se que a relação de parentesco entre um pai e o seu filho é já uma presunção de vida familiar, ainda que estes vivam separados e tenham pouco contacto¹⁰. Vida familiar abrange também as relações entre pais solteiros e os seus filhos¹¹. Por fim, de acordo com a jurisprudência do TEDH, as relações familiares envolvem o estabelecimento de vínculos estáveis e duráveis, que não terminam com a separação ou divórcio¹².

Depois de determinado de forma breve o conteúdo do direito ao respeito pela vida familiar¹³, interessa-nos circunscrever o objecto deste estudo. Pretende-se analisar, ainda que não de forma exaustiva, as directrizes gerais que resultam de algumas decisões do TEDH relativamente à garantia do direito ao respeito pela vida familiar nas situações de rapto internacional de crianças. Nesta medida, será necessário elencar previamente as características gerais do regime jurídico que regula o rapto internacional de crianças.

2. O rapto internacional de crianças

O rapto internacional de crianças sucede, em termos gerais, quando um dos pais ilicitamente desloca ou retém a criança num país que não é aquele que corresponde ao seu meio social e familiar de origem, separando a criança do outro pai. Ora, vimos *supra* que a protecção do direito ao respeito da vida familiar abrange o direito dos pais a não ser separados dos seus filhos, mas também é

⁸ TEDH, *Berrehab v. The Netherlands*, App. No. 10730/84, 21.06.1988, consultado em <http://hudoc.echr.coe.in>, em 31.03.2016.

⁹ TEDH, *Johnston and Others v. Ireland*, Cit.

¹⁰ Sendo assim reconhecida os laços familiares estabelecidos de forma natural: v. TEDH, *Söderbäck v. Sweden*, App. No 113/1997/897/1109, 28.10.1998, consultado em <http://hudoc.echr.coe.int>, em 31.03.2016.

¹¹ TEDH, *Marckx v. Belgium*, App. No. 6833/74, 13.06.1979, consultado em <http://hudoc.echr.coe.int>, em 31.03.2016.

¹² Excepto nas situações de adopção. V. TEDH, *Berrehab v. the Netherlands*, Cit., num caso de separação; numa situação de divórcio, v. *idem*, *Hendricks v Netherlands*, 5 EHRR 223 1982, consultado em http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/hendriks_netherlands.html, em 31.03.2016.

¹³ Com uma visão mais aprofundada deste conceito, v. ALMEIDA, Susana, *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 68-112.

um direito da própria criança manter relações pessoais e contactos directos com ambos os pais, como resulta do art. 9º, n.º 3, da Convenção sobre os Direitos das Crianças¹⁴. Da mesma forma, a protecção dos vínculos familiares entre pais e filhos resulta do art. 8º, n.º 1, da CEDH, do art. 36º, n.º 5, e do art. 67º da CRP.

O rapto internacional de crianças é regulado pela *Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças* (Convenção de Haia) e, dentro da União Europeia (UE), também pelo *Regulamento n.º 2201/2003 sobre competência internacional, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental* (Bruxelas II bis).

2.1. A Convenção de Haia

A Convenção de Haia foi elaborada com o objectivo de proteger ou atenuar os efeitos da deslocação ou retenção ilícita através de fronteiras para as crianças, procurando garantir o regresso célere da criança ao país da sua residência habitual antes da deslocação, através de um sistema de cooperação entre autoridades centrais.

Para esse efeito, procura-se evitar que o pai ou a mãe, que deslocou a criança para outro país, consiga obter uma decisão administrativa ou judicial neste último país que legitime a situação factual que foi criada¹⁵. Assim, tem-se presente que no rapto internacional de crianças são criados vínculos de jurisdição artificiais com o país para onde a criança foi deslocada pelo progenitor que teve a conduta de deslocação ilícita e que, em princípio, irá escolher um foro que seja mais favorável às suas pretensões¹⁶. Pretende-se, por isso, evitar que a pessoa que teve o comportamento ilícito seja favorecida em resultado da manipulação do foro competente e, consequentemente, da lei aplicável em resultado dessa manipulação. Além disso, parte-se do princípio que a principal vítima deste comportamento ilícito é a própria criança e que é no seu superior interesse o regresso célere da mesma ao seu meio social e familiar de origem e a criação de condições para o desenvolvimento de relações familiares com respeito pelos direitos de custódia e de visita¹⁷.

A deslocação ilícita, para efeitos da Convenção de Haia, verifica-se naqueles casos que há uma deslocação ilícita de criança para outro Estado, em vio-

¹⁴ Adoptada pelas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989.

¹⁵ Como se pode ler no relatório explicativo da Convenção: PÉREZ-VERA, E., “Explanatory Report”, p. 17.

¹⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁷ Neste sentido, PÉREZ-VERA, E., “Explanatory Report”, Cit., p. 20.

lação de um direito de guarda ou custódia atribuído de acordo com a lei da residência habitual da criança antes da deslocação, desde que esse direito estivesse a ser exercido efectivamente no momento da deslocação, individualmente ou em conjunto, ou o devesse estar a ser exercido se a deslocação não tivesse ocorrido [art. 3º, al. a) e al. b)]¹⁸. O direito de custódia é composto aqueles direitos relativos aos cuidados da criança, nomeadamente o direito de decidir sobre o seu lugar de residência, de acordo com o art. 5º, n.º 1¹⁹.

A Convenção de Haia visa promover o regresso imediato da criança em situações de deslocação ilícita [art. 1º, al. a)], por isso, de acordo com o art. 2º e o art. 11º da Convenção de Haia, as autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes devem adoptar procedimentos de urgência para garantir o regresso da criança. Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de criança e se tiver decorrido menos de um ano entre a data da deslocação ou da retenção ilícitas e o início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontra, aquela autoridade deve ordenar o regresso imediato da criança (art. 12º, 1º §). Da mesma forma, caso já tenha decorrido este prazo de um ano, a referida autoridade judicial ou administrativa deve ordenar o regresso da criança. Todavia, neste último caso, a Convenção permite a emissão de uma decisão de retenção da criança se for provado que a criança já está integrada no seu novo ambiente (art. 12º, 2º §). Resulta, assim, do art. 12º da Convenção que a decisão da autoridade do Estado Contratante onde a criança se encontra deve ser uma decisão de regresso imediato da criança ao seu ambiente social e familiar de origem, que é justificada pelo seu superior interesse. Todavia, o superior interesse da criança é também o fundamento de uma decisão de retenção, caso a criança já esteja integrada num novo ambiente²⁰.

Além da situação descrita no art. 12º, a Convenção de Haia prevê outros casos excepcionais que podem justificar uma decisão de retenção da criança no Estado para onde a criança foi deslocada ilicitamente. Sendo situações excepcionais, uma vez que constituem desvios ao sistema da Convenção em que se visa o regresso imediato da criança como a melhor opção no próprio interesse desta, estas excepções devem ser interpretadas de forma restritiva²¹. Em primeiro lugar, de acordo com o art. 13º, al. a), da Convenção de Haia, pode constituir fundamento de uma decisão de retenção a prova por parte de quem se opõe ao

¹⁸ Com mais pormenor sobre este conceito, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Aspectos civis do rapto internacional de crianças: entre a Convenção de Haia e o regulamento Bruxelas II bis*, “Cadernos de Direito Actual” N.º 3 (2015), p. 176.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 177.

²⁰ Sobre o sistema da Convenção de Haia e a prioridade da decisão de regresso da criança, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Aspectos civis do rapto internacional de crianças: entre a Convenção de Haia e o regulamento Bruxelas II bis*, Cit., pp. 177-180.

²¹ PÉREZ-VERA, E., “Explanatory Report”, Cit., p. 22.

regresso da criança de que a pessoa, instituição ou organismo que tenha a seu cuidado a criança não exercia efectivamente o direito de guarda ao tempo da deslocação da criança, ou que tenha posteriormente consentido posteriormente com a deslocação. Em segundo lugar, pode dar origem a uma decisão de retenção a prova, por parte de quem se opõe ao regresso da criança, que este regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável [art. 13º, al. b)]. A oposição da criança ao seu regresso pode também fundamentar uma decisão de retenção, desde que a criança já tenha uma idade e um grau de maturidade que permitam tomar em consideração a sua opinião, de acordo com o art. 13º, 2º §. Por fim, resulta do art. 20º da Convenção de Haia que outro fundamento para a decisão de retenção será o facto de o regresso pôr em causa os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais²².

2.2. A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no Regulamento Bruxelas II bis

A aplicação da Convenção de Haia revelou debilidades no plano da efectividade e da garantia do sistema de regresso célere que a Convenção de Haia pretendia instituir, nomeadamente o peso que o tribunal para onde a criança foi deslocada tem na retenção da criança nesse país, recompensando-se o progenitor que escolheu aquele Estado para deslocar a criança²³. Nesta medida, o Regulamento Bruxelas II *bis* prevê um procedimento célere com vista ao regresso imediato da criança ao seu Estado de residência habitual, tendo em conta o seu superior interesse (considerando 17), através um mecanismo de regresso que se baseia na cooperação judiciária entre os tribunais e autoridades centrais dos Estados-Membros²⁴. O objectivo último será desencorajar a deslocação ilícita de crianças dentro da União, de forma a respeitar, em primeiro lugar, os interesses e vínculos afectivos das crianças, através de um regresso rápido da criança, não se premiando o pai que raptou a criança com um processo longo e moroso. Para esse efeito, estabelece o art. 60º, al. e) do Regulamento que este tem primazia nas

²² Com mais pormenor sobre estas excepções que fundamentam a decisão de regresso, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Aspectos civis do rapto internacional de crianças: entre a Convenção de Haia e o regulamento Bruxelas II bis*, Cit., pp. 180-181.

²³ Neste sentido, PATAUT, E., «Art. 10» in *Brussels II bis Regulation*, Coord. MAGNUS, U./ MANKOWSKI, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, p. 121.

²⁴ Sobre a cooperação judiciária em matéria civil, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Cooperação Judiciária em Matéria Civil in "Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União"*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 339-391.

relações entre os Estados-Membros relativamente à aplicação da Convenção de Haia. Todavia, como se pode ler no Guia Prático do Regulamento esta continua a aplicar-se, mas o seu regime é completado pelo disposto no Regulamento quanto à deslocação ou retenção ilícitas de crianças²⁵.

Não nos sendo possível analisar em pormenor o sistema que resulta do Regulamento, optamos apenas por acentuar as alterações que este introduz face à Convenção de Haia²⁶. Desde logo, e para garantir o regresso célere da criança, o art. 11º do Regulamento estabelece um conjunto de prazos curtos, que têm em consideração que o tempo de maturidade e desenvolvimento das crianças é diferente em relação aos adultos, e que as crianças de tenra idade desenvolvem as suas capacidades motoras, linguísticas e cognitivas e os seus vínculos afectivos num curto espaço de tempo. Assim, apresentado um pedido de regresso da criança nos termos da Convenção de Haia (art. 11º, n.º 1), o tribunal onde foi apresentado o pedido de regresso da criança deve utilizar o procedimento mais expedito possível de acordo com a sua legislação nacional, devendo pronunciar-se no prazo máximo de seis semanas a contar da apresentação do pedido (art. 11º, n.º 3). Deste pedido resultará, preferencialmente, uma decisão de regresso, mas também pode resultar uma decisão de retenção.

Caso o regresso da criança seja recusado com base num dos fundamentos previstos no art. 13º da Convenção de Haia, o tribunal do Estado onde a criança está retida deve enviar, imediatamente, ao tribunal competente do país da residência habitual da criança antes da sua deslocação, um *dossier* com a decisão, a fundamentação, os documentos conexos, as actas da audiência, que devem ser recebidos no prazo de um mês a contar da decisão, nos termos do art. 11º, n.º 6. Todavia, o art. 13º, al. b) da Convenção de Haia não pode ser fundamento de uma decisão de retenção, se for provado que foram tomadas as medidas concretas adequadas para garantir a protecção da criança após esse regresso (art. 11º, n.º 4). Da mesma forma, não pode ser proferida decisão de retenção, se a pessoa que requereu o regresso da criança não tiver tido oportunidade de ser ouvida (art. 11º, n.º 5).

O tribunal da residência habitual de origem da criança, após receber elementos previstos no art. 11º, n.º 6, notifica as partes da decisão e do dossier que

²⁵ COMISSÃO EUROPEIA, «Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II (Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000)», consultado em <http://ec.europa.eu>, em 01.05.2013.

²⁶ Para uma análise mais pormenorizada, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)*, “Cuadernos de Derecho Transnacional”, Marzo 2014, Vol. 6, n.º 1, P. 147-160; *idem*, «O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças», *Unio EU Law Journal*, nº 0, P. 124-147.

recebeu, e convida-as a apresentar as observações que considerem pertinentes no prazo de três meses após a notificação (art. 11º, n.º 7). Depois de apreciar estes elementos, este tribunal pode chegar a uma decisão diferente e ordenar o regresso da criança, sendo esta decisão automaticamente reconhecida e executória noutro Estado-Membro sem necessidade de qualquer declaração posterior que lhe reconheça essa força no país onde se pretende que seja executada e sem que possa ser contestada (art. 11º, n.º 8). Para o efeito, basta que o juiz do Estado-Membro de origem emita a certidão prevista no anexo IV do Regulamento (art. 41º, n.º 2), cujas condições de emissão estão descritas no art. 42º, n.º 2.

Por isso, o Regulamento, além de estabelecer prazos curtos, garante o regresso célere da criança através do reconhecimento automático da decisão de regresso e modificando o peso do art. 13º da Convenção de Haia como fundamento da decisão de retenção da criança. Simultaneamente, o Regulamento Bruxelas II *bis* dá prioridade à decisão do tribunal da residência habitual de origem da criança, cuja apreciação da causa prevalece sobre o juízo feito pelo tribunal do lugar para onde a criança foi deslocada ilicitamente²⁷.

3. O respeito pelo direito à vida familiar nas situações de deslocação ou retenção ilícitas de crianças

Como vimos *supra*, para o cumprimento do art. 8º da CEDH, o Estados estão vinculados a obrigações positivas, para que exista a salvaguarda efectiva do direito ao respeito pela vida familiar. No âmbito dessas medidas positivas, o TEDH tem entendido que o art. 8º daquela Convenção implica, no rapto internacional de crianças, o direito dos pais em ter ao seu dispor medidas que permitam a reunião com os seus filhos (de quem foram separados) e o dever dos Estados de disponibilizarem essas medidas²⁸. Todavia, a natureza e extensão das referidas medidas dependem das circunstâncias do caso e envolvem uma margem de ponderação dos Estados dos interesses em causa. Nestas situações, o Estado deve promover a cooperação entre as partes e limitar o recurso a medidas coercivas, devendo na sua margem de apreciação ter em conta o superior interesse da criança e o equilíbrio entre este e o interesse dos pais²⁹. No âmbito das obri-

²⁷ Sobre as diferenças entre a Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II *bis*, v. v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Aspectos civis do rapto internacional de crianças: entre a Convenção de Haia e o regulamento Bruxelas II bis*, Cit., pp. 181-186.

²⁸ V., entre outros, TEDH, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, App. No. 31679/96, § 94, consultado em <http://hudoc.echr.coe.int>, em 20.03.2016; *idem*, *Nuutinen v. Finland*, App. No. 32842/96, 27.06.2000, consultado em <http://hudoc.echr.coe.int>, em 20.03.2016.

²⁹ TEDH, *Ignaccolo-Zenide*, Cit., § 94

gações positivas que resultam do art. 8º da CEDH, tem entendido o TEDH que o direitos dos pais se reencontrarem com os seus filhos nas situações de rapto internacional de criança, direito este que se integra no respeito pela vida familiar, deve ser entendido de acordo o estabelecido na Convenção de Haia, devendo-se promover uma aplicação uniforme dos dois instrumentos³⁰. Isto significa que as obrigações impostas aos Estados por força do art. 8º da DUDH nas situações de deslocação ou retenção ilícitas de crianças têm de ser interpretadas à luz da Convenção de Haia e, mais recentemente, do Regulamento Bruxelas II *bis*³¹.

Neste sentido, na decisão *Ignaccolo-Zenide contra a Roménia*, o TEDH considerou que as autoridades romenas violaram o art. 8º da DUDH ao não tomarem as medidas efectivas e adequadas para promover o regresso da criança ao seu país de origem, violando o art. 7º da Convenção de Haia, e consequentemente o direito ao respeito pela vida familiar³². No caso, o pai deslocou ilicitamente as crianças para a Roménia, não permitindo o contacto destas com a mãe. Mesmo após um tribunal romeno ordenar o regresso das crianças para França para junto da mãe, esta ordem nunca foi executada e a mãe apenas reencontrou as filhas sete anos após a separação, num breve encontro de dez minutos, em que estas manifestaram vontade em não ter contacto com a mãe. Ora, o TEDH considerou que as situações de rapto internacional de crianças devem ser resolvidas de forma expedita, chamando a atenção para o art. 11º da Convenção de Haia, porque a passagem do tempo tem consequências sérias e permanentes nas relações entre a criança e o pai que foi separado da criança, e que, no caso concreto, as tentativas e medidas preparatórias para executar a ordem de regresso não foram suficientes³³.

Da mesma forma, em *Iglesias Gil e A.U.I. contra Espanha*, o TEDH considerou que as autoridades espanholas actuaram em violação do art. 8º da DUDH, por não terem tomado as medidas adequadas para o cumprimento do estabelecido na Convenção de Haia e para concretizar o direito da mãe ao regresso da criança e o direito da criança a regressar para junto da sua mãe, violando o direito ao respeito pela vida familiar³⁴. No caso, a criança foi deslocada ilicitamente pelo pai, de Espanha para os Estados-Unidos, e o TEDH considerou que o Tribunal espanhol, após constatar a deslocação ilícita da criança para outro país, não tomou nenhuma das medidas estabelecidas na Convenção de Haia para

³⁰ *Idem, ibidem*, § 95.

³¹ V., entre outros, TEDH, *R.S. v. POLAND*, App. No. 63777/09, Fourth Section, 21.07.2015, consultado em <http://hudoc.echr.coe.int>, em 20.03.2016.

³² TEDH, *Ignaccolo-Zenide*, Cit..

³³ *Idem, ibidem*.

³⁴ TEDH, *Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, Fourth Section, App. No. 56673/00, Fourth Section, 29.04.2003, consultado em <http://hudoc.echr.coe.in>, em 20.03.2016.

garantir o regresso da criança a Espanha, apesar de o poder fazer por sua própria iniciativa ao abrigo da Convenção de Haia e, por isso, não encetou os esforços necessários que permitiriam o regresso da criança³⁵.

Também no caso *Bianchi contra Suíça* a passividade das autoridades suíças levaram à sua condenação, ainda que em circunstâncias diferentes. Neste caso foi decidido que a inacção das autoridades suíças tinha potenciado a quebra de contacto entre um pai e seu filho de tenra idade durante dois anos, o que tendo em conta a pouca idade da criança poderia conduzir a uma situação de alienação parental, situação que seria contrária ao melhor interesse da criança e aos objectivos da Convenção de Haia, verificando-se, por isso, uma violação do direito ao respeito pela vida familiar pelo não cumprimento da Convenção de Haia através de medidas que permitissem realizar os seus fins³⁶. Este é um caso em que a mãe não consentia qualquer contacto entre o pai e o filho e em que se recusou a colaborar com as autoridades suíças e a revelar onde estava o filho, chegando a ir a uma esquadra de polícia apenas para declarar que não revelava onde aquele estava, sem qualquer tipo de consequências. Ora, ainda que sublinhando a margem de apreciação dos Estados na ponderação dos interesses em causa, o TEDH condenou a passividade das autoridades suíças perante o comportamento da mãe³⁷.

No caso *R.S. contra a Polónia*, o TEDH considerou que a adequação da medida que permite que a criança regresse ao meio social de origem, e para

³⁵ TEDH, *Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, Cit, § 58-59.

³⁶ TEDH, *Bianchi v. Switzerland*, Application No. 7548/04, 22.06.2006, consultado em <http://www.incatat.com>, em 20.03.2016.

³⁷ *Idem, ibidem*. No extremo oposto, encontramos o caso *Paradis e Outros contra Alemanha*, em que a mãe viaja do Canadá para a Alemanha, com os três filhos e com o consentimento do pai, para passar duas semanas de férias, mas já não regressa. Tendo em conta estes factos, o tribunal canadiano atribui o exercício das responsabilidades parentais em exclusivo ao pai e, posteriormente, após o pai ter pedido o regresso dos filhos recorrendo à Convenção de Haia, os tribunais alemães ordenam o regresso dos menores. Todavia, a mãe recusou o cumprimento da ordem do tribunal alemão e escondeu as crianças em França, recusando-se a revelar o seu paradeiro. Depois de várias tentativas de cumprimento, o tribunal decidiu que a aplicação de uma multa não seria suficiente para compelir a mãe a revelar o paradeiro das crianças e decidiu pela detenção da mãe (que deveria cessar quando esta revelasse onde estavam os filhos). A mãe esteve detida durante seis meses e não revelou o paradeiro das crianças. No caso, as crianças estavam separadas do pai há dois anos, aquando da decisão de regresso, e há quase três anos aquando da decisão de detenção da mãe. O TEDH considerou que a detenção era a medida coerciva mais drástica no direito interno, mas que no caso se justificava, pois era necessário não prolongar mais a retenção ilegal, e que a decisão do tribunal alemão, que considerou que outra medida mais leve seria ineficaz (como o pagamento coercivo de um montante pecuniário), foi razoável face à determinação da mãe em não revelar a localização dos filhos. A detenção da mãe foi, por isso, considerada uma medida proporcional face às circunstâncias do caso. V. a decisão em TEDH, *Susanne Paradis and Others against Germany*, App. No. 4065/04, 7.9.2007, consultado em <http://hudoc.echr.coe.int>, em 20.03.2016.

junto do pai que pede o seu regresso, é aferida pela rapidez da sua execução, pois estamos perante situações que exigem um tratamento urgente, uma vez que a passagem do tempo pode causar danos irreparáveis na relação entre a criança e o pai que está separado desta³⁸. No caso, através de uma decisão unilateral de retenção da criança na Polónia sem o consentimento do pai, a mãe interferiu com o exercício das responsabilidades parentais decididas de acordo com a lei suíça e privou o pai da convivência com a filha. Os tribunais polacos em lugar de tomar uma decisão no prazo de seis semanas, como estavam obrigados de acordo com o art. 7º da Convenção de Haia, demoraram seis meses, sem qualquer explicação considerada satisfatória. Ora, foi precisamente a demora na tomada da decisão final, quando a Polónia estava vinculada a um procedimento urgente e a um prazo curto pela Convenção de Haia, que constituiu uma violação do art. 8º da DUDH e do direito ao respeito pela vida familiar dos envolvidos³⁹.

No caso *Shaw contra a Hungria* está em causa o desrespeito, pelas autoridades húngaras, da Convenção de Haia e do Regulamento Bruxelas II *bis*. A criança foi levada ilicitamente pela mãe para a Hungria e, quando o caso chegou ao TEDH, o pai estava privado de contacto com a filha há três anos e meio. No caso existia uma decisão concedendo direito de visita ao pai por parte dos tribunais franceses (tribunais da residência habitual de origem da criança), certificada de acordo com o art. 41º do Regulamento Bruxelas II *bis*, o que significa que esta decisão gozaria de força executória imediata na Hungria, sem necessidade de qualquer declaração prévia de exequibilidade. Ora, no caso, o TEDH considerou que os tribunais húngaros não cumpriram o prazo previsto no art. 11º, n.º 3, do Regulamento Bruxelas II *bis*, que estabelecia o limite de seis semanas para estes tribunais proferirem uma decisão de retenção ou retorno da criança⁴⁰. Além disso, também considerou que as autoridades húngaras não tomaram as medidas adequadas para a execução da decisão de regresso, porque entre a decisão final de retorno da criança a França e o desaparecimento da mãe com a criança passaram-se onze meses, em que apenas se verificaram apelos de entrega voluntária da criança e uma pequena multa à mãe⁴¹, violando-se, desta forma, o art. 8º da CEDH.

³⁸ TEDH, *R.S. v. POLAND*, Cit.

³⁹ *Idem, ibidem*.

⁴⁰ TEDH, *Shaw v. Hungary*, App. No. 6457/09, Second Section, 26.07.2011, § 71, consultado em <http://hudoc.echr.coe.int>, em 20.03.2016: demorou sete semanas na primeira instância, trinta semanas na segunda e onze semanas no Supremo Tribunal.

⁴¹ *Idem, ibidem*, §73.

4. Conclusões

O direito dos pais a não serem separados dos filhos e o direito dos filhos a manterem relações pessoais e contactos regulares com os pais integram o direito ao respeito pela vida familiar, e são protegidos pelo art. 36 e art. 67º da CRP, pelo art. 8º da DUDH e pelo art. 9º, n.º 3 da Convenção sobre os Direitos das Crianças.

No rapto internacional de crianças há uma violação destes direitos pelo pai que retém ou desloca ilicitamente a criança para outro Estado. Com auxílio da jurisprudência do TEDH, apurámos de que forma o direito ao respeito pela vida familiar deve ser garantido nestas situações de rapto internacional de crianças. Resulta do art. 8º da CEDH obrigações positivas para os Estados para que exista um respeito efectivo pela vida familiar, o que no caso em análise implica o direito dos pais em ter ao seu dispor medidas que permitam a reunião com os seus filhos, disponibilizadas pelos Estados, ainda que a natureza e extensão das medidas dependam das circunstâncias do caso e envolvam uma margem de ponderação pelos Estados dos interesses em causa, inclusive o superior interesse da criança. Tem entendido o TEDH que as obrigações impostas aos Estados por força do art. 8º da DUDH nas situações de deslocação ou retenção ilícitas de crianças têm de ser interpretadas à luz da Convenção de Haia e do Regulamento Bruxelas II *bis*. Da jurisprudência analisada resulta que essas medidas disponibilizadas pelos Estados devem ser efectivas, suficientes e adequadas a promover o regresso rápido da criança, porque a passagem do tempo tem consequências sérias e permanentes nas relações familiares entre a criança e o pai foi separado dela, prejudicando o direito ao respeito pela vida familiar e o superior interesse da criança.

CRIMINALIZAÇÃO, DROGAS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: CONSTITUCIONALIDADE COMPARADA E CRIMINALIZAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITO – REFLEXÕES ENTRE PORTUGAL E BRASIL

Andréa Madalena Wollmann

Doutoranda em Ciências Jurídico Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Nota Prévia

Este trabalho reflete, na dimensão de legislação comparada, como atuaram Brasil e Portugal na criminalização de condutas relacionadas com a questão: drogas. Este estudo é parte de um projeto mais amplo de tese de doutoramento que investiga os discursos humanos do século XX e XXI e sua contribuição para as (des)humanidades no combate às drogas nos países de língua lusófona e que tem patrocínio da CAPES-Brasil, através de bolsa DPE. Não se pode negar o contexto de liberdades que se impõem na análise do direito ou não de dispor-se do corpo e de fazer ou não uso de psicoativos. A liberdade assegurada por ambas Constituições (brasileira e portuguesa) pode ser utilizado na defesa da inconstitucionalidade de políticas repressivas ao uso de substâncias? Uma provocação semântica ainda sem resposta. Discute-se no Brasil a constitucionalidade do uso de substâncias como a maconha medicinal e os limites/imposições da política

repressiva às drogas, usuários e varejistas. Os discursos que insistem que a Lei de 2006 descriminalizou o uso no país, pragmaticamente são insustentáveis ante a previsão legal de admoestação do usuário flagrado portando/consumindo droga para uso próprio. Em Portugal, a mais de década, a política é apresentada como descriminalizante do uso, contudo, não deixou de criminalizar o tráfico ou ainda controlar através de outros mecanismos tributários/jurídico/fiscalizadores a venda e o uso de substâncias.

2. Drogas e drogas – de que simbólico estamos falando?

O tema que propomos não é complexo porque carrega em sua semântica, preconceito e (des)conhecimento mesclado a falsas impressões do senso comum cristalizadas culturalmente. Essa nossa companheira diária, a “droga”¹, é indevidamente culpabilizada pela ampliação da violência e problemas sociais, perspectiva que retira do sujeito e da sociedade a responsabilidade por suas escolhas. Nesse terreno movidoçõ somos conduzidos por um senso comum teórico², estigmatizante, presente na maioria das abordagens sobre drogas, que partem de pressupostos teóricos consolidado em dados nada científicos, antes, recheados de achismos: *“Por senso comum (ou de conhecimento vulgar) teórico conceitual estigmatizante, referimos a primeira suposta compreensão valorativa negativa de mundo ou de determinados grupos, resultante da herança fecunda de preconceitos e estigmas de um grupo social e das experiências atuais que continuam sendo re-produzidas como verdades, sem questionamento crítico. O senso comum descreve as crenças e proposições criminalizantes de determinados sujeitos como resultado de um processo de normalidade ou naturalização, sem depender de uma investigação detalhada para alcançar verdades mais profundas. Como diria Chicó, na obra de Suassuna (O Auto da Compadecida): “porquê eu não sei, só sei que foi assim”*³. Ou ainda, acrescentaria: *“O doutor disse que foi assim”*. Wollman⁴.

¹ Refiro-me à droga como companheira diária, por perceber não apenas e somente àquelas substâncias psicoativas que tem sua criminalização cristalizada em estatutos penais (tanto no uso quanto, venda e fabricação), mas toda substância que de alguma forma exerce efeitos psicoativos nos corpos, quer lícitas (como álcool e tabaco, o cházinho da vovó, assim como o café, o chocolate, a aspirina, etc).

² Crf. WARAT, Luis Alberto, *Territórios desconhecidos: A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Vol. I. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004.

³ Crf. WARAT, Luis Alberto, *Territórios desconhecidos*.Cit.

⁴ WOLLMANN, Andréa Madalena, *Política de prevenção à dependência química no Brasil: ambiguidades do paradigma preventivo-criminalizante*, 2010. Dissertação de Mestrado, p.15.

Quintas de Oliveira⁵ escreve que o uso de substâncias psicoativas (ou psicotrópicas, como referiu o autor)⁶ sempre esteve presente nas culturas, traçando um histórico breve e interessante sobre o aparecimento das substâncias dentro da história da humanidade e sua globalização durante a era dos descobrimentos, sem definir exatamente a que substância chama droga, citando a origem de algumas hoje lícitas e outras tantas ilícitas. Da mesma forma que dissertei no mestrado em 2010⁷, ele concluiu que o modismo de combate criminalizado às drogas, começa no século XX, através de correntes conservadoras/moralistas: “A aliança dos movimentos terapêuticos e puritanos conduziu, na transição para o século XX, a um crescente interesse dos estados no consumo de drogas, concretizado em legislações que procuram controlar o seu comércio. Surge, assim, em Inglaterra o Pharmacy Act de 1869, as medidas de 1901 na Alemanha, a Pure Food and Drug Act Americana de 1906, os decretos Franceses sobre o ópio de 1906 e 1908. Trata-se de um movimento de fundo que atravessa as sociedades ocidentais.”⁸

Contemporaneamente, Wacquant⁹ denunciou a onda punitiva que os Estados Unidos da América (EUA) instauraram para punir os pobres com a desculpa de que combatiam as drogas (como um grande mal social) no país e no mundo, fato que levou a um superencarceramento da massa de população negra/pobre naquele país. Isso facilitado pelo pânico provocado pelo desconhecimento/descontrole global da droga enquanto fenômeno. No campo médico, por exemplo, ela é integrada como mais um objeto de disciplinas médico-psicológicas, sem, contudo, conseguir contribuir para um aprofundamento pragmático e mesmo teórico criativo. “Há que lutar contra a miséria do conhecimento científico no domínio do fenômeno da droga. Esta «guerra» do conhecimento da droga exige a constituição de dispositivos de invenção crítica.”¹⁰. No mesmo

⁵ QUINTAS DE OLIVEIRA, Jorge Albino. *Drogados e consumos de drogas: análise das representações sociais*, Dissertação de Mestrado, Porto, Universidade do Porto (Faculdade de Psicologia), 1997.

⁶ A forma simplista como os autores se referem às drogas: psicoativos, psicotrópicas, tóxicos, alucinógenos, entorpecentes, imunodepressivos, etc., resulta em utilização tecnicamente imprópria pois refere apenas um ou outro aspecto dos efeitos químicos de uma ou outra substância. Essa generalização passa idéia equivocada ao leigo que as terá como verdadeira. Em 1997, o autor, seguindo a moda da época, chama-as em sua pesquisa de *psicotrópicas*. – crf. QUINTAS DE OLIVEIRA, Jorge Albino. *Drogados e consumos de drogas...* Cit.,

⁷ WOLLMANN, Andréa Madalena. *Política de prevenção...* Cit., pp.10-39.

⁸ QUINTAS DE OLIVEIRA, Jorge Albino. *Drogados e consumos de drogas...* Cit., p.15

⁹ WACQUANT, L. “Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]”, in *Coleção Pensamento Criminológico*, Vol VI, 3 Ed. Rev. Ampl., Lamarão S. Trad., Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

¹⁰ AGRA, Cândido da, “Droga, Dispositivo crítico para um novo paradigma”, in *Droga: situação e novas estratégias - actas do seminário promovido pelo presidente da república*, 19 de junho de 1997, Lisboa, In-cm, 1997, pp. 169-199. Texto integral disponível na web in <http://jorgesampaio.arquivo.presidencia.pt/pt/biblioteca/outros/drogas/iiii1.html>, consultado em 30/03/2016.

sentido Hart¹¹, sinaliza que os erros e dificuldades que temos enfrentado pela criminalização do uso resultam do desconhecimento, da falta de noção da extensão seus usos e efeitos e da falsa relação propagada entre drogas e criminalidade. Na verdade, acreditamos que as drogas são responsáveis pelos efeitos desastrosos gerados pelas políticas de enfrentamento.

Para enfrentar o problema torna-se urgente compreender o outro, sua conduta e sistemas como construções coletivas de onde decorrem representações simbólicas que visam possibilitar a comunicação e a linguagem¹². Dai a necessidade de entendimento do conteúdo intrínseco do que estamos falando, despidendo o preconceito ante o objeto analisado. Por vezes, os símbolos se tornam a encarnação de nossos temores, e assim se distanciam do objeto representado ou do problema a equacionar. Da ideologia de que parte, diversos serão os aspectos políticos/econômicos/sociais/históricos da construção epistemológica. Não há neutralidade no saber sobre as drogas. Bordieu¹³ destaca o papel da educação na fixação destes símbolos/ideologias e na formação socio/cultural: “*A questão da dependência química, seus reflexos e o alcance da criminalização, por exemplo, é tocada desse mister. Encontramos tabús, preconceitos, vasta carga (i)moral, e a alusão de um medo coletivo que, na verdade, em certas situações, não tem outra razão de ser que a reprodução do conhecimento sobre topois, os quais não se sustentam na análise das consequências sociais nefastas da guerra travada contra o suposto “mal.”*”¹⁴

O conhecimento assentado nessa forma de matriz teórica, ou *topoi*¹⁵ (construídos/formulados em representação embasada na idéia de uma hierarquia do conhecimento), sedimenta certos perfis epistemológicos, que, incontestados, dogmatizam-se impedindo/dificultando a discussão/compreensão de determinados temas.

¹¹ HART, Carl, *Um preço muito alto: a jornada de um neurocientista que desafia a visão sobre as drogas*. MARQUES, C. Trad. Rio de Janeiro, Zahar. 2014, p.36.

¹² WARAT, Luis Alberto. *Territórios desconhecidos...* Cit., p.215.

¹³ BOURDIEU, P. *A economia das trocas simbólicas*. Miceli S. Et all. Trad. 6 Ed. Coleção Estudos, XX, São Paulo, Perspectiva, 2005, p. 209.

¹⁴ WOLLMANN, Andréa Madalena. *Política de prevenção...* Cit., pp.19

¹⁵ Verdade incontestável, representação de conhecimento que permite aos sujeitos, pontos de apoio a partir dos quais se desencadeará seu desenvolvimento com uma certa “segurança” ante ao que ele desconhece.

3. Política brasileira *versus* portuguesa: resultados, ideologias, fracassos e seletividade na persecução penal às drogas.

A guerra às drogas no Brasil tem sido austero fracasso, embora avance consideravelmente no encarceramento dos mais pobres e negros, acompanhando a linha de persecução penal americana que Wacquant¹⁶ denominou onda punitiva de gestão da miséria. A persecução rígida incorporada na ditadura militar através da Lei de entorpecentes (Lei 6.368/1976), evoluiu para uma Política contra drogas em 2000 que se alia à prevenção (Decreto 3.696/2000, revogada integralmente pelo Decreto 5912/2006) que ganha nova roupagem – agora *sobre* Drogas – e uma Secretaria ligada ao Ministério da Justiça e Segurança Nacional, coordenadora dessa Política (SENAD). A trajetória histórica de mudança/adequação política à CF/88 e seus reflexos na forma de tratamento do usuário (não mais preso, mas admoestado pelo juízo numa sessão com ares moralistas sobre os malefícios das drogas), não eliminou os problemas de seletividade e de criminalização das condutas desde os tempos ditatoriais.

No Brasil as estatísticas de encarceramento aumentaram assustadoramente desde a mudança na criminalização do porte para uso em 2006, sendo a polícia e os tribunais extremamente preconceituosos ao sujeito no classificar a quantidade de droga como sendo porte de uso ou tráfico de drogas, cuja pena foi recrudescida dentro dessa política¹⁷. Pesquisa de Boiteux & Castilho¹⁸, para o Ministério da Justiça não deixou dúvidas dos problemas de vagueza/ambiguidade do artigo 33 da Lei de Drogas de 2006, ainda em vigor. Embora vários autores (do mais vasto campo científico) defendam outro tipo de política voltada à redução de danos e denunciem o contexto preconceituoso, seletivo, racista e mesmo ideológico-político da realidade brasileira, estes estudos são relativizados pelo senso comum estigmatizante que associa indevidamente a violência do país à questão das drogas, como adverte Feffermann¹⁹. Por vezes é a polícia que é responsável pela prevenção, vai às escolas e repassa informações equivocadas/desa-

¹⁶ WACQUANT, L. “Punir os pobres...Cit.

¹⁷ WOLLMANN, Andréa Madalena. *Política de prevenção...Cit.*,

¹⁸ BOITEUX, Luciana. CASTILHO, E. V.W., *Tráfico de drogas e Constituição: Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais*, Relatório Final do Projeto e Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, Projeto “Pensando o Direito”, Referência PRODOC BRA/08/001. Rio de Janeiro/Brasília: UFRJ/UNB. 2009, disponível em <http://www.bancodeinjusticas.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Minist%C3%A9rio-da-Justi%C3%A7a-UFRJ-e-UnB-Tr%C3%A1fico-de-Drogas-e-Constitui%C3%A7%C3%A3o1.pdf>

¹⁹ FEFFERMANN, Marisa, *Vidas Arriscadas: o cotidiano dos jovens trabalhadores do tráfico*. Petrópolis/RJ, Editora Vozes, 2006.

tualizadas sobre o problema das drogas e consumo, ampliando o pânico social, obscurecendo o entendimento e dificultando um debate democrático sobre a questão. Sem percebermos vão reificando padrões, ampliando medos e estigmas que levam ao abandono do usuário e do dependente (que são pessoas diferentes, com relações diferentes com a substância) pelas redes sociais de proteção e sua internação compulsória em depósitos humanos que se credenciam como reabilitantes, ou ainda criminalizando o sujeito, por usar isso ou aquilo.

Em Portugal, a descriminalização foi abordada criticamente por AGRA²⁰ denunciando a natureza tencional dos diferentes discursos acerca da droga e sua problematização. Como Hart²¹ refere (incitando a olharmos de perto essa experiência), desde 2001 o país descriminalizou o uso de drogas até então tidas como ilegais e manteve o combate ao tráfico. Vendo à um oceano de distância, acredita que a iniciativa portuguesa de descriminalização tenha sido um avanço: “(...) *A compra, a posse e o uso de drogas recreativas para uso pessoal – em quantidades para suprimento de até dez dias – deixaram de ser delitos penais. Os usuários apanhados pela polícia com drogas recebem o equivalente a uma multa de trânsito, em vez de serem detidos e estigmatizados com um registro policial. (...) são intimados a comparecer perante a Comissão de Dissuasão do Vício em Drogas, em geral formada por um assistente social, um profissional da área médica, como psicólogo ou psiquiatra, e um advogado.*

Note-se a ausência de policiais. A comissão foi criada para enfrentar um possível problema sanitário. A ideia é estimular os usuários a debater honestamente o consumo de drogas com profissionais que agirão como especialistas e conselheiros em matéria de saúde, e não como adversários. A pessoa senta-se numa mesa com esses especialistas. Se eles acharem que ela não tem problema com as drogas, nada mais será exigido além do pagamento da multa. No caso de haver problema com drogas, recomenda-se um tratamento – remetendo-se ao especialista indicado. Ainda assim não é obrigatório que a pessoa se submeta ao tratamento. Os reincidentes – menos de 10% dos atendidos por ano – podem receber punições não penais, como suspensão da carteira de motorista ou proibição de passar por bairros conhecidos pela venda de drogas.”²²

O procedimento descrito, não difere muito da admoestação prevista na legislação brasileira (feita pelo juiz e um assistente social, ou psicólogo, quando há profissionais em equipe multidisciplinar disponível na comarca), mas tem como problema pragmático fixar o que seria exatamente esse *quantum* para uso que leva a admoestação e não ao processo por tráfico (graças a vaguesa do art. 33 da

²⁰ AGRA, Cândido da, “Droga, Dispositivo crítico para um novo paradigma”...Cit.

²¹ HART, Carl. *Um preço muito alto: a jornada de um neurocientista*...Cit.p.319

²² HART, Carl. *Um preço muito alto: a jornada de um neurocientista*...Cit.p.309

lei de 2006, já referida). Podemos perceber na obra de Valente²³ que Portugal não está tão distante do Brasil nas estratégias de prevenção e apresenta legislação que, embora os incultos acreditem mais benevolente, está carregada de preconceitos. Segundo o autor em Portugal a Polícia, o “Comandante de Esquadra, de posto ou grupo operacional pode e deve aconselhar jovens consumidores” a se tratarem. Para ele, isso é papel da polícia e da segurança social. Defende que “o legislador chamou, em 2011, as autoridades policiais a promoverem a prevenção secundária e terciária”, indo além, acreditando também que a prevenção primária também estaria sob sua égide. Para ele: “a polícia cabe, desta feita, um papel de actuação imediata e directa no terreno (Rua), onde presenciam a infracção e à qual devem pôr termo, caso a sua actuação não ponha causa a saúde ou a própria vida do consumidor”²⁴

Valente²⁵ percebe que ocorreram na legislação portuguesa (Lei 30/2000 apresentada como alternativa ao DL 15/93, art. 40º), normas penais em branco que precisaram da dosimetria fixada legalmente e pelos tribunais no que tange a diferença entre consumo e tráfico. Esse entendimento legal do usuário como um doente que precisa de tratamento e não de cárcere defendido por ele, é simplificação do conceito de *saúde persecutória* que está em voga no Brasil ao qual me referi em 2010. Essa visão impede endendimento mais apurado da seguinte questão proposta por AGRA²⁶ “até quando continuaremos nós a exorcizar as dependências de substâncias ilícitas para ocultarmos nossas dependências de substâncias lícitas?”.

De fato, reconhecemos que a droga faz parte do atual cotidiano onde buscamos desesperadamente a fuga da realidade esmagadora/cruel, através de analgésicos, álcool, cigarro, calmantes, chocolates, cafés, etc. Precisamos perceber a hipocrisia da criminalização/liberação dessa ou daquela substância e admitir que, como bem referiu Baratta²⁷, a sociedade cria o crime e o criminoso, escolhendo as condutas que deseja ter como reprováveis e fechando os olhos a outras que entende toleráveis. Seleção que, na questão das drogas, muitas vezes, é feita com bases preconceituosas travestidas de científicas.

²³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de drogas: reflexões sobre o quadro legal*, Coimbra, Almedina, 2014, p.105.

²⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de drogas...*Cit., p. 107

²⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de drogas...*Cit.

²⁶ AGRA, Cândido da, “Droga, Dispositivo crítico para um novo paradigma”...Cit., p.113

²⁷ BARATTA, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*, SANTOS. J. C. Trad.2 ed. Coleção Pensamento Criminológico, Rio de Janeiro, Freitas Bastos/ ICC, 1999.

4. Garantias fundamentais e uso de drogas: uma provocação ao paradigma da liberdade.

Chegamos ao momento de cogitar (im)possibilidade de arguir o direito ao uso de drogas no Brasil e Portugal com base na liberdade individual constitucionalizada. Seria possível a defesa do direito de liberdade do sujeito em detrimento da criminalização de uma conduta que tem haver com o direito de disposição do corpo como bem entenda? Alguma das garantias consitucionais podem, aqui ou lá, agir no interesse do usuário em questões onde a o direito a saúde se contrapõem a previsão delitiva? A saúde pode ser defendida com a criminalização do sujeito que não a quer tratar dessa forma? Trata-se de uma provocação semântica interessante e que precisa aprofundamentos.

Ambas Constituições consagram garantias fundamentais. Ambos os países comungam de teorias constitucionais garantistas. A Liberdade pode ser tolida pela lei até que ponto? Portugal, como refere Ferreira da Cunha²⁸ segue a linha onde a Constituição serve como uma espécie de utopia atribuindo garantias aos particulares e seus direitos, encaminhando-os ilusoriamente para uma sociedade ideal, utópica, que conhece a concretização de alguns direitos de forma pontual, conferindo ainda o direito a busca dos órgãos jurisdicionais, em busca de justiça e equidade na aplicação e defesa dessas garantias.

Consagra a CF/88 no Brasil, tanto a liberdade quanto a dignidade da pessoa humana como fundamentos e garantias consitucionais. Entretanto, também refere o tráfico de drogas como crime hediondo. Equilibrar hermeneuticamente estes postulados nestes tempos de crise é tarefa que cabe ao STF que se manifesta como um órgão político de exercício da jurisdição de constitucionalidade. Os elementos conservadores e moralizantes do senso comum teórico, descritos anteriormente, vislumbram-se mesmo em votos descriminalizadores do uso da maconha medicinal. Liberdade de uso, direito de escolha, só mediante autorização judicial? Descriminalização do uso, mediante multa e estigma de doença é descriminalização? Paradigmas insolúveis doutrinariamente e que requerem melhor abordagem e reflexão teórico/pragmática que possibilitem uma análise multi/transdisciplinar do problema *biopsicossocial* drogas. Algo impossível em um artigo de apenas três mil palavras.

²⁸ FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Constituição, direito e utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas*, in "STVDIA IVRIDICA 20", Universidade de Coimbra. Coimbra, Coimbra Ed,1996.

JUDICIAL REVIEW EM MATÉRIA CRIMINAL A PROTEÇÃO DAS LIBERDADES CONTRA O LEGISLADOR: O CASO BRASILEIRO

Antonio Pedro Melchior

Professor de Direito Processual Penal do IBMEC RJ, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

1. Introdução

A Constituição da República portuguesa de 1976 e a Constituição da República brasileira de 1988 representam, cada qual a seu modo, um desdobramento de lutas políticas travadas contra o autoritarismo estatal. A centralidade das liberdades fundamentais, em ambos os textos constitucionais, produziu (melhor, deveria produzir) profundas modificações na vida social, cultural e política da população e de suas instituições. A reflexão sobre a legitimidade do *judicial review*, frequente no pensamento constitucional contemporâneo, ganha novas dimensões neste contexto, em especial, no campo do saber penal. A legislação criminal está sujeita a fundamentos que correspondem à opção constitucional pelo regime democrático. Este regime qualifica-se pela construção de limites rígidos ao exercício do poder, com o que se garante um processo de racionalização na elaboração de leis penais (criminalização primária) e processuais penais (afecção de garantias em face do poder punitivo).

O debate sobre o *judicial review* em matéria criminal atualiza, portanto, questões relevantes sobre democracia, legitimidade política e contramajoritarismo. Este ensaio insere-se em uma proposta de investigação mais ampla, envolvendo estudos empíricos sobre o funcionamento das instituições brasileiras na

proteção das liberdades públicas (tanto a atividade legislativa, quanto jurisdicional). O limite de espaço recomenda, portanto, estabelecer apenas os pontos fundamentais à discussão.

2. Democracia e Justiça Penal: dever contramajoritário do poder judiciário.

As principais críticas ao *judicial review* sobre a legislação convergem para a concepção de que se trata de um modelo incompatível com a democracia, uma vez que o poder judiciário, por se tratar de órgão não eleito, seria despedido de legitimidade política. Razões deste nível devem ser levadas em consideração.

Há, entretanto, um conflito primário a respeito dos conceitos em jogo (democracia e legitimidade) e isto repercute nas divergências a respeito do controle de constitucionalidade das leis pelo poder judiciário. Este conflito representa uma batalha linguística que precisa ser travada, especialmente neste caso, em que a semântica política dos conceitos envolvidos no processo fornece uma chave de compreensão sem o qual os fenômenos não podem ser entendidos¹. Juan Carlos Bayón enfrentou esta questão no ensaio *democracia y derechos: problemas del constitucionalismo*².

Para uma primeira concepção, a democracia deve ser entendida simplesmente como um procedimento para determinar o conteúdo das decisões coletivas, cujo traço distintivo consistiria em que as preferências dos cidadãos tenham alguma conexão formal com o resultado pelo qual cada um conta por igual (isonomia política). Explica Bayón que, embora isto implique em não introduzir na definição de democracia nenhuma exigência ou restrição acerca do conteúdo, uma concepção como esta admitiria como exceções apenas as regras requeridas pela própria democracia, enquanto procedimento de tomada de decisões.

Para o segundo ponto de vista, pelo contrário, a democracia deve ser entendida não como um mero procedimento de decisão (cujo valor estaria sujeito à satisfação de condições mínimas), senão um sistema político completo que em sua estrutura, composição e práticas, trate todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito. Nesta concepção, aberta-

¹ A batalha semântica para definir, manter ou impor posições políticas e sociais em virtude das definições está presente, sem dúvida, em todas as épocas de crise registradas em fontes escritas. São as palavras de KOSELLECK, Reinhart, *Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos*, Rio de Janeiro, Contraponto Edição Puc Rio, 2006, p. 102.

² BAYÓN, Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas del constitucionalismo*. In: *El Canon neoconstitucional*, org. Miguel Carbonell e outro, Madrid, Editorial Trotta, 2010, pp. 300-301.

mente substancial, o decisivo para qualificar um sistema político como democracia não se vincularia à forma como se tomam as decisões, senão além disso, ou melhor, acima disso, com o que se pode decidir e o que não se pode deixar de decidir.

A defesa de um controle forte de constitucionalidade das leis penais e processuais penais parte desta segunda abordagem. O primeiro conceito de democracia, trabalhado por alguns constitucionalistas norte americanos, parece insuficiente para pensar os problemas que afetam o regime jurídico das liberdades, em especial, quando verificamos o contexto social, cultural e político brasileiro.

O debate sobre o conceito mais adequado de democracia no âmbito do *judicial review* é muito frequente no âmbito da teoria política e foi travado também na Itália entre Pedro Salazar Ugarte, Michelangelo Bovero e Luigi Ferrajoli, por exemplo. Para uma perspectiva democrática do campo penal (e dos direitos humanos), a posição de Luigi Ferrajoli parece mais acertada: “*uma definição de democracia que identifique no sufrágio universal e no princípio majoritário as condições somente formais, isto é, relativas à forma e ao método (ao quem e ao como) das decisões, sem nada dizer a respeito da substância ou dos conteúdos (aquilo que) em relação aos quais a nenhuma maioria é lícito decidir, é inadequada e incompleta*”³.

Ferrajoli defende uma noção de democracia constitucional com ênfase na substância das decisões (esfera do decidível e do não decidível) e não na forma e procedimento (escrutínio eleitoral e majoritarismo). Esta concepção de democracia considera que os direitos fundamentais estipulados nas constituições são limites e vínculos a quaisquer poderes, ao autogoverno e, portanto, à vontade e autonomia dos cidadãos⁴.

O Estado de direito, como escreveu Geraldo Prado⁵, “*evoca o problema da relação entre sujeitos, o direito e o poder e se caracteriza por instaurar um nexo funcional (direito) entre o poder e os sujeitos de modo a controlar o poder e direcioná-lo à realização das plenas potencialidades dos seres humanos*”. Jean Rivero e Hugues Moutouh, expoentes do pensamento jurídico francês, também estão de acordo que, nos países que reivindicam a qualidade de Estado de direito, a democracia política deve ser entendida como o conjunto de solução dadas ao problema do estatuto das liberdades.⁶

³ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Uma discussão sobre Direito e Democracia.*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 76

⁴ *Idem*, p. 80.

⁵ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos.*, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17.

⁶ RIVERO, Jean/MOUTOUH, Hugues, *Liberdades Públicas*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 201.

Não ser um poder eleito por sufrágio universal é o que confere ao judiciário uma atribuição específica na dinâmica institucional dos poderes estatais. Esta dinâmica está na base da distinção entre atores políticos e atores jurídicos, uma distinção que remete a funções, discricionariedades e fontes de legitimação também diversas.

Os direitos de liberdade importam em proibições dirigidas ao poder estatal e são previstos constitucionalmente como limites. Quanto a eles, o espaço dos *atores políticos* deve ser sensivelmente reduzido, uma vez que tais direitos não podem ser submetidos a maiorias eventuais, sob pena de degradação. A exigência de que os *atores jurídicos* atuem para garantir a força normativa daqueles limites pressupõe – para escapar de eventuais pressões majoritárias – uma legitimação legal e não político representativa.

Em outras palavras: existe o espaço autônomo da política e o espaço próprio da jurisdição. Dentro da estrutura do Estado, cabe ao último “*examinar as controvérsias e as escolhas interpretativas relativas ao significado das normas a serem aplicadas, sejam estas ordinárias ou constitucionais*”.⁷ Este é o paradigma próprio do Estado de direito: confiar a discussão sobre o alcance das normas (elaboradas pelo legislativo) à juízes independentes, imparciais e, justamente, não sujeitos à pressão da maioria política de ocasião.

Este sistema constitucional protege os direitos de liberdade contra movimentos majoritários, conferindo estabilidade à conquistas políticas históricas, dia após dia, debilitadas por discursos de emergência (razões de segurança e manutenção da ordem). No campo destinado a racionalizar o poder punitivo, portanto, o judiciário *deve* ser contra majoritário ou, ainda, em alguns casos, antimajoritário. Não se trata de uma dificuldade, mas da sua *virtude*.

Todo o poder penal está sujeito à constrangimentos democráticos, materializados em garantias fundamentais de natureza constitucional e convencional que tutelam a liberdade do cidadão. Este campo representa, nas palavras de Rui Cunha Martins⁸, o microcosmo do Estado de Direito, assim caracterizado na medida em que instaure uma sujeição do poder ao direito, em última análise, à limites de contenção.⁹

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo...* Cit, p.70

⁸ Conferir as obras de Rui Cunha Martins. Em especial: MARTINS, Rui Cunha, *A Hora dos Cadáveres Aditados. Corrupção, Expectativa e Processo Penal*, São Paulo, Atlas, 2013 e *O ponto Cego no Direito. The Brazilian Lessons*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

⁹ “Neste sentido, toda evolução jurídico constitucional das últimas décadas orientou-se à consolidação dos direitos fundamentais, direitos humanos positivados, domesticando o poder e sujeitando-os a nexos de causalidade.” PRADO, Geraldo, *Prova penal e sistema de controles epistêmicos...* Cit, p. 17

Naturalmente, a integralidade das instituições republicanas estão sujeitas a estes limites. Eles oferecem um molde, a partir do qual a dinâmica institucional do Estado deverá funcionar. Ao *Legislativo*, o dever de elaborar a política criminal, via aprovação racional de leis; ao *Executivo* a função de aplicar responsabilmente esta política; ao *Judiciário*, a obrigação de prestar jurisdição, ou seja, apreciar os casos penais com independência e imparcialidade (decidir sobre a pretensão acusatória); zelar pelo respeito e idoneidade das regras de julgamento (cumprir a forma, controlar a constitucionalidade e convencionalidade da lei criminal e sua compatibilidade com a dogmática) e, ainda, controlar a atuação das agências repressivas (limites à política criminal executada pelo Estado Administração).

Este desenho institucional, dentro dos princípios básicos que caracterizam a democracia política e o Estado de direito, parece constituir o instrumento mais adequado para racionalizar a atuação estatal e proteger a liberdade individual contra o abuso do poder.¹⁰

3. A proteção das liberdades contra o legislador

A elaboração de leis penais e processuais penais está sujeita à fundamentos que correspondem a desdobramentos da opção política por um regime democrático. No campo criminal, este regime qualifica-se pela construção de limites rígidos ao exercício do poder, com o que se garante um processo de racionalização das respostas estatais aos desvios criminalizados.

O poder legislativo, desde que submetido aos postulados básicos da democracia em matéria penal, está legitimado a elaborar leis criminais e, assim, formular as diretrizes gerais da política criminal de um Estado. Aceitaremos, portanto, que a criminalização de condutas, embora ineficiente e naturalmente seletiva, faz parte dos dispositivos jurídicos de todas as sociedades modernas.

Os debates a respeito do *judicial review*, muito dirigidos à questionar a legitimidade do judiciário, parecem produzir uma escassa atenção ao problema relacionado à criação do Direito ou, em outras palavras, à Teoria da Legislação. No contexto penal, como sublinhado por José Luís Díes Ripollés, a necessidade de orientar à atenção em direção à legislação é urgente, uma vez que o campo da lei criminal tem se constituído como um terreno fértil de improvisação e oportunismo social e político.¹¹

¹⁰ ANYIAR, Lolita, *Democracia y Justicia Penal*, Caracas, Ediciones del Congreso de La República, 1992, p. 28

¹¹ DIÉS RIPOLLÉS, José Luis, *A racionalidade das leis penais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 14.

Um modelo de legislação (e de poder legislativo) que não esteja pautado na produção de decisões racionais conduz o Direito criminal a um processo de deformação inquisitiva, incrementa o fascismo punitivo e, assim, aproxima o regime político do autoritarismo. O controle de constitucionalidade e convencionalidade (e de legitimidade) das decisões legislativas penais são, neste contexto, indispensáveis ao funcionamento da democracia e do Estado de direito. Uma espécie de controle que não se limita à verificação do cumprimento das formalidades previstas na Constituição, mas que verifique se foram observados durante o processo legislativo os parâmetros de racionalidade exigidos.¹² Estes parâmetros são fornecidos pelo *saber penal* construído no marco do pensamento iluminista e, portanto, na luta pelas humanidades.¹³

O sistema criminal é o principal vetor para se examinar o grau de aderência de um Estado à permanências autoritárias do poder constituído. Neste sistema, a legislação possui enorme carga simbólica, uma vez que instaura processos de criminalização primária (formal) que, per si, limitam a liberdade individual e sujeitam o cidadão – mesmo que de forma abstrata – à engrenagem do poder punitivo estatal. Por isso, a lei penal e, conseqüentemente, os processos políticos de criação do desvio são tão estudados.

A legislação penal de um país que se reivindica democrático está, em suma, sujeito à uma série de limites substanciais quanto à sua formulação (e hermenêuticos quanto à sua aplicação). Os primeiros se dirigem ao legislador, os segundos ao judiciário e às agências executivas. Alguns destes limites estão previstos expressamente no texto constitucional ou em tratados internacionais de direitos humanos. Outros defluem da própria ciência penal, forjada sob a estrutura liberal do pensamento ilustrado.¹⁴

A normatividade penal possui três características básicas: (i) laicização (ii) estar dirigida para a proteção de bens jurídicos constitucionalmente previstos; (iii) proteção realizada de forma fragmentária/subsidiária.¹⁵

Uma das qualidades fundamentais da lei penal no Estado de direito passa, por tanto e, em primeiro lugar, pela exigência de que a criminalização leve em conta *comportamentos humanos que afetem gravemente os bens jurídicos* tutela-

¹² DÍES RIPOLLÉS, José Luis, *A racionalidade das leis penais...*Cit, p. 16.

¹³ CARVALHO, Salo, *Penas e Garantias...*Cit, p. 80.

¹⁴ Por todos, Salo de Carvalho: “*A incorporação da filosofia política iluminista aufere às ciências criminais modernas os princípios fundamentais do direito de punir*” - CARVALHO, Salo, *Antimanual de Criminologia...*Cit, p. 2.

¹⁵ Tais características são trabalhadas de outra forma no clássico trabalho de Francisco de Assis Toledo. Na obra, fala-se em fundo ético da normatividade penal; “proteção de algo” e fragmentariedade. Conferir TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos do Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1994, p.7.

dos pela *Constituição*. Uma legislação penal que criminalize determinados estados subjetivos ou singularidades (ex. *ser* judeu, negro, homossexual, comunista, etc.), que tipifique condutas que não sejam ofensivas à terceiros, afetando-os gravemente (ex. uso de drogas) ou se dirijam a tutelar determinados valores morais (ex. adultério; prostituição), ofende princípios centrais de uma democracia e, portanto, *devem ser invalidados* pelo poder judiciário. Admitir que o legislativo pudesse fazer prevalecer a sua posição, via mecanismos dialógicos - controle fraco de constitucionalidade - seria absurdo.

O princípio da legalidade no campo penal proíbe a formulação de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade; proíbe a edição de leis penais indeterminadas; veda a fundamentação ou agravamento da pena pela analogia *in malan partem* ou com base no direito consuetudinário.

Há ainda várias outras exigências de racionalidade dirigidas à dinâmica legislativa penal: princípios de proteção (lesividade, essencialidade, correspondência com a realidade); princípios de responsabilidade (segurança jurídica, imputação, responsabilidade pelo fato, jurisdicionalidade) e, finalmente, os princípios da sanção (humanidade das penas, proporcionalidade das penas, monopólio punitivo estatal).¹⁶

O controle da atividade legislativa em matéria criminal está fundado em imperativos democráticos não sujeitos à discricionariedade do *ator político*, e mesmo o *ator jurídico*, encontra-se limitado em sua interpretação/aplicação. Este pressuposto é fundamental para compreender o *judicial review* no campo penal.

4. Conclusões

O Brasil, segundo dados oficiais, possui um universo de 1688 crimes, tipificados em legislações esparsas. Há uma crise de legalidade no país, caracterizada por uma hipercriminalização, formulação de tipos penais imprecisos, proliferação de leis penais simbólicas, dispersão das fontes normativas penais; dentre vários outros problemas. Nota-se que a atividade legislativa no Brasil tem, em suma, debilitado os princípios liberais tutelam a defesa das liberdades contra o legislador.

No caso brasileiro, o poder judiciário não cumpre a função institucional de exercer o controle das leis penais. A maior parte das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade das legisla-

¹⁶ Conferir a obra de RIPOLLÉS, José Luis Diés, *A Racionalidade das Leis Penais*, Teoria e Prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ção criminal dizem respeito à vícios formais. Nenhum tipo penal foi declarado inconstitucional.

Entre os 84 casos que tratam deste tema, apenas em seis julgamentos tratou-se de discutir a existência vícios materiais (em normas de conteúdo processual). Nestes, em três oportunidades, os resultados do julgamento importaram em ampliar o poder punitivo, logo, não consideraram violações à garantias fundamentais. Em apenas dois examinados, o Supremo Tribunal Federal agiu, em controle de constitucionalidade, como órgão guardião das liberdades públicas. Em um deles, considerou-se que a legislação violava o sistema acusatório e a garantia de imparcialidade da jurisdição, no outro a presunção de inocência.

A conjuntura social, política e institucional do Brasil gera preocupações. No campo das justiça penal, há casos correntes de violações por agências executivas (ex., a permanência da tortura e da cultura de ilegalidades na obtenção de provas); o legislativo está imerso em um crise de representação, além de formular leis criminais de forma irracional e refratária a princípios básicos da democracia política; o judiciário não exerce efetivo controle dos poderes e a população, atravessada por demandas de ordem, apóia.

A reflexão a respeito do *judicial review* em matéria criminal exige uma teoria política constitucional associada ao saber penal, o que impõe uma releitura do conceito de democracia e legitimidade. Este breve ensaio esteve centrado na proteção das liberdades contra o legislador, concluindo pela necessidade de que o poder judiciário brasileiro assuma a exigência de realizar um controle forte de constitucionalidade das leis penais e processuais penais no Brasil. Isto não significa que a sua proteção contra todos, inclusive e principalmente, contra o judiciário, não seja urgente.

MARTINHO DE MENDONÇA DE PINA E PROENÇA HOMEM UM ILUMINISTA PORTUGUÊS ENTRE O PRECONCEITO E A ILUSTRAÇÃO ¹

António Rui Braga Lemos Soares

Professor auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

A primeira Constituição portuguesa foi promulgada em 23 de Setembro de 1822². Os grandes princípios presentes na Constituição de 1822 surgiram no decurso do século XVIII e derivaram, na sua quase totalidade, da Revolução Francesa e de uma nova dimensão dos conceitos de *poder constituinte* e de *assembleia constituinte*³. Decorreram também da obra de não juristas como Martinho de Mendonça, os quais, nos domínios da Filologia e da História, fizeram com as suas reflexões a ponte filosófica que na década de 70 do século XVIII haveria de alcançar o mundo jurídico nacional com os Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 e que culminariam na Revolução Liberal de 1820, mesmo que o autor de que falamos fosse tudo menos um progressista de um ponto de vista político.

No Portugal de 1789 – ainda distante de qualquer revolução, graças à acção policial do governo sempre atento a quaisquer ideias que pusessem em causa o trono e altar – vivia-se o compromisso possível entre o *Preconceito* e a *Ilustração*. Um bom exemplo desta dicotomia nacional é o pedagogo e historia-

¹ Por vontade do Autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

² MIRANDA, Jorge, *As Constituições Portuguesas. De 1822 ao Texto Actual da Constituição*, 4.ª edição, Lisboa, Livraria Petrony, p. 29.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, p. 71.

dor Martinho de Mendonça de Pina e Proença Homem (1693-1743).

Nascido na cidade da Guarda e após ter viajado, com demora, pela Europa culta, talvez surpreenda a sua admissão formal como familiar do Santo Offício⁴. As *Luzes* tiveram, pelo menos em alguns autores como o que agora se estuda, a adesão plena ao sistema social vigente no país, mesmo que em contração com as ideias novas que conhecia. Por outro lado, deve salientar-se a participação de Martinho de Mendonça na *Academia Real da História Portuguesa* de que foi um dos 50 sócios fundadores. Uma Academia criada por D. João V em Dezembro de 1720 e que estava destinada a coligir a História Eclesiástica de Portugal (obra que virá a receber o título de *Lusitanea Sacra*), bem como a sua História Secular. A actuação do nosso autor na vida da Academia não terá sido muito regular e não foi, há que referi-lo, muito proveitosa. Coube-lhe a redacção de uma *História do Arcebispado de Braga e do de Lamego* bem como a compilação de umas *Memórias de ElRey D. Duarte*. A verdade é que depois de várias delongas que duraram mais de uma década (a última presença confirmada de Martinho de Mendonça na Academia é de 1733 em vésperas do encerramento da mesma), não lhe foi possível apresentar os trabalhos académicos que se havia proposto elaborar⁵.

Com data de 30 de Outubro de 1733, publicou o Rei D. João V um *Regimento* onde apontava a Martinho de Mendonça a missão que ia desempenhar no Brasil, com ordem para percorrer as cinco capitanias desse extenso território. Martinho de Mendonça contactou com ma realidade que lhe abria horizontes. De lá, regressaria a Portugal em 1738, com os seus quarenta e cinco anos. Faleceria no ano de 1743.

Em 1734, Martinho de Mendonça de Pina e Proença dá à estampa uma obra com intuítos pedagógicos, intitulada *Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre* e que, de maneira clara, confirma que as *Luzes* haviam chegado em pleno até nós. Aqui produz o autor, uma proposta programática para o ensino que se poderá resumir a uma ideia: a ruptura com o legado escolástico vigente. De certa maneira, a sua proposição educativa poderá surpreender pelo vigor e até pela atualidade que representa ainda nos nossos dias. É esta a grande influência do autor nas letras nacionais. Trata-se de um texto que, sob muitos aspectos, demonstra uma intenção de inovar em matéria de tanto relevo como é a da *Educação*. O que parece fazer prova de que entre os meios cultos, pelo menos, se compreendia a necessidade de adaptar o país ao legado filosófico

⁴ CARVALHO, Rómulo de, *Apontamentos sobre Martinho de Mendonça de Pina e de Proença* (1693-1743), in "Ocidente", s.n. D.L, volume LXV, Lisboa, 1963, p. 9.

⁵ CARVALHO, Rómulo de, *Apontamentos sobre Martinho de Mendonça de Pina e de Proença...* Cit, pp. 26 /27.

da Europa muito antes da publicação em 1746 do *Verdadeiro Método de Estudar*⁶ de Luís António Verney⁷.

Relata sobre a figura de Martinho de Mendonça e acerca da sua obra mais conhecida, António Rosa Mendes:

*“Se o ambiente cultural do país não era propício a que essas luzes adquiridas na estranja cá dentro frutificassem [...] ainda assim o erudito Martinho de Mendonça, filólogo e historiador, mais tarde bibliotecário real e guarda-mor da Torre do Tombo, deu à estampa em 1734 um livrinho que ficou a assinalar um marco na renovação das nossas ideias pedagógicas: Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre. A obra, que em 1761, coincidindo com a reforma educativa de Pombal, foi reeditada, era uma adaptação, quase um decalque, dos pensamentos de John Locke sobre a matéria (Some Thoughts concerning Education, 1693) [...]”*⁸.

Logo no prólogo, avança o Martinho de Mendonça com um conjunto de enunciações que denotam a influência dos novos tempos e de crítica ao estado do ensino. Assim começa por se pronunciar:

*“Cufta moderar as paixões, e vencer o amor proprio fendo facil mostrar apparencias de uma devoção affectada: he neceffario grande prefpicacia de juízo; e continua, e profunda meditação para alcançar prudencia e fabedoria, baftando qualquer mediana memoria e applicação; pelo que he mayor o numero dos fofiftas, que o dos fabios, e mais eruditos, que os prudentes”*⁹.

No seu livro, Mendonça de Pina e de Proença não tem dúvidas em apontar as deficiências da velha metodologia escolástica que se utilizava nos colégios do reino. Em sua opinião tratar-se-ia de uma metodologia pouco actual e com um conteúdo de todo ultrapassado pela realidade do século. Demonstra, outros-

⁶ VERNEY, Luís António, *Verdadeiro Método de Estudar Para ser util à Republica e à Igreja: Proporcionado ao eftilo, e neceffidade de Portugal. Exposto Em varias cartas, efcritas polo R. P. Barbadinho da Congrefam de Itália, ao R. P. Doutor da Universidade de Coimbra*, Valensa, na officina de António Balle, ano de MDCCXLVI, et passim.

⁷ ANDRADE, António Alberto Banha de, *Verney e a projecção da sua obra*, Lisboa, Biblioteca Breve, Ministério da Cultura e da Ciência, 1980, p. 9.

⁸ MENDES, António Rosa, *Estrangeirados e exilados do Iluminismo português*, in “História de Portugal”, volume VI, direcção e coordenação de João Medina, Cit., p. 427.

⁹ HOMEM, Martinho de Mendonça de Pina e de Proença, *Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre, que para feu ufo particular fazia Martinho de Mendonça de Pina e de Proença*, Lisboa, Occidental, na officina Joseph António da Sylva, Impreffor da Academia Real, MDC-CXXXIV, prólogo, s.p.

sim, como viajado erudito que era, o conhecimento das doutrinas de autores estrangeiros que considera na vanguarda do estudo, em face dos seus poucos ou nenhuns congéneres portugueses, enclausurados desde há séculos, a uma concepção formalista do estudo do latim. Por isso mesmo, sem qualquer conteúdo válido, propendendo por norma os nossos cultores do idioma de Cícero para teses metafísicas que Martinho de Mendonça chega a considerar de absurdas e de ridículas:

“As definições Grammaticais ordinarias nos Rudimentos faõ taõ imperfeitas, efcuras, e abfurdas, como reconhecerã os melhores Grammaticos [...], e o faz modernamente o Padre Buffier da Companhia de JESU; nem feguirã melhor caminho os que as quizeraõ reformar, e introduzir uma Grammatica Filofofica fuperior à comprehensã de hum menino, a quem no mefmo methodo vulgar fazem difficuldade alguns termos abstractos, ou methaficos, acçaõ, paixãõ, relaçaõ, e outros, como fe já tiverã noticia de Ifagoge, de Porfyrio, e predicamentos de Ariftoteles; que tem o inconveniente de dar occafiaõ aos meninos de ufarem, termos que naõ recebem, e de formar noções meramente nominaes, que naõ representaõ idéa alguma rea”¹⁰.

De seguida, propõe uma nova e mais moderna metodologia de aprendizagem, capaz, a seu ver, de transformar um ensino meramente teórico da matéria numa formação académica de maior teor prático e, por isso, mais recomendável aos tempos:

“O methodo de aprender Latim fó com o frequente ufo, e exercicios fem mais arte, nem livro Grammatico, que huma táboa de conjugações, e declinações, parece o mais proprio para hum Menino Nobre, que não ha de fazer profiffão de Grammatico. Muitas, e repetidas experiencias tem moftado quanto trabalho, e tempo ao que delle fe aproveitaraõ, e ha impreffo, alguns livros, que miudamente fe referem”¹¹.

A obra que ultrapassa o escopo de que se informa o leitor no prólogo. A apreciação da importante, embora circunscrita, matéria da escolaridade dos meninos nobres. Por isso, não deve causar espanto vermos o autor tomar posições sobre matérias que eram factor de disputa intelectual na Europa. Sobre a importantíssima querela, suscitada em França ainda no século XVII, da comparação dos feitos dos *antigos* (gregos e romanos) e dos *modernos* (naturalmente france-

¹⁰ HOMEM, Martinho de Mendonça de Pina e de Proença, *Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre*. Cit., prólogo, s.p.

¹¹ *Idem* – prólogo, s.p.

ses, súbditos de Luís XIV), demonstra o autor o típico culto do século das Luzes pela antiguidade conhecida, já seguido em Portugal à época:

“Grandes, e admiraveis faõ os inventos modernos; a Agulha de mariar, a Imprefaõ, e a Artilharia, apenas faõ uma pequena moftra do muito que os modernos tem adiantado nas Artes, e o conhecimento da Fifica, da Aftronomia, da Geometria, e da Algebra; mas exceptuando eftas Sciencias é neceffario feguir os primeiros Sabios que admirou Crecia e Roma. Eu que fou notado de oppofto às opiniões dos antigos (porque os venero e não os adoro), não fei que mageftade natural, e fimplicidade nobre acho nas fuas obras, que não fabem, ou não pôdem imitar os modernos. Não fey, que fatal defcuido, e falta de traducções vulgares, priva a muita gente da liçaõ dos Authores antigos hem hum feculo em que não eftaõ nunca ociofos os prelos. Por mais liçaõ, que hum Mefre ou Ayo tenha de toda a Filofofia Moral moderna, não fatisfará bem ao feu emprego, fenaõ tiver lido repetidas vezes Xenofonte, Antonino, e Plutarcho”¹².

Límpida é a crítica dirigida à falta de conhecimentos sobre os clássicos na sua pátria. Manifesta igualmente um reparo no que se refere a uma matéria muito curiosa, sem dúvida, mas, em princípio, neutra no século em que escrevia. A da curiosidade natural das crianças. Parece o autor dirigir-se, de maneira implícita, às carências intelectuais da sociedade portuguesa do seu tempo, que seria explicação primeira do seu atraso:

“A curiosidade com que as crianças perguntaõ muito, e admiraõ quafi tudo, he hum provido instincto da natureza, que não fó facilita, mas provoca a instrucção e o enfino; venturofos dos que tiverem peffoas capazes de lhe responder a prepofito, pois fem apparencia de Mefres nem de liçaõ, fabeirão na infancia coufas mais importantes, que todas as declinaçoens, e conjugaçãoens, Latinas, inftrhuindo-os fó pelas fuas perguntas, nos princípios da fociedade civil, conhecimento do Paiz, artes necefarias à vida, e coftumando-os a imaginar com clareza, a diftinção, perceber a conveniencia, ou proporção com prefteza, julgar folidamente relectir a propofito, e inferir, ou inventar com a gudeza”¹³.

Sobre o tema da autoridade dos mestres, que muitas vezes se devia confundir com autoritarismo, expressa o seguinte ponto de vista, muito inovador para o seu tempo e com o qual, *quase três séculos depois, anuímos sem contestar:*

¹² *Ibidem* – prólogo, s.p.

¹³ *Ibidem* – pp. 35 a 37.

“Eu não fei que utilidade póde ter a demasiada authoridade do Mefre, e obrigar o dicipulo a que não levante os olhos em fua presença; cuido que era mais conveniente, que o Mefre fe fizesse criança, para que brincando com os dicipulos no meyo da lição, ter a occasião de a repetir logo com mayor gofto de quem a aprende, do que obrigar a hum menino, a que feja velho antes do tempo, ufando de uma gravidade, e hum refpeito, mal proporcionado à sua idade”¹⁴.

Parece evidente o intuito reformista que é transversal a toda a obra. Mas, como se perceberá, nunca seria possível encetar qualquer tipo de reforma dos estudos e do país sem o patrocínio Real. Por isso mesmo, insta Martinho de Pina e Proença o seu Rei a tomar a seu directo cargo o processo de alteração dos estudos das Letras e das Ciências no país. O que, pensamos, o monarca tentou realizar, embora o grosso das reformas do ensino ocorresse tão-só, no reinado seguinte.

Encontramos no apelo ao Rei de Portugal, o reafirmar de uma característica comum a toda a Europa do *Iluminismo*: a aliança entre o poder instituído que podia proceder às reformas e os filósofos ou pensadores que, na teoria, as propunham. Esta atitude foi comum a quase todos os soberanos europeus do tempo, verdadeiros déspotas iluminados que, algumas décadas mais tarde, tomariam a seu cargo as iluminadas reformas que tornariam os seus súbditos mais felizes, devidamente *orientados* na sua acção por ministros diligentes, os quais, em nenhum momento que fosse, puseram em causa o poder absoluto deles como governantes: Luís XIV em França (um pouco antes), Catarina II da Rússia, José II da Áustria, Frederico II da Prússia, Gustavo III da Suécia, Cristiano VII da Dinamarca, Estanislau-Augusto da Polónia, Carlos III da Espanha, ou o nosso Rei D. José, monarcas a quem os filósofos descreviam como os melhores sobre a Terra¹⁵. Pensadores como Martinho de Mendonça antecipam a actividade dos ministros propriamente dita.

Assim diz Martinho de Mendonça, dirigindo-se ao seu Rei, e, sem dúvida, procurando aproximá-lo na sua acção governativa das políticas educativas que se seguiam na Europa:

“He problema em materia de educação, e enfino, fe he melhor crearemfe os filhos em cafa de feus pays, fe em Collegios? Parecerá impropria em Portugal a queftaõ, porque ainda hoje falta nefte Reyno à nobreza aquelle methodo de educação que praticaõ as Naçoens mais polidas, e que já os noffos vizinhos introduziraõ no Real Collegio de Madrid, obra digna da grandeza,

¹⁴ *Ibidem* – pp. 152/153.

¹⁵ HAZARD, Paul, *O Pensamento Europeu no Século XVIII (de Montesquieu a Lessing)*, Lisboa, Editorial Presença, 3.ª edição, 1989, p. 311.

e virtude dellRey Catholico, e com o qual premiou para fempre o zelo, e fidelidade, com que os Hefpanhoes o defenderaõ no Throno, contra o poder unido de quafi toda a Europa: mas efpero que não feja inútil a queftaõ porque creyo, que o noffo Augufto Monarcha, que às letras tem concedido a efpecial protecção, que admiraõ com inveja os Efrageiros, reformará as Efcolas e fundará Collegios em que a nobreza fe inftrua nos exercícios mais convenientes ao feu eftado”¹⁶.

Indica, da mesma maneira, qual fosse o objectivo das reformas que pretende que o Rei intente para prover ao bem comum da comunidade, considerando um ideal de “cidadão” nobre que parece propor. É esta uma alteração muito importante de um ponto de vista jurídico, dada a pluralidade normativa típica do período anterior – muito patente em obras da estatura das nossas três Ordenações que mantinham disposições separadas para o Rei, para o clero, para a nobreza e para o povo e, nas Ordenações Afonsinas, para mouros e judeus.

“A verdadeira instrucção, que deve procurar hum Mefre, não confifte em fazer a memória do feu Difcipulo, hum efcurto e confufo almazem de factos, e de vozes; mas fim em lhe ordenar, e aclarar as noçoens, que correpondem aos mais vulgares termos; coftumallo a diftinguillas bem e a conhecer nellas attentamente as proporções, e refpeitos, que humas dizem a outras; enfinallo a vencer os feos próprios appetites, inspirar-lhe hum amor à razaõ, e boa ordem, enfinarlhe os fundamentos da fociidade, civil, de que nafce a obrigação de obedecer ao Soberano, e expor a vida, quando convem, à Republica; deftruir-lhe os principios de foberba, e crueldade, infpirarlhe um genio fuave, que fem baixeza fe proporcione às peffoas, com quem tracta, que defte modo fe formará hum varaõ perfeito, que em todas as partes do Mundo ferá eftimado; o que importa mais, que a elegancia do Latim, e que a fubtileza da Logica, fem o que houve, e haverá fempre homens prudentes, e dignos de eftimação, como fe achaõ entre os chamados Barbaros, ignorando totalmente quanto fe enfina nas noffas efcolas, de que pouco, ou nada depende o fim da educação de hum moço nobre, que confifte em viver prudente, e virtuofamente; faber governar a fua cafa, e familia, e fervir dignamente à Patria, e ao Soberano”¹⁷.

¹⁶ HOMEM, Martinho de Mendonça de Pina e de Proença, *Apointamentos para a Educação de um Menino Nobre...* Cit., pp. 134/135.

¹⁷ *Idem* – pp. 183 a 185.

Expressa, o nosso autor, uma visão prospectiva sobre o que deveria entender a Educação do seu País. Utiliza palavras graves, às quais não se pode deixar de reconhecer uma enorme actualidade:

“Eftas converfações (no seio da família) quizeramos, que pela mayor parte fe encaminhaffem ao conhecimento das coufas, e madureza de juízo, e não à pompa da erudição e ornato das vozes, e fe dirigiffem ao amor da verdade, e à induftria de faber defcobrilla, e aos dictames de faber defcobrilla, e aos dictames práticos das acções ordinarias, conforme os coftumes e Leys da Patria; e não as difputas fyllogisticas, e antes de porfiar, fem faber o que fe diz, e fe refiftir à verdade, e defender a mentira. Não em difcurfos declamatorios, que ordinariamente fe encaminhaõ mais ao brilhante que ao folido; nem em maximas efpeculativas de virtudes fublimes, mais impraticaveis de hum heroifmo fempre chimerico, e muitas vezes ridiculo. Eu antes quizera, que meu filho foubeffe, que fegundo as Leys de Portugal se deve pedir em juizo dentro de hum anno a poffe, que fe perdeo, para gozar a acção de todos os privilegios de força nova; que não ignoraffe as ventagens que tem uma terra de paõ, a huma vinha de igual rendimento, do que toda quanta exquisita erudição refere Atheneo fe repetira à Mefa de Laurencio, e que quantas agudas conjecturas imaginou Kircher, ou Rudbechio, fobre os monumentos do Oriente, e Norte [...]”¹⁸.

Perspectiva, numa clara alusão à influência da física newtoniana¹⁹ no mundo da filosofia do século, a tentativa de aplicação dos seus conceitos ao mundo da Moral, de maneira a obter certezas quase matemáticas:

“Se os homens tiveffem applicado à Moral as indagações que applicaraõ à Fifica; fe tiveffem meditado o tempo, que tem lido, e lhe mereceffe tanto cuidado o conhecimento proprio, a obfervação dos motivos, que coftumaõ determinar a vontade, a connexão dos pensamentos, que fe offerecem ao entendimento; quanto alguns applicaraõ a conhecer as Dynaftias do Egypto, e os caracteres da China, cuidoo que eftaria hoje, não fó a Ethica com perfeitas demonftrações de moral certeza, e evidencia, qual fofre matéria; mas que tambem fe teria inventado huma arte de prever com probabilidade os futuros contingentes, e que poderia a Algebra fer a guia da prudencia, e terem applicação as acções livres e fuas demonftrações, as feries condiconaes, fommas de combinações”²⁰.

¹⁸ *Ibidem* – pp. 206 a 208.

¹⁹ Como refere Todorov, Newton foi para o século XVIII o autor paradigmático, tal como Darwin o foi para os séculos que se seguiram ao XIX. TODOROV, Tzvetan, *L' esprit des Lumières...*Cit., p. 12.

²⁰ HOMEM, Martinho de Mendonça de Pina e Proença, *Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre...*Cit., pp. 212/213.

De um ponto de vista jusfilosófico, não se encontra, na aparência, na obra que estudamos, qualquer novidade acerca da tradicional perspectiva aristotélica e tomista da filosofia jurídica portuguesa de séculos anteriores. Porém, quiçá para não suscitar quaisquer equívocos quanto à sua posição, o autor adverte que a única norma das ações morais é a vontade de Deus, pelo que as virtudes morais devem ser fortalecidas pela oração e pelo socorro divino. Sobre qual fosse o conteúdo concreto do *Direito Natural*, não chega Martinho de Mendonça a pronunciar-se. No entanto, para António Braz Teixeira, pode-se inferir que seria favorável a uma posição jurracionalista, de feição teológica e muito menos de cariz antropológico, o que fundamentaria a sua firme oposição ao regime democrático, que considerava o “*mais imperfeito de todos*”²¹. Nos *Apontamentos*, Martinho de Mendonça atribui ao *Direito Natural* um papel essencial na formação dos meninos:

*“Do Mundo fenfivel fe deve paffar ao Moral, ao conhecimento fundamental da bondade, ou malicia das acções humanas; ao direito natural, porque fe devem dirigir, ao das gentes, com que fe devem conformar, e ao patrio, ou municipal, cujas Leys, e Ordenações, fe devem obfervar. Defde a primeira infancia fe devem explicar aos meninos os fundamentos das Leys, coftumando-os à fua observância”*²².

De seguida, não deixa de manifestar uma atitude tradicionalista e católica, ao apelar ao conhecimento das verdades reveladas, como natural «suplemento» do conhecimento jurídico-natural. Como enuncia, a propósito:

*“[...] póde o Meftre douto, fazerlhe hum suplemento, accrefcentandolhe a infufficiencia das virtudes naturaes; a neceffidade do focorro sobre natural, e de o pedir na oração a Deos; que os addoraveis attributos da Divindade, e a fua Santiffima vontadehe a unica normadas acções moraes, que perdem a verdadeira re tidão, quando fe affastão da daquelle foberanno Archetypa de toda a perfeicção e bondade; e ultimamente, que a verdadeira felicidade, e fim ultimo confifte em adorar a Deos, e obdecerllhe, meyo feguro de hum bem incomprhenfivel de ver claramente a fua Divina face”*²³.

²¹ HOMEM, Martinho de Mendonça de Pina e Proença, *Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre*, op. cit., p.343; TEIXEIRA, António Braz, *Filosofia jurídica*, in *História do Pensamento Filosófico Português*, direcção de Pedro Calafate, Lisboa, Círculo de Leitores, pp. 68/69.

²² HOMEM, Martinho de Mendonça de Pina e Proença, *Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre...Cit.*,p.337.

²³ HOMEM, Martinho de Mendonça de Pina e Proença, *Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre...Cit.*, pp. 337/338.

Sobre a concepção juspolítica do autor, aqui sim, verificámos um traço de originalidade. Trata-se da adesão a uma perspectiva contratualista que explica o surgimento da sociedade política. No que concerne ao contratualismo, para o qual propende, sem dúvida, o autor dos *Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre*, configura-o mais como uma realidade histórica, o que possibilita uma diversidade de percursos para a Humanidade, do que como uma qualquer hipótese racional, comum a todos os Homens, como era a concepção de autores como Hobbes, Locke ou Rousseau.

Para Martinho de Mendonça, teriam existido dois momentos essenciais na formação da *Cidade*. Num primeiro, haveria o governo do pai de família, livre de qualquer sujeição a outrem, a quem não reconhecia obrigação de protegê-lo de quaisquer violências. Por isso, ser-lhe-ia lícito recorrer ao seu *direito natural de defesa própria* e de responder à violência sempre que necessário, com violência. Num segundo momento, que corresponderia, *proprio sensu*, à origem da sociedade, o elemento decisivo seria o da *utilidade* ou do *interesse*, que levaria os pais de família a confederarem-se, numa primeira hipótese, em Repúblicas de tipo aristocrático, ou, numa segunda possibilidade, a escolherem um de entre os povoadores do território para exercer o poder máximo da sociedade constituída. De maneira a que assim, lhes fosse possível tratar dos seus interesses comuns, sem outra lei que não fosse a da *equidade*²⁴:

“Deve-se explicar a origem do Principado no governo do pay de familias, em feu principio independente de qualquer outra fujeição, e com juz Vitæ, & necis, que confervaraõ as Leys antigas dos Romanos. Efte pay, que não reconhecia fupperior commum a que recorrefse, para evitar as violencias com que outrem o quizeffe moleftar, uzando do direito natural de defeza propria, oppondo violencia à violencia, podia fazer guerra aos vifinhos, que intentaffem offendello, a feus amigos como lemos na Efcritura Sagrada, que fez Abraham. O mefmo intereffe, e utilidade propria, que obrigava aos filhos, que obedeceffem fem efcufa a seus pays, em virtude do tacito pa to, e condição com que estes o tinhaõ fustentado, na infancia, moveo aos pays de familia, ou fe confederaffem huns com outros, em fórma de Republica ariftocratica, para que todos unidos cuidaffem nos intereffes comuns da sociedade; ou como era mais frequente, e antigo cofturne efcolheffem entre fi hum, que ordinariamente era de linha primogenita do mais próximo tronco da familia, que tinha povoado territorio, e a efte fe fugeitaffem, fem mais Ley, que a da equidade, para affim poderem viver em paz, colhendo os frutos da terra, já dividida, para evitar a confufaõ, e defordem, e as occafões de differenças, que occaflionnava a injustiça, e ambição. Estes foraõ os prin-

²⁴ TEIXEIRA, António Braz, *Filosofia jurídica*, in “História do Pensamento Filosófico Português”, direcção de Pedro Calafate... Cit., p. 69.

cipios das primeiras Republicas, e Reynos, cujas cabeças não podiaõ confiderarfe fugeitas a coacção alguma, exceptuando a violencia, mais injusta, quanto neceffaria, a que obrigava a força do poder mayor, que extendeo os limites dos vaftos Imperios da antiguidade”²⁵

Não deixa o autor de admitir que em alguns povos (talvez pensando nas populações indígenas da América que conheceria, apesar de falar das Monarquias do Norte), onde os filhos viviam separados dos pais, devido à ferocidade dos seus hábitos quotidianos, não existisse, sequer, o governo do pai de família. Aqui, a explicação para a génese social é diversa, embora se reafirme uma perspectiva utilitarista quanto à necessidade de viver em comunidade política organizada.

Como refere o autor:

“Alguns povos, que viviam difpersos como feras, affasttando-fe os filhos de feus pays, tanto, que não neceffitavão do feu amparo, perfuadidos do feu proprio intereffe, fe juntaraõ para gozar as conveniencias da fociidade, confervando cada indeviduo toda a liberdade, e independência que podeffe fofrer o governo civil. Por efa cauza o mais imperfeito de todos, pondo no mayor numero de votos o poder foberano em fórma democratica, que arruinou pelo grande numero, a que fe augmentáraõ, a dificuldade de fe juntarem todos, e feregularem os votos; e por este motivo, ou com a facção unida de alguns mais poderofos, ou com o eminente poder, e iduftria de algum, que fe avantejava a todos, mudada a forma do governo, paffáraõ à Ariftocracias, ou Monarchias, alguns povos, como ordinariamente fizeraõ os do Norte: limitaraõ o poder dos Principes, que efcollheraõ, quizeraõ que em alguns cafos foffe neceffario o confentimento dos que em todos os demais obedeciaõ, confituindo affim uma fórma de Republica mixta, em que o poder soberano refide juntamente no Rey, e nos Eftados, Ciortes, ou Senado, dos quaes unidos refulta huma cabeça moral do povo, com poder legislativo, fem fubordinação alguma, ifenta de todas as Leys, que póde promulgar, e derrogar, e fugeita à razaõ, equidade, e bem publico”²⁶

Martinho de Mendonça é, sem hesitação, um adepto da Monarquia absoluta. Como tal, tece duras críticas aos poucos autores portugueses que, no século anterior, haviam fundamentado revoluções. Ainda que, como se diz, elas sejam

²⁵ HOMEM, Martinho de Mendonça de Pina e Proença, *Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre...Cit.*, pp. 339 a 342.

²⁶ HOMEM, Martinho de Mendonça de Pina e Proença, *Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre...Cit.*, pp. 342 a 344.

necessárias e inevitáveis. Considera mesmo o entendimento daqueles autores deplorável:

“Os noffos Jurifconfultos Portuguezes do feculo paffado fe acharão na deploravel occafião de entender que era conveniente feguir femelhantes doutrinas para defenderem revoluções neceffarias, e inevitaveis; e affim he precifo pôr algum cuidado em perfuadir a doutrina contraria, que com o exemplo enfinaraõ os Apoftolos, e todos os Chriftãos dos primeiros féculos, [...] He muito neceffario combater fempre os perigofof fofifmas da rebeldia, com que efta, debaixo do pretexto de livrar da violencia, e injuftiça de hum tyranno, conftitue tantos, quantos podem fer as cabeças de uma fublevação fediciofa, a quem não faltaraõ fó a defeza da opreffão, e a repulfa da violencia, pretextando o bem publico para a fua fombra introduzir huma univerfal defordem”²⁷.

Defende, por fim, neste domínio, qual fosse a posição devida que a um súbdito caberia seguir na relação com o soberano. Uma relação que se deveria fundar na obediência e na fidelidade total, sem se questionar, por um momento que fosse o governo do superior. E isto sob pena de se cair, como inevitável consequência da desobediência, na desordem e na anarquia. A segurança é o valor ao qual, sem hesitar, Martinho de Mendonça presta reverência suprema.

“Quanto ao fundamentos da obediencia paffiva dos fubditos, não foraõ taõ evidentes e juftificados, o intereffe proprio, focego, quietação e felicidade de qualquer particular, devia obrigallo a que feguiffe fempre o caminho menos arrifcado, e mais feguro, o qual he o da obediencia aos fuperiores. Se a cabeça fuprema da fociidade civil podeffe fer coa tivamente obrigada a juftificarfe com as partes do corpo da Republica, ou eftas com algum pretexto pôdem ifentarfe da fus obediencia, ficariaõ, os fúbditos fendo juizes do fuperior, que os deveria julgar; he por huma gradação neceffaria nefta falfa hypothefi, chegaria a fer cada particular arbitro fupremo das Leys, e fe feguiriaõ todos os inconvenientes, que fe procuraõ evitar introduzindo o governo politico; e as mal applicadas regras do bem commum, produziráõ mais univerfal e perniciofo damno”²⁸.

Para terminar o seu livro, Martinho de Mendonça sugere, com um franco pedagogismo que marca toda a obra no domínio da educação dos meninos nobres, a tradução para português – era muito pouco comum – das obras jurídicas

²⁷ *Ibidem* – p. 350.

²⁸ *Ibidem* – pp. 350 a 352.

mais relevantes, assim como da legislação extravagante mais utilizada no país. Refere também, numa curiosa antecipação de quatro décadas, o conteúdo de vastas reformas do ensino do Direito, que teriam lugar apenas na década de setenta do século da *Ilustração*, em pleno auge da governação de Sebastião José de Carvalho e Melo. O conhecimento do *jurídico* constituía, assim, para Martinho de Mendonça, um dos elementos mais importantes da educação de um jovem do seu tempo:

“Seria obra digna de algum Jurifconsulto zeloso do bem commum, e escrever com boa ordem, em língua vulgar em que recopilasse ad Ordenações, Efravagantes, e Regimentos, efcollendo os mais importantes, e de mais frequente ufo; declarando o officio, e obrigações do Magiftrados, e diftinção das jurifdicções; os direitos Reaes, a ordem do juízo; os contratos, as ultimas vontades; as fucffões, e as penas dos delictos; não fômente os Magiftrados, a que toca a admniftração da justiça, e fazer obfervar as Leys, de cujo conhecimento fundamental neceffitaõ, devem ter noticia do direito patrio, e Leys do Reino: mas todos os que nas fuas acções fe devem conformar com ellas, obfervando-as, e muito mais hum moço nobre, que fem alguma luz da jurifprudencia, não pôde com acerto com acerto exercitar os poftos da Republica defde Vereador até Confelheiro; e affim deve procurar o Mefre inftruir ao Difcipulo em hum taõ importante conhecimento, e que pôde dar a mayor luz a lição dos fragmentos das antigas Leys, e Jurifconsultos Romanos, que conferva o Digesto, e que ferá agradavel a quem já eftá inftruido na Hiftoria de Roma, em cujas Leys fe admirão os naturaes princípios da equidade, e justiça. A quan affim for educado e enfinado, não lhe faltará, para fer Vaffallo util ao publico, e em tudo Vaffallo perfeito, mais que alguma noticia da Theologia, e Direito Divino, que pôde tirar das mais puras fontes da Efcritura Sagrada, e Santos Padres, em cuja lição achará, não fó documentos infinitamente importantes para a falvação; mas também quanta fuavidade, profundidade e mageftade, não pôde confequir nenhum Efcritor profano”²⁹.

Segundo António Braz Teixeira, Martinho de Mendonça foi o primeiro dos autores nacionais a defender, na obra que comentámos, uma perspectiva contratualista da origem da sociedade e do poder, bem como uma concepção jusnaturalista diversa da de teor aristotélico e escolástico. E isto sem proscrever uma visão jusdivinista do *Direito Natural* e de atribuir uma feição histórico-empírica ao seu contratualismo, numa visão que, se por um lado não pressupõe uma qualquer ruptura com a tradição anterior, por outro se distingue com am-

²⁹ *Ibidem* – pp. 358 e seguintes.

plitude não desprezível do Jusracionalismo de Hobbes ou de Locke, intemporal e antropológico, que definiu a jusfilosofia moderna e da qual, alguns anos depois, a reflexão de Verney tanto se aproximará como antes referimos³⁰.

Iniciava-se, entre nós, a adesão plena às ideias filosóficas do século. Desde logo com importantes reminiscências no plano jusfilosófico. Facto que nos parece, com Martinho de Mendonça Pina e Proença, de todo patente ainda que tal abertura se possa considerar, entre nós, muito incipiente na década de 30 do século XVIII. Pensamos encontrar em Martinho de Mendonça uma necessidade de se integrar, em plenitude, na sociedade aristocrata-clerical, que predominava no seu tempo, sem quaisquer reticências. Pode dizer-se mesmo que, Martinho de Mendonça constituía um tipo social bastante interessante e, quiçá, não tão pouco vulgar na sociedade do seu tempo: a de um filósofo católico, eivado das *luzes* do século que adquirira nas suas viagens, mas que procurou, sobretudo, encontrar um meio-termo entre as duas realidades que conhecia: a portuguesa de que nunca tinha deixado de fazer parte e a da restante Europa, que tanto influenciava vários dos conceitos que verteu nos *Apontamentos para a Educação de um Menino Nobre*.

E isto, por dois motivos principais.

Em primeiro lugar, porque sendo ele, como demos nota, um conservador, não deixou de trazer para a sua pátria as principais novas filosóficas que adquirira na Europa: o que fez, sobretudo, no importante domínio pedagógico.

Em segundo lugar, porque se percebe que esta ruptura era privilegiada pelo próprio Estado que a promoveu pelo menos desde o reinado do Rei D. João V.

³⁰ TEIXEIRA, António Braz, *Filosofia jurídica*, in “História do Pensamento Filosófico Português”, direcção de Pedro Calafate, Lisboa, Círculo de Leitores, p. 69, *in fine*.

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: UMA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL (?)

Cláudia Sofia Melo Figueiras

Docente na Universidade do Minho e no Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

1. Nota Introdutória

O presente texto apresenta como tema os «Meios alternativos de resolução de litígios em matéria tributária: uma exigência constitucional (?)» e tem por base a nossa comunicação na III Edição do Congresso Direito na Lusofonia, subordinado ao tema «Diálogos Constitucionais no Espaço Lusófono» a realizar nos dias 19 e 20 de maio de 2016, na Escola de Direito da Universidade do Minho, em Braga.

Com este singelo trabalho pretende-se aferir da exigência constitucional, do ponto de vista do Direito Fundamental de acesso ao Direito e aos Tribunais, da consagração de meios alternativos de resolução de litígios, em especial, em matéria tributária. Tendo em atenção o objetivo proposto, vai dividir-se o presente texto em duas partes fundamentais. Uma primeira parte que toma a designação de «Meios alternativos de resolução de litígios (MARL): significado da expressão adotada», em que se faz uma breve análise da expressão «meios alternativos de resolução de litígios» e dos conceitos de arbitragem, mediação e conciliação. Uma segunda parte, coração do presente trabalho, que se intitula «O Direito Fundamental de acesso ao Direito e aos Tribunais: a consagração de MARL em matéria tributária e da sua exigência constitucional (?)» em que pretende aferir, à luz, em especial, do artigo 20.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), da exigência constitucional da consagração de meios alternativos de resolução de litígios em matéria tributária.

2. Meios alternativos de resolução de litígios (MARL): significado da expressão adotada

Interessa-nos, num primeiro momento, delimitar, para efeitos do presente trabalho, o significado da expressão «meios alternativos de resolução de litígios». A expressão, MARL, (*Alternative Dispute Resolution*) nasceu, em 1976, nos E.U.A¹. No nosso ordenamento jurídico o *big-bang* dos *Alternative Dispute Resolution (ADR)* é um pouco mais recente. Mariana Gouveia² divide o movimento dos MARL em quatro momentos principais. Um primeiro momento, em que houve lugar à criação de centros de arbitragem em matéria de consumo, sendo que um dos primeiros centros criado foi o de Lisboa, em 1989; um segundo momento, em que se verificou a criação e o desenvolvimento dos Julgados de Paz; um terceiro momento, em que se apostou nos sistemas de mediação; e, finalmente, um quarto momento, em que se verificou a aprovação da nova lei de arbitragem (2011) e da lei da mediação (2013).

Em termos muito gerais, pode dizer-se que os MARL são formas de resolução de litígios alternativas ao sistema tradicional, ou seja, ao sistema judicial. Em suma, como refere Maria Oliveira³, os MARL podem definir-se como qualquer meio que permite a resolução de um litígio sem o recurso ao sistema de justiça tradicional, mediante a intervenção de um terceiro, imparcial, estranho ao litígio, cujo papel e grau de intervenção, na produção do resultado final, difere em função do meio de resolução de litígio adotado pelas partes. Nesta definição cabem, como MARL, a mediação, a conciliação e a arbitragem⁴.

¹ Pode, de facto, dizer-se que o *Big-Bang* dos meios alternativos de resolução de litígios se deu em 1976 com a realização nos E.U.A, da *Pound Conference*, subordinada ao tema *Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, no âmbito da qual discursou FRANK SANDER, com o tema *Varieties of Dispute Processing*, tendo alertado para o facto de que apenas alguns litígios seriam resolvidos de forma eficiente pelos sistemas de justiça tradicional e propondo, nesta medida, o acolhimento de outros meios de resolução de litígios como a arbitragem, a mediação e a conciliação. Veja-se, entre outros, BARRETT, Jerome; BARRETT, Joseph, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, San Francisco, Jossey-Bass, 2004; MENKEL-MEADOW, Carrie “Roots and Inspirations - A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution”, in *The Handbook of Dispute Resolution*, Michael Moffitt and Robert Bordone (org.), San Francisco, Jossey-Bass, 2005, pp. 13 a 32.

² GOUVEIA, Mariana, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Coimbra, Almedina, 2014, cit. pp. 34 e 35.

³ OLIVEIRA, Maria, “Mediação E Arbitragem No Roteiro Da “Boa Administração”” in *Mais Justiça Administrativa E Fiscal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp.. 59 a 73, (em especial, cit. p. 63).

⁴ Atualmente, já não é, porém, muito consensual que a arbitragem se reconduza a um meio alternativo de resolução de litígios. Isto porque se tem vindo a entender que a arbitragem é, tal como o meio tradicional, um verdadeiro processo de litigação, exercendo os árbitros uma verdadeira

Ainda que a utilização da expressão MARL esteja enraizada no vocabulário jurídico, a verdade é que tem sido, cada vez mais, criticada e afastada, por alguma doutrina, a utilização do vocábulo alternativo(a) como forma de referência à arbitragem, à mediação e à conciliação. De facto, são vários os autores que têm vindo a substituir aquela expressão por outras, nomeadamente pelas expressões meios complementares, ou meios adequados de resolução de litígios. Em boa verdade, e apesar de utilizarmos a expressão meios alternativos, porque esta se encontra, efetivamente, enraizada no nosso ordenamento jurídico e em vários outros ordenamentos jurídicos, partilhamos do entendimento de Cátia Cebola⁵, quando refere que apenas poderemos classificar adequadamente cada um destes instrumentos de resolução de litígios quando o Estado tiver definido a sua disciplina normativa. Sem tal definição, cremos ser muito vaga qualquer classificação que quanto a este respeito se possa fazer. Em todo o caso, e independentemente da posição que se parta, o termo alternativo nunca poderá ser utilizado com o intuito de diminuir, ou desprestigiar os MARL – como a arbitragem, a mediação e a conciliação – em comparação com os Tribunais Estaduais, ou seja, com o sistema de justiça tradicional. De facto, aqueles meios de resolução de litígios são tão dignos quanto a forma tradicional de resolução de litígios.

2.1. Em especial: da noção de arbitragem, de mediação e de conciliação em matéria tributária

Elucidado o sentido que comporta a expressão MARL, deve-se, agora, definir, em termos gerais, cada um dos meios de resolução de litígios que esta noção integra.

Quanto à arbitragem, pode dizer-se que esta se apresenta como um meio de resolução de litígios, voluntário e verdadeiramente alternativo aos meios tradicionais de resolução de litígios, em particular, os Tribunais do Estado. Neste sentido, constitui um meio extrajudicial de resolução de litígios que requer a intervenção de um terceiro imparcial, isto é, de um juiz árbitro, para solucionar o litígio. A decisão arbitral, por força da lei, produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelo juiz tradicional, pelo que tem força de caso julgado.

Em relação ao conceito de mediação e de conciliação, existe uma grande confusão terminológica, pois nem sempre é fácil distinguir ambos os concei-

função jurisdicional. Neste sentido, entre outros, veja-se REIS, João, *Representação Forense E Arbitragem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 123. No nosso texto, acolhemos, contudo, a arbitragem como um verdadeiro MARL, visto que tradicionalmente e originariamente o conceito de arbitragem andou desde sempre associado àquela expressão.

⁵ CEBOLA, Cátia, *La Mediación*, Madrid, Marcial Pons, 2013, cit. pp. 58 e 59.

tos. Com efeito, alguns autores adotam um conceito de mediação que outros autores adotam para definir a conciliação e vice-versa. Existe, na verdade, um variado conjunto de critérios que a doutrina utiliza no sentido de proceder à delimitação daqueles conceitos. No entanto, não existe um critério único que nos permita estabelecer uma delimitação conceitual rigorosa de ambos os conceitos. Alguma doutrina assenta a distinção ente mediação e conciliação no poder de intervenção do terceiro mediador ou conciliador. Para alguns autores, o mediador tem um poder de intervenção mais amplo do que o conciliador, podendo, inclusivamente, fazer propostas de acordo⁶. Para outros autores, porém, é na conciliação que o terceiro tem um poder de intervenção mais amplo, podendo formular propostas de acordo⁷. Uma outra parte da doutrina assenta a distinção entre mediação e conciliação na natureza mais processual da conciliação⁸. Ou seja, de acordo com esta doutrina, a conciliação anda, normalmente, associada ao processo jurisdicional, seja ele o tradicional, seja ele o arbitral. Ora, é, precisamente, esta doutrina que merece o nosso apoio. De facto, entende-se que a mediação e a conciliação são dois meios de resolução de litígios muito próximos, em que o mediador e conciliador podem socorrer-se das mesmas técnicas visando a obtenção de um acordo entre as partes, mas que se distinguem pelo facto de o conciliador ser, normalmente, o juiz ou o árbitro da causa.

3. O Direito Fundamental de acesso ao Direito e aos Tribunais: a consagração de MARL em matéria tributária e da sua exigência constitucional (?)

O Direito Fundamental de acesso ao Direito e aos Tribunais está consagrado no artigo 20.º da CRP. De acordo com o artigo 20.º, n.º 1, da CRP “[a] todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos

⁶ Neste sentido, entre outros, veja-se FRADE, Catarina, *A Resolução Alternativa de Litígios E O Acesso À Justiça: A Mediação Do Sobreendividamento*, in “Revista Crítica de Ciências Sociais”, n.º 65, 2003, pp. 107 a 128, em especial p. 110) e DEL PALMA TESO, Ángeles, “Las Técnicas Convencionales En Los Procedimientos Administrativos”, in *Alternativas Convencionales En El Derecho Tributario: XX Jornada Anual de Estudio de La Fundación «A. Lancuentra»*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 15 a 47, em especial, pp. 38.

⁷ VARGAS, Lúcia, *Julgados de Paz E Mediação - Uma Nova Face Da Justiça*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 54 e CASTILHO, Ricardo, “Mediação E Conciliação E a Efetividade Dos Direitos Fundamentais”, in *La Solución Extrajudicial de Conflictos (ADR) - Estudios Para La Formación En Técnicas Negociadoras*, Patricia Blanco Díez (org.), Navarra, Aranzadi, 2011), pp. 37 a 44, em especial p. 43).

⁸ Neste sentido, veja-se GOUVEIA, Mariana, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios...Cit.,p. 23 e CEBOLA, Cátia, La Mediación...Cit., p. 165.*

e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. Dada a importância que este Direito Fundamental assume na construção de um Estado de Direito Democrático, conforme previsto no artigo 2.º, da CRP, o seu teor fundamental vem reafirmado para a justiça administrativa e tributária no artigo 268.º, n.º 4, da CRP, no qual se pode ler que “[é] garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas”.

Tem-se afirmado que o Direito Fundamental de acesso ao Direito e aos Tribunais comporta duas dimensões fundamentais, nomeadamente o Direito de acesso ao Direito e o Direito de acesso aos Tribunais. Aferir da exigência constitucional da utilização de meios alternativos de resolução de litígios em matéria tributária, implica que se tenha em atenção estas duas dimensões daquele Direito Fundamental.

A primeira dimensão deste Direito Fundamental, ou seja, o acesso ao Direito, inclui todas as vias de acesso, ou de exercício prático do Direito, que não sejam jurisdicionais. Julgamos que o artigo 20.º, da CRP, não pode ser interpretado como consagrando um Estado totalmente Judiciário, ou seja, como um Estado em que o Direito se realiza apenas através do acesso aos Tribunais. De facto, o acesso ao Direito vai bem mais longe do que isso. A garantia de acesso ao Direito pode e deve realizar-se de diversas formas.

É do nosso entendimento, dada a pluralidade de meios que, hoje, permitem o acesso ao Direito, que se deve fazer uma interpretação atualista desta dimensão do Direito Fundamental de acesso ao Direito e aos Tribunais. Com base nessa interpretação atualista, cabem, naturalmente, no conteúdo material do acesso ao Direito, todos os instrumentos de resolução de litígios que não impliquem, necessariamente, uma decisão jurisdicional no âmbito de um Tribunal, tais como a mediação e a conciliação. Na verdade, tanto a mediação, como a conciliação asseguram a realização da justiça e do Direito, mas sem a necessidade do recurso à decisão jurisdicional no âmbito de um Tribunal, incorporando e assegurando, assim, a realização desta dimensão fundamental do Direito Fundamental de acesso ao Direito e aos Tribunais. Assim, pode, em nosso entendimento, afirmar-se que de uma interpretação atualista da dimensão do acesso ao Direito deste Direito Fundamental decorre a exigência constitucional da consagração de meios de resolução de litígios como a mediação e a conciliação, nomeadamente em matéria tributária, pois eles garantem a sua realização. De facto, tais instrumentos de resolução de litígios podem, no âmbito de matérias em que a consensualização entre a Administração Tributária e o sujeito passivo

seja possível, ser meios mais adequados à resolução do litígio que os opõe, do que o recurso aos Tribunais, o qual é sempre mais moroso e desgastante, económica e psicologicamente, para as partes. A utilização destes meios de resolução de litígios pode, inclusivamente, prevenir a existência futura de litígios, na medida em que contribui para uma maior aproximação das partes, neste caso, da Administração Tributária e do sujeito passivo.

Na essência fundamental da dimensão do Direito de acesso aos Tribunais reside uma ideia de proteção através de um *due process* que tem consagração, além da nossa Constituição, no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e no artigo 47.º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Dizem-nos José Canotilho/Vital Moreira que o Direito de acesso aos Tribunais comporta quatro subdireitos ou dimensões garantísticas, a saber «(1) o *direito de acção* ou acesso aos tribunais; (2) o *direito ao processo* perante os tribunais; (3) o *direito à decisão* da causa pelos tribunais; (4) o *direito à execução* das decisões dos tribunais»⁹. O direito de acesso aos Tribunais para poder assegurar a realização destes subdireitos deve ser um direito efetivo. Essa efetividade está estreitamente ligada ao direito à decisão da causa em prazo razoável, o que pressupõe, naturalmente, um processo temporalmente adequado e, nesse sentido, a resolução dos litígios num prazo efetivamente célere.

Os Tribunais arbitrais proporcionam, de forma direta e indireta, uma justiça, em regra, mais célere. De facto, normalmente, os Tribunais arbitrais asseguram um processo mais rápido do que os Tribunais estaduais. Além disso, os Tribunais arbitrais, existindo, permitem a redução do número de pendências judiciais, porquanto acolhem um grande número de ações que, não existindo a justiça alternativa, teriam forçosamente de ser recebidas pelos Tribunais Estaduais Tributários, aumentando o número de processos pendentes e, conseqüentemente, diminuindo as hipóteses de uma resolução mais célere do litígio. Assim, os Tribunais arbitrais incorporam o Direito de acesso aos Tribunais¹⁰, assegurando, nesta medida, a realização desta dimensão do Direito Fundamental de acesso ao Direito e aos Tribunais. Pode, assim, concluir-se que, tal como a mediação e

⁹ CANOTILHO, José; MOREIRA, Vital, *Constituição Da República Portuguesa Anotada - Volume I*, 4.ª, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, cit. p. 414.

¹⁰ Neste sentido, referem JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, em anotação ao artigo 20.º, da CRP, que o conceito de Tribunais, adotado por aquele artigo, não se refere apenas aos Tribunais judiciais, pois tutela jurisdicional não significa o mesmo que tutela judicial (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I*, 2.ª, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, cit. p. 433). Veja-se, também, MEDEIROS, Rui, “Arbitragem Necessária E Constituição”, in *Estudos Em Memória Do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, págs. 1301 a 1330, em especial, pp. 1318 e 1319. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, veja-se o acórdão n.º 250/96, processo n.º 194/92, de 29/02/1996, disponível em www.tribunal-constitucional.pt, no qual se entendeu que “o tribunal arbitral, como tribunal que é, faz parte da própria garantia de acesso ao direito e aos tribunais”.

a conciliação, também a consagração da arbitragem pode encarar-se como uma verdadeira exigência constitucional.

Em suma, admitir que a justiça tributária é enformado pelo Direito Fundamental de acesso ao Direito e aos Tribunais implica que esta consagre uma tutela plena, efetiva e em tempo útil¹¹. Assim será se tivermos Tribunais independentes – sejam estaduais, sejam não estaduais – um contencioso de plena jurisdição, uma útil e efetiva aplicação das sentenças, celeridade, a possibilidade da sindicabilidade das decisões da Administração Tributária e alguma simplificação processual. Mas não só! A justiça tributária será enformada pelo Direito Fundamental de acesso ao Direito e aos Tribunais se permitir, igualmente, no âmbito de matérias em que a consensualização seja admissível, uma célere consensualização dos litígios, através de instrumentos de resolução de litígios como a mediação e a conciliação, os quais podem, inclusivamente, contribuir, para a prevenção de litígios.

A arbitragem é já uma realidade no nosso ordenamento jurídico-tributário. De facto, foi implementada pelo decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro. De acordo com o preâmbulo do referido decreto-lei, com a criação de um regime de arbitragem em matéria tributária, o legislador visou, essencialmente, três principais objetivos: i) imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a Administração Tributária ao sujeito passivo; ii) reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais; e, finalmente, iii) reforçar o Direito Fundamental de acesso ao Direito e aos Tribunais. Da análise destes três principais objetivos do regime pode-se inferir, desde logo, que o nosso legislador teve consciência da exigência constitucional da consagração da arbitragem em matéria tributária. É preciso que acorde, igualmente, para a exigência constitucional da consagração de outros meios, como a mediação e a conciliação que podem, de facto, contribuir para uma mais adequada resolução de litígios em determinadas matérias e, até, para a prevenção da litigiosidade. Repare-se, contudo, que apesar da exigência constitucional da consagração de meios alternativos de resolução de litígios em matéria tributária, tal não significa que estes possam substituir os Tribunais do Estado. De facto, nem todos os litígios podem ser subtraídos à jurisdição pública, nem o Estado pode deixar de assegurar a realização da justiça, através dos Tribunais e do *ius puniendi* dos juízes que os integram.

¹¹ SILVA, André, *Princípios Estruturantes Do Contencioso Tributário*, Amadora, Dislivro, 2008, cit. pp. 67 e 68.

O ART. 62.º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA - DO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA E DAS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE DISPOSIÇÃO *MORTIS CAUSA* ¹

Cristina Dias

Professora Auxiliar com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Notas introdutórias

Nos 40 anos da Constituição da República Portuguesa (CRP), com uma realidade sociofamiliar distinta da existente na altura da sua entrada em vigor, pareceu-nos interessante olhar para alguns dos direitos fundamentais nela consagrados que tivessem alguma ligação ao Direito da Família e das Sucessões. Inevitavelmente seria de referir o art. 36.º da CRP e os vários direitos aí previstos, sendo de destacar o direito de constituir família, o que nos levaria a abordar a consagração constitucional de novas formas de família. Todavia, optamos por dedicar este trabalho ao direito de propriedade privada reconhecido constitucionalmente no art. 62.º da CRP, por duas ordens de razão: por um lado, por nos termos já pronunciado noutros textos sobre o conteúdo do art. 36.º; por outro lado, por o direito de propriedade privada conhecer restrições no domínio da sucessão *mortis causa*, matéria que, no âmbito do Direito das Sucessões, temos algum interesse em aprofundar. Como preceitua o art. 62.º da CRP, a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por

¹ Por vontade da Autora o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

morte, nos termos da Constituição. No domínio da sucessão por morte, a realização de um testamento ou de um pacto sucessório para disposição dos bens encontra o seu fundamento no princípio da autonomia privada e da liberdade de disposição, que o art. 62.º da CRP inclui no direito de propriedade do titular. Esta liberdade de disposição, constitucionalmente consagrada, implica que o seu titular não possa ser impedido de transmitir a propriedade dos bens, mas não obsta à limitação, por via legal, do direito de transmissão, em especial, *mortis causa*. Analisaremos, nesta perspetiva, por um lado, o âmbito do direito de propriedade privada, consagrado no n.º 1 do art. 62.º da CRP, e, por outro lado, relacionado com os limites a tal direito, as limitações impostas à liberdade de disposição testamentária e contratual (nos casos admitidos na lei) pela sucessão legítima.

2. O art. 62.º da Constituição da República Portuguesa - do direito de propriedade privada

A todos é garantido, nos termos do n.º 2 do art. 62.º da CRP, como direito fundamental, o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição, consagrando, assim, uma garantia constitucional da propriedade privada. O direito de propriedade inclui-se nos direitos económicos, sociais e culturais, não fazendo parte do elenco dos direitos, liberdades e garantias, ainda que de natureza análoga a estes (gozando, assim, do respetivo regime).² Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito de propriedade é garantido “*nos termos da Constituição*”. “A fórmula parece supérflua, mas não é: trata-se de sublinhar que o direito de propriedade não é garantido em termos absolutos, mas sim dentro dos limites e com as restrições previstas e definidas noutros lugares da Constituição” e na lei³. Quanto ao âmbito ou conteúdo do direito de propriedade podemos destacar, no entendimento dos autores referidos, quatro componentes, ou seja, a liberdade de adquirir bens (i); a liberdade de usar e fruir dos bens de que se é proprietário (ii); a liberdade de os transmitir (iii); e o direito de não ser privado deles (iv)⁴. Jorge Miranda e

² Ver. GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 800 e 802, e MIRANDA, Jorge,/MEDEIROS, Rui *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 1242.

³ GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*,... Cit., p. 801. V. também QUEIROZ, Cristina, *Direitos fundamentais - Teoria Geral*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, pp. 247 e seguintes.

⁴ GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada* Vital...Cit. p.802.

Rui Medeiros indicam apenas três componentes que acabam, todavia, por coincidir com as anteriores: o direito de aceder à propriedade (i); o direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade (ii); e o direito de transmissão da propriedade *inter vivos* ou *mortis causa*⁵.

Assim, o direito de propriedade traduz-se, em primeiro lugar, na liberdade de adquirir bens, no direito de não ser impedido de adquirir. Tal não significa, porém, que não possam existir bens insuscetíveis de apropriação. Como referem Jorge Miranda e Rui Medeiros, citando o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 496/08, de 9 de outubro, “ao “garantir” a existência da propriedade, a Constituição protege antes do mais a faculdade que têm os particulares de aceder a bens susceptíveis de apropriação”⁶. É verdade que a CRP não menciona expressamente neste art. 62.º a liberdade de uso e fruição dos bens de que se é proprietário, como uma das vertentes do direito de propriedade, discutindo-se em que medida tais direitos se incluem efetivamente no direito fundamental de propriedade. O problema é o de saber se a utilização e fruição de bens estão ou não abrangidas no âmbito da proteção constitucional da propriedade⁷. O conteúdo do direito de propriedade compreende também o direito de não ser dele privado (arbitrariamente). Na verdade, a proteção constitucional não é absoluta, garantindo-se apenas “um direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade e de ser indemnizado no caso de desapropriação”⁸. Aliás, o próprio art. 62.º, no seu n.º 2, prevê a requisição e a expropriação por utilidade pública. Por último, e como mais relevante no âmbito deste estudo, o direito fundamental de propriedade garante ainda a liberdade de transmissão *inter vivos* e *mortis causa*.

⁵ MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui *Constituição Portuguesa Anotada...Cit.*, p. 1247, citando o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 148/05.

⁶ MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui *Constituição Portuguesa Anotada...Cit.*, p.1247.

⁷ Considerando que tais direitos não devem incluir-se no âmbito do direito de propriedade v., ALEXANDRINO, José de Melo, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2006, p. 673. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada...Cit.*, pp. 1249 e seguintes, GOMES CANOTILHO, J/VITAL, Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada...Cit.*, p. 804, incluem na proteção constitucional da propriedade o uso e fruição dos bens, já que “se a protecção constitucional da propriedade é justificada pela sua conexão com a liberdade, a sua tutela há-de postular que seja conferido ao proprietário um conjunto de poderes e faculdades que aumentem as suas possibilidades de acção, incluindo o seu aproveitamento ou utilização privada” (MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, cit., p. 1249). O facto de se incluir no âmbito do direito fundamental de propriedade aqueles direitos não obsta a que a lei possa estabelecer restrições a tal direito fundamental, que se traduzirão em proibições de uso ou de aproveitamento do bem. Neste contexto, a doutrina tem discutido a questão de saber se o direito de construir (*ius aedificandi*) integra o conteúdo do direito constitucional de propriedade dos solos. Sobre esta questão, v. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada...Cit.*, pp. 1250-1252.

⁸ GOMES CANOTILHO, J/ VITAL, Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada...Cit.*, p.805

Significa isto que o titular dos bens não pode ser impedido de os transmitir, seja por via contratual, em geral, seja por via testamentária, apenas no caso de disposições por morte. Mas esta liberdade de transmissão tem limitações, não implicando que o legislador não possa restringir essa liberdade⁹. Aliás, e em termos gerais, a garantia constitucional da propriedade privada não consagra este direito em termos absolutos, mas apenas em termos relativos (nos termos da Constituição), encontrando limites ou restrições definidos pelo legislador. Qualquer direito constitucionalmente protegido pode restringir-se até para efeitos de compatibilização com outros direitos. A utilização irrestrita dos direitos de cada um acabaria por comprometer a vida em sociedade. Portanto, e como acabámos de referir, é possível a lei determinar restrições ao direito de propriedade nas suas várias vertentes e, em particular, à liberdade de transmissão *mortis causa*. Todavia, estas restrições estão sujeitas aos limites das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, atendendo ao carácter análogo do direito de propriedade, como também já mencionámos, podendo considerar-se injustificadas por violação “dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade”¹⁰. Não pretendendo chegar tão longe, não podemos deixar de afirmar que as atuais limitações à liberdade de transmissão *mortis causa*, seja por testamento ou pacto sucessório, impostas essencialmente pela existência da sucessão legitimária, não se coadunam com a realidade sociofamiliar da nossa sociedade. Procuraremos, assim, verificar quais as restrições impostas por lei à disposição dos bens por testamento ou pacto sucessório¹¹.

⁹ Como escrevem GOMES CANOTILHO, J./VITAL, Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada...* Cit., p.804, o direito de transmissão da propriedade deve ser entendido “no sentido restrito de direito de não ser impedido de a transmitir; mas não no sentido genérico de liberdade de transmissão, a qual pode ser mais ou menos profundamente limitada por via legal, quer quanto à transmissão *inter vivos* (...), quer quanto à transmissão *mortis causa* (limites à liberdade de disposição testamentária, desde logo, a sucessão legitimária)”.

¹⁰ GOMES CANOTILHO, J/ VITAL, Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada...* Cit.,p.803

¹¹ Não nos pronunciaremos sobre questões fiscais que, de forma indireta, implicam também algumas limitações à liberdade de disposição. Será apenas de mencionar que a aquisição de bens por doação ou herança está sujeita ao Imposto do Selo, à taxa de 10%. Esta taxa aplica-se ao valor de mercado dos bens ou, no caso dos imóveis, ao seu valor patrimonial tributário, o qual consta da caderneta predial urbana. No entanto, se a pessoa que receber bens por doação ou herança for cônjuge, unido de facto, descendente ou ascendente do doador ou do falecido, não está sujeito a este imposto.

3. Das restrições à liberdade de disposição *mortis causa*

A sucessão por morte pode ser legal ou voluntária, conforme se baseie na lei ou em negócio jurídico (art. 2026.º), podendo este ser um testamento (sucessão testamentária) ou uma doação por morte (nos casos admitidos por lei – sucessão contratual). Por seu lado, a sucessão legal pode ser legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor (art. 2027.º). A sucessão legitimária é a que se dá em benefício de certos sucessores (herdeiros legitimários), aos quais a lei reserva uma quota da herança (a legítima) que o autor da sucessão não pode dispor (arts. 2156.º e segs.). Não havendo herdeiros legitimários ou, havendo-os, nos limites da quota disponível, o autor da sucessão pode dispor livremente por testamento ou contrato (nos casos em que a lei admite as doações por morte – arts. 2028.º e 1700.º e segs.). Caso não disponha de todos ou de parte dos seus bens, abre-se a sucessão legítima, nos termos e segundo a ordem do art. 2133.º. A sucessão testamentária e a sucessão contratual encontram o seu fundamento no princípio da autonomia privada e da liberdade de disposição (que o art. 62.º da CRP inclui no direito de propriedade do titular). É evidente que, como veremos, sendo muito limitado o campo de admissibilidade dos pactos sucessórios, a sucessão testamentária representa a principal forma pela qual se manifesta a liberdade do autor da sucessão de dispor dos seus bens. O proprietário dos bens tem liberdade de dispor dos mesmos, tanto a título oneroso como gratuito (e, neste caso, quer entre vivos quer *mortis causa*). É no domínio dos atos de disposição a título gratuito *mortis causa* que o testamento desempenha a sua função. Repare-se que entre a sucessão testamentária e a legitimária há uma estreita ligação, dado que se limitam reciprocamente. De facto, o autor da sucessão pode dispor do seu património por morte com plena liberdade, por testamento, mas não pode afetar a quota que a lei reserva aos herdeiros legitimários¹². Vigorando entre nós o princípio da autonomia privada e da liberdade de disposição e o reconhecimento da propriedade privada, e que são reconhecidos no fenómeno sucessório, tem tradução no nosso ordenamento jurídico o sistema capitalista ou individualista, e mais marcadamente na sucessão testamentária e na liberdade de testar. Mas este sistema articula-se com o sistema familiar, traduzido essencialmente no instituto da sucessão legitimária. De facto, o autor da sucessão tem plena liberdade de testar e de deixar os seus bens a quem quiser, sejam ou não seus familiares. Mas não pode afetar a quota indisponível reservada por lei aos herdeiros legitimários, sob pena de redução por inoficiosidade das liberalidades em vida ou por morte que o autor da sucessão tenha feito que ofendam tal legítima.

¹² Aqui residirá a tensão existente no nosso ordenamento jurídico sucessório entre o sistema capitalista ou individual e o sistema familiar, entre a proteção da família e a liberdade de testar.

a) Da sucessão testamentária – considerações em torno do testamento

A sucessão voluntária pode ser contratual ou testamentária. A sucessão testamentária incidirá, havendo herdeiros legitimários, sobre a quota disponível do autor da sucessão ou, caso não existam herdeiros legitimários, sobre toda a herança¹³. Tem por base um testamento, definido no art. 2179.º, n.º 1, do Código Civil¹⁴, como o ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles. Assim, e seguindo R. Capelo de Sousa, as características que a lei aponta ao testamento e que o distinguem das doações mortis causa são, por um lado, o seu carácter unilateral, produzindo os seus efeitos por via de uma só declaração de vontade, e não através de duas ou mais declarações de conteúdos diversos como sucede nas doações *mortis causa*; por outro lado, o carácter revogável do testamento, podendo o testador livremente alterar as disposições testamentárias anteriormente feitas, e estando até impedido de renunciar à faculdade de o revogar (v., art. 2311.º)¹⁵. Da noção prevista no art. 2179.º, n.º 1, resulta que o testamento é um ato de disposição de bens. Porém, e apesar de esse ser o seu conteúdo típico¹⁶, não parece correto caracterizar o testamento apenas pela referência à disposição de bens, podendo dizer-se que o testamento tem também um conteúdo atípico e diverso. De facto, e como resulta do n.º 2 do mesmo art. 2179.º, pode o testador utilizar o testamento para fazer disposições de carácter não patrimonial, mesmo que nele não figurem disposições de carácter patrimonial. É o caso das disposições a favor da alma (art. 2224.º), da instituição de fundação (art. 185.º, n.º 1), do destino último do cadáver do testador (art. 3.º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de dezembro)¹⁷ da perfilhação (art. 1853.º, al. b)), da designação do tutor ou revogação da tutela (art. 1928.º, n.º 3)¹⁸. Quanto às características gerais do testamento

¹³ Não deve esquecer-se que a disposição testamentária não pode incidir sobre o objeto de doações *mortis causa*, dado que estas prevalecem sobre as disposições testamentárias anteriores ou posteriores.

¹⁴ Sempre que, a partir de agora, sejam citados artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil.

¹⁵ CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 51 e 52.

¹⁶ V., COELHO, Pereira, *Direito das Sucessões, lições policopiadas ao curso de 1973-1974*, Coimbra, 1992, p. 329, ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil. Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 289-293, e CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões...*Cit., pp. 167 e 202.

¹⁷ O art. 3.º referido no texto manteve-se na sua versão inicial, do Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de dezembro, ainda que o regime jurídico da inumação e transladação de cadáveres tenha sofrido algumas alterações, tendo sido a mais recente introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109/2010, de 14 de outubro.

¹⁸ V., CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões...*Cit., p. 167.

podemos resumi-las da seguinte forma. O testamento é, desde logo, um negócio *mortis causa*, uma vez que só produz os seus efeitos após a morte do testador, podendo este revogá-lo a todo o tempo. Por outro lado, do ponto de vista do herdeiro ou do legatário, só com a morte do testador adquirem um direito subjetivo sobre os bens deixados. O testamento é também um negócio jurídico unilateral não receptício. Resulta do próprio art. 2179.º que o testamento é um ato jurídico e, dentro destes, um negócio jurídico¹⁹. Assim, e no que não estiver previsto nos arts. 2179.º e segs., aplicam-se-lhe os arts. 217.º e segs. Contendo apenas uma declaração de vontade (do testador), o testamento é um ato unilateral, sendo inaplicáveis, assim, as disposições relativas aos contratos (arts. 405.º e segs.)²⁰. É um ato unilateral não receptício, ou seja, para a produção dos seus efeitos a declaração de vontade não tem de ser dirigida e levada ao conhecimento de pessoa determinada²¹. O testamento é um ato pessoal, insuscetível de ser feito por meio de representante ou de ficar dependente do arbítrio de outrem, quer pelo que toca à instituição de herdeiros ou nomeação de legatários, quer pelo que respeita ao objeto da herança ou do legado, quer pelo que pertence ao cumprimento ou não cumprimento das suas disposições (art. 2182.º, n.º 1). Assim, o testamento é o ato mediante o qual se exprime a própria vontade do testador e no qual este exprime integralmente a sua vontade. A regra apresenta, porém, as exceções do n.º 2 do art. 2182.º: o testador pode cometer a terceiro a repartição da herança ou do legado, quando institua ou nomeie uma generalidade de pessoas (al. a)) e a nomeação do legatário de entre pessoas por aquele determinadas (al. b))²² São também exceções as substituições pupilar e quase pupilar, reguladas nos arts. 2297.º e segs. O testamento é também um ato individual, isto é, é o ato de vontade de apenas uma pessoa (não podendo o seu autor ser mais que uma pessoa). Não são, por isso, admitidos os testamentos de mão comum (não podem testar no mesmo ato duas ou mais pessoas, quer em proveito recíproco, quer em favor de terceiro – art. 2181.º). Podem existir testamentos recíprocos (p. ex., entre cônjuges), mas não podem as partes envolvidas testar no mesmo ato uma a favor da outra, tendo de o fazer em atos distintos. As razões apresentadas para esta proibição baseiam-se, por um lado, na preocupação de evitar o ascendente ou a influência de um dos testadores sobre o outro, e, por outro lado, garantir a livre revogabilidade do testamento²³. O testamento é um negócio livremente revogá-

¹⁹ V., ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 9.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, p. 25, e HÖRSTE, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 417-422.

²⁰ CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões...*Cit., p. 168.

²¹ ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica...*Cit., p. 42.

²² Note-se que a disposição feita a favor de pessoa incerta que por algum modo se não possa tornar certa é nula nos termos do art. 2185.º.

²³ COELHO, Pereira, *Direito das Sucessões...*Cit., p. 331, e CAPELO DE SOUSA, R. *Lições de Di-*

vel, como também resulta do art. 2179.º, n.º 1. O testador não pode renunciar à faculdade de revogar, no todo ou em parte, o seu testamento (art. 2311.º, n.º 1), considerando-se como não escrita qualquer cláusula que contrarie a faculdade de revogação (art. 2311.º, n.º 2). É um negócio formal, tendo o testamento de revestir uma das formas previstas na lei (arts. 2204.º e segs.) para ser validamente celebrado. Por fim, o testamento é um negócio “*de orientação subjetivista*”²⁴ ou “*estranho ao comércio jurídico*”²⁵. Como se sabe, para proteção da confiança do destinatário e, reflexamente, dos interesses gerais da contratação, tem predominado uma orientação objetivista, nomeadamente em matéria de interpretação negocial (com o relevo do elemento objetivista na interpretação dos negócios jurídicos), ou da prevalência da declaração negocial sobre a vontade real do declarante²⁶. Ora, no testamento este entendimento não se aplica (porque não há que ponderar entre os interesses do declarante e os interesses do declaratário e os interesses gerais da contratação).

Por isso, na interpretação do testamento²⁷ dá-se prevalência à vontade do testador, prescindindo dos requisitos objetivistas²⁸. O intérprete deve procurar a vontade real do testador, sendo admitida prova complementar (arts. 349.º a 396.º) para a sua aferição, desde que tal vontade tenha no contexto do testamento um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa (art. 2187.º, n.ºs 1 e 2). Isto significa que o intérprete não pode ter apenas em consideração o texto da disposição testamentária a interpretar, mas todas as restantes disposições testamentárias, cuja letra e espírito podem ajudar a esclarecer o texto²⁹. A realização de um testamento é, assim, a tradução da autonomia privada e da liberdade negocial, bem como a concretização do direito fundamental da propriedade privada enquanto direito de transmissão dos bens mortis causa.

*reito das Sucessões...*Cit., p. 169. De notar que há ordenamentos jurídicos que admitem os testamentos de mão comum, como acontece no alemão (v., §§ 2265.º e segs. do BGB – *Gemeinschaftliches Testament*), nomeadamente entre cônjuges (§ 2265.º do BGB).

²⁴ CAPELO DE SOUSA, R. *Lições de Direito das Sucessões...*Cit., p. 171.

²⁵ COELHO, Pereira, *Direito das Sucessões...*Cit., p.334.

²⁶ COELHO, Pereira, *ibidem*, e CAPELO DE SOUSA, R., *ibidem*.

²⁷ Sobre a matéria da interpretação e integração do testamento, v., CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões...*Cit., pp. 196-202.

²⁸ O mesmo se diga quanto às faltas e vícios da vontade no testamento, ou mesmo em matéria de capacidade. De facto, e por exemplo, “*o testamento feito por quem se encontrava incapacitado de entender o sentido da declaração ou não tinha o livre exercício da vontade por qualquer causa, ainda que transitória, é anulável, segundo o art. 2199.º, independentemente das exigências feitas no art. 257.º, que se justificam, precisamente, em ordem à tutela do interesse do declaratário e dos interesses gerais da contratação*”- COELHO, PEREIRA, *Direito das sucessões...*Cit., p. 335.

²⁹ CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões...*Cit., p. 197.

b) Da sucessão contratual – a proibição de pactos sucessórios

Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta (art. 2028.º, n.º 1). Depois da abertura da sucessão (que se dá no momento da morte do de cuius – art. 2031.º), o sucessível pode repudiar a sua herança ou legado (arts. 2062.º e segs. e 2249.º e segs.), e pode também alienar a sua herança ou legado (arts. 2124.º e segs.). Antes de a sucessão se ter aberto é que ninguém pode por contrato renunciar à sucessão. De facto, dispõe o n.º 2 do art. 2028.º que os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do art. 946.º Assim, os pactos sucessórios são, por regra, proibidos e se forem celebrados são nulos (arts. 286.º e 289.º e segs.).

“A razão da proibição, em regra, dos contratos sucessórios entronca fundamentalmente em duas ordens de considerações. Por um lado, pretende-se que o autor da sucessão conserve até ao fim da sua vida a liberdade de disposição por morte dos seus bens. Por outro, quer-se que só após a abertura da sucessão o sucessível exerça a sua faculdade de a aceitar ou repudiar, ou de dispor da mesma, quando aceite, tanto por motivos éticos de respeito pelo autor da sucessão como porque, no interesse do próprio sucessível, só então se estabiliza a designação sucessória, e se define o objecto sucessório, de modo a tornar possível ao sucessível decisões mais esclarecidas”³⁰. Mas a lei admite alguns contratos sucessórios. De acordo com os arts. 1700.º e segs. são admitidos alguns pactos sucessórios nas convenções antenupciais. Aí se prevê a existência de três tipos de contratos sucessórios: 1) a instituição pelos esposados na convenção antenupcial, e por doação *mortis causa*, reciprocamente ou apenas a favor de um deles, como herdeiros ou legatários entre si (arts. 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2); 2) a instituição por uma terceira pessoa, por doação *mortis causa*, a favor de um ou ambos os esposados como seu herdeiro ou legatário (arts. 1700.º, n.º 1, al. a), 1754.º e 1755.º, n.º 2); 3) a instituição por qualquer um dos esposados, ou por ambos, na convenção antenupcial, e por doação *mortis causa*, a favor de terceiro, que seja pessoa certa e determinada e que intervenha como aceitante na convenção antenupcial³¹,

³⁰ CAEPLIO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões...* Cit., p. 48. V. também, FERNANDES, Luís Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2012, pp. 558-560.

³¹ Se a instituição como herdeiro ou legatário for em favor de pessoa indeterminada ou de pessoa certa e determinada mas que não intervenha como aceitante na convenção antenupcial, a disposição é havida com um valor meramente testamentário (art. 1704.º) e, logo, livremente revogável. Há aqui uma conversão legal de tal ato num negócio jurídico unilateral testamentário, não sendo necessária a verificação em cada caso concreto dos requisitos do art. 293.º. V., COELHO, Pereira, *Direito das Sucessões...* Cit., p. 338, e CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões...* Cit., p. 49, e nota 81.

como seu herdeiro ou legatário (arts. 1700.º, n.º 1, al. b), e 1705.º). Como pode constatar-se, a concretização do direito fundamental da propriedade privada enquanto direito de transmissão dos bens *mortis causa* encontra também restrições no domínio da sucessão contratual, não só por força das limitações resultantes da sucessão legitimária, e que referiremos, mas também pelo facto de tais pactos sucessórios serem, por regra, proibidos, coartando a autonomia privada do titular dos bens.

c) Das restrições à liberdade de disposição mortis causa

O autor da sucessão tem plena liberdade de testar e de deixar os seus bens a quem quiser. Mas não pode afetar a quota indisponível reservada por lei aos herdeiros legitimários, sob pena de redução por inoficiosidade das liberalidades que o autor da sucessão tenha feito que ofendam tal legítima. Tradicionalmente, e à luz do Código de Seabra, que contemplava como herdeiros legitimários os descendentes e os ascendentes, entendia-se que a legítima dos descendentes resultava da obrigação natural que os pais têm de não deixar desamparados socialmente os seus filhos, e a legítima dos ascendentes assentava na compensação dos sacrifícios feitos com a educação dos descendentes. Era a exigência de um auxílio mútuo, como dever familiar, que justificava a sucessão legitimária³². A existência da sucessão legitimária visa salvaguardar o interesse da família, reconhecendo a certos familiares mais próximos do autor da sucessão o direito de participarem do seu património, “*ou porque ajudaram a produzi-lo, conservá-lo e desenvolvê-lo, ou por se entender que, mesmo após a sua morte, persiste um dever moral de prestar assistência a essas pessoas*”³³. Visando a proteção de certos familiares (cônjuge, descendentes e ascendentes) e garantindo a manutenção do património dentro da família, a existência da sucessão legitimária limita o poder de disposição do titular dos bens, e em especial, mortis causa, por testamento ou, nos casos admitidos por lei, por pacto sucessório. Restringe, assim, o legislador legitimamente o direito de propriedade privada constitucionalmente reconhecido no art. 62.º da CRP. O que pode questionar-se é se se justifica atualmente a sucessão legitimária, tal como está regulada no nosso ordenamento jurídico, e tal restrição à liberdade de disposição. Há autores que consideram, atendendo às suas consequências negativas, desaconselhável a existência da sucessão legiti-

³² FERREIRA, José Dias *Código Civil Portuguez Annotado*, vol. III, 2.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1898, p. 332.

³³ LEAL, Ana, *A legítima do cônjuge sobrevivente – estudo comparado hispano-português*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 93.

mária³⁴. De facto, a sucessão legitimária pode conduzir, dada a partilha entre os vários herdeiros legitimários, à divisão e pulverização de unidades produtivas, e pode levar a que os herdeiros legitimários, na expectativa de receber os bens da herança e de viver à custa da mesma, não tenham qualquer estímulo para o trabalho. Se o autor da sucessão pudesse dispor livremente dos seus bens poderia assegurar a continuidade das suas unidades produtivas e selecionar os mais aptos ao exercício de uma dada atividade³⁵. A família e a proteção da família estão constitucionalmente consagradas (arts. 36.º e 67.º da CRP), mas, como referimos, também a liberdade de disposição, enquanto tradução do direito à propriedade privada (art. 62.º da CRP). A existência de uma quota indisponível do autor da sucessão pode implicar uma limitação exagerada do direito de propriedade que deve abranger a liberdade de disposição de todos os bens de que se é titular. “Por que razão uma pessoa está impedida de determinar, de forma relativamente incondicionada, o destino da generalidade dos bens que lhe pertencem? Por que motivo certas pessoas, em regra, adquirem forçosamente o direito a adquirirem um património, independentemente do mérito e graças a um vínculo familiar (de parentesco ou conjugal) que têm com o de cuius?”³⁶.

A limitação do poder de disposição do autor da sucessão, que está forçado a respeitar a legítima dos seus herdeiros legitimários, que na maioria dos

³⁴ De referir que ela não existe nos ordenamentos jurídicos anglo-americanos. Os sistemas da Common Law não têm uma limitação à liberdade de disposição do autor da sucessão imposta por uma quota indisponível. É interessante destacar o direito sucessório irlandês na medida em que, apesar de integrado no sistema da Common Law, reserva ao cônjuge sobrevivente uma quota da herança, surgindo, assim, como um herdeiro forçado. – v., O’ SULLIVAN, Kathryn, *Spousal Disinheritance Protections under Irish Law: A Proposal for Reform*, in “HeinOnline - Common Law World Review”, n.º 41, 2012, p. 248 <http://heiononline.org>, a 29 de dezembro de 2014). Nos EUA o que existe é uma quota reservada ao cônjuge se o autor da sucessão não tiver disposto dos seus bens por testamento.

³⁵ FERNANDES, Luís Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*,...Cit., p. 29. Acrescenta o autor que as razões sociais que justificam a sucessão legitimária suplantam aqueles inconvenientes. Além disso, considera haver alguns meios que os atenuam como a partilha em vida (art. 2029.º), o legado por conta da legítima (art. 2163.º) e o legado em substituição da legítima (art. 2165.º). Não podemos, porém, esquecer que tais mecanismos exigem uma atuação por parte do autor da sucessão, além de que se mantém a limitação do poder de disposição do titular dos bens, já que tais institutos exigem o consentimento dos herdeiros legitimários que podem até afastá-los se pretenderem receber a sua legítima subjetiva nos termos gerais.

³⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2011, p. 232. Acrescenta o autor que, numa altura em que a riqueza é sobretudo fruto do trabalho e de aplicação de capital, perdendo a família a sua antiga função de unidade de produção, não parece poder mais entender-se a sucessão *mortis causa* como uma contrapartida justa da colaboração prestada pelos familiares ao de *cuius* na formação do património. Sugere o autor a possibilidade de a proteção da família, em caso de morte do de *cuius*, ficar assegurada por via de uma obrigação de alimentos exigíveis à herança e por via de legados legais que incidissem sobre a casa de morada da família e o respetivo recheio.

casos atinge dois terços da herança, demonstra a prevalência da conexão família e a proteção desta, garantindo que os bens do de cuius não saem da sua família, conjugal ou de parentesco, sobre a autonomia privada e a liberdade de disposição. O próprio direito tem formas de atenuar esta rigidez³⁷, mas sempre assegurando a existência da quota indisponível reservada aos herdeiros legitimários. De facto, a única forma de os privar da sua legítima é por via da deserção (art. 2166.º). Parece-nos que, e para alcançar o fim visado com a sucessão legitimária, ou seja, para assegurar a continuidade dos bens dentro da família, a manutenção do nível de vida do cônjuge e auxiliar os descendentes com um determinado património³⁸, poderia optar-se por outra solução mais compatível com a liberdade de dispor e a autonomia privada, evitando uma limitação tão intensa ao direito de propriedade privada enquanto liberdade de disposição mortis causa dos bens. Tendo em consideração a evolução verificada na família e na instituição casamento, no facto de, na generalidade dos casos, e atendendo à conjuntura atual de crise económica, as grandes fortunas e patrimónios imobiliários e mobiliários serem raros, na realidade de que a família já não é o suporte de um património que se transmite de geração em geração, e às razões apontadas contra a sucessão legitimária, deve privilegiar-se a liberdade de testar face à proteção da família. Se o autor da sucessão construiu ao longo da sua vida um determinado património, maior ou menor, e muitas vezes sem a colaboração de familiares, deveria poder dele dispor integralmente e a favor de quem entender para depois da sua morte. Não tem sentido que um pai ou uma mãe a quem os filhos nunca prestaram apoio nem auxiliaram na sua velhice tenha que reservar uma quota da sua herança aos mesmos que, no momento da morte daquele ou daquela, surgem como herdeiros legitimários³⁹. Assim, a sucessão legítima, supletiva, poderia alcançar

³⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito das Sucessões Contemporâneo...* p. 233, aponta, como instrumentos de flexibilização da sucessão legitimária, a colação, o legado por conta da legítima e em substituição da legítima, a cautela sociniana, e a partilha em vida.

³⁸ Razão esta que hoje em dia não tem grande suporte real. Na verdade, a esperança média de vida é superior à que existia na altura do surgimento do Código Civil. De facto, quando o autor da sucessão morre, os seus descendentes, na generalidade dos casos, são já adultos e com vida autónoma e independente. A herança vai aumentar o património que já possui e não permitir-lhes meios de sustento e de início de vida. V., LEITE DE CAMPOS, Diogo, *Parentesco, casamento e sucessão*, in "Revista da Ordem dos Advogados", ano 45.º, vol. I, 1985, p. 29, nota 31

³⁹ GARY, Susan N., *Introduction to Succession Law in the 21st century*, in "HeinOnline - Real Property, Trust and Estate Law Journal", n.º 43, 2008, p. 390 (<http://heionline.org>, a 5 de agosto de 2013), citando Anne-Marie Rhodes, da Loyola University Chicago School of Law, escreve que talvez as regras sucessórias no século XXI venham a centrar-se na forma como as pessoas se tratam umas às outras. Por seu lado, RHODES, AnneMarie, *On inheritance and disinheritance*, in "HeinOnline - Real Property, Trust and Estate Law Journal", n.º 43, 2008, pp. 434 e 445 (<http://heionline.org>, a 5 de agosto de 2013), afirma que o Direito das Sucessões nunca assentou num único modelo, oscilando entre a proteção da família e o comportamento do herdeiro face ao autor da sucessão e, em função disso, o seu afastamento da sucessão. Assentando as situações

o mesmo fim da sucessão legitimária tal como prevista no nosso ordenamento jurídico. De facto, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes receberiam o referido património caso o autor da sucessão nada disponha. Se a necessidade de cuidar da família, deixando os familiares numa posição confortável economicamente, for uma prioridade do autor da sucessão, reconhecendo o vínculo que o une aos mesmos, o autor da sucessão nada disporá e funcionará a sucessão legítima. Caso contrário, e até para corrigir injustiças que seriam criadas com uma partilha igualitária entre os herdeiros, poderia dispor dos seus bens a favor de outras pessoas que não aqueles familiares ou beneficiar algum ou alguns deles. Seriam aquelas situações em que os referidos familiares se afastaram do autor da sucessão, onde não existe um verdadeiro vínculo afetivo e de entajuda entre os mesmos. No direito alemão, que contempla também os descendentes como herdeiros legais, é reconhecido ao descendente do falecido que tenha dado um especial contributo ao de *cuius*, na esfera pessoal (por exemplo, cuidando dele ou fazendo-lhe mais companhia) ou patrimonial (por exemplo, suportando as despesas com o seu sustento ou pagando os tratamentos e medicamentos para a sua doença), permitindo dessa forma a conservação ou o aumento do património do autor da sucessão, uma compensação perante os outros descendentes que concorram à sucessão legal (§ 2057.ºa do BGB). Essa compensação é acrescentada à quota hereditária do descendente, permitindo, assim, igualar a partilha (tal como a colação a que estão sujeitos os descendentes que receberam doações em vida do autor da sucessão). Entre nós não existe norma idêntica, fazendo com que tanto suceda, e recebendo o mesmo, o filho que não vê o pai ou a mãe há anos como o que o acompanhou e esteve sempre presente. Paralelamente, poderia reservar-se, como também acontece no direito alemão, uma parte da herança aos familiares mais próximos (cônjuge, descendentes e ascendentes), mas a legítima não se traduziria numa porção de bens de que o testador não pode dispor⁴⁰. Ou seja, o autor da sucessão poderia dispor (mortis causa) dos

de afastamento da sucessão (disinheritance) na conduta do herdeiro, o destino da herança pode depender de uma apreciação subjetiva da interação e da conduta de uma pessoa para com a outra.

GALLANIS, Thomas/GITTLER, *Josephine, Family caregiving and the Law of Succession: a proposal*, in "HeinOnline - University of Michigan Journal of Law Reform", vol. 45, n.º 4, 2012, pp. 761 e segs. (<http://heionline.org>, a 29 de dezembro de 2014), propõem que se reserve uma quota da herança ao membro da família que cuidou do autor da sucessão sem qualquer compensação. ESCOLAR, Marta Pérez, *Incidencia de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente*, in "HeinOnline - Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid", n.º 17, I, 2008, p. 198 (<http://heionline.org>, a 29 de dezembro de 2014), dá nota que os arts. 8.º e 9.º da Lei do Parlamento da Catalunha n.º 22/2000, de 29 de dezembro, sobre Acolhimento de Pessoas Maiores, preveem direitos sucessórios a favor do cuidador quando a convivência tenha tido uma duração mínima de quatro anos.

⁴⁰ Mesmo no direito alemão a existência da legítima chegou a ser contestada. PINTENS, V., Walter/ SEYNS, Steven, *Comparative Law - Germany. Compulsory portion and solidarity between*

seus bens a favor de quem entender, mas o cônjuge sobrevivente, os descendentes e os ascendentes, enquanto sucessores obrigatórios, poderiam reclamar o pagamento de uma quantia em dinheiro correspondente a uma quota da herança que lhe seria atribuída enquanto herdeiro legítimo. Os legitimários surgiriam, assim, como credores daquele valor.

4. Considerações finais

É legítimo, como vimos, a imposição de restrições ao direito de propriedade privada na sua vertente de liberdade de transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*. No caso da disposição dos bens por morte a principal restrição imposta à liberdade de disposição testamentária ou contratual resulta da existência da sucessão legitimária. Questionamos a sua existência, pelo menos nos moldes atuais, e propomos uma regulamentação da sucessão mais compatível com a liberdade de disposição dos bens, repondo o direito de propriedade privada no domínio sucessório, como direito de transmissão dos bens, enquanto direito fundamental constitucionalmente consagrado.

generations in German Law, in “AAVV, Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society – five perspectives, Antwerp”, Oxford, Portland, Intersentia, 2009, p. 171.

INCIDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE A PARTILHA HEREDITÁRIA

Diana Leiras

Docente no Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

1. Introdução

A Constituição da República Portuguesa¹ aprovada pelo Decreto de 10 de abril de 1976 ao regular a instituição familiar refletiu-se em sede de partilha hereditária, uma vez que implicou a necessidade de adaptação da lei ordinária aos novos ideais.

Decorridos mais de 40 sobre a mesma, procuramos evidenciar, neste breve estudo, a incidência da jurisdição constitucional nesta matéria, não nos limitando ao direito substantivo, mas também abrangendo o direito processual.

2. As consagrações constitucionais com reflexos no direito sucessório

No art. 36.º CRP subordinado à epígrafe “Família, casamento e filiação” foram consagrados importantes princípios reguladores da instituição familiar.

No seu n.º 1 reconhece-se a todos “o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de igualdade”. Ainda que, se constate que da formu-

¹ A que nos referiremos de forma abreviada como “CRP”.

lação literal deste preceito resultam dois direitos distintos: “o direito de constituir família” e o “direito de contrair casamento em condições de igualdade”, e, que por isso o direito de constituir família não se concretiza apenas através da união matrimonial², o legislador ordinário continua a não atribuir relevância sucessória à união de facto, chamando à sucessão legal apenas o cônjuge supérstite³.

O n.º 2 do referido art. 36.º estabelece que “a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração” não deixando dúvidas: uma norma que proíba o divórcio, em geral ou só mesmo quanto aos casamentos católicos (como acontecia antes do DL n.º 261/75, de 27.05) seria inconstitucional⁴. Por sua vez, o n.º 3 do mesmo artigo consagra a plena igualdade de direitos e de deveres dos cônjuges quanto à capacidade civil e política e a manutenção e educação dos filhos.

Consideramos que estas duas consagrações reforçaram a relação conjugal, uma vez que delas extraímos que, os cônjuges só continuam casados se assim o desejarem, e na constância do casamento existe igualdade entre eles, e não subordinação da mulher em relação ao marido, como acontecia nas famílias do passado.

O n.º 4 daquele art. 36.º estabelece, por sua vez, o princípio da igualdade entre os filhos nascidos fora do casamento relativamente aos nascidos dentro: não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.

Recordemos⁵ que com a revisão constitucional operada em 1997 foi eliminado o que era o art. 107.º, n.º 3 CRP, que referia: “o imposto sobre sucessões e doações será progressivo, de forma a contribuir para a igualdade entre os cidadãos, e tomará em conta a transmissão por herança dos frutos do trabalho”, passando o art. 104.º, n.º 3 CRP a referir apenas: “A tributação do património deve contribuir para a igualdade entre os cidadãos”.

² No entendimento de que os direitos de constituir família e de contrair casamento, embora estejam associados, são distintos e surgem na Constituição, neste art. 36.º/1, claramente diferenciados, vide CANOTILHO, José/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.ª edição Coimbra, Coimbra Editora, 1978, p. 105. Veja-se também MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 394-495.

³ Sem prejuízo de lhe serem atribuídos certos direitos, v.g o direito a exigir alimentos da herança (art. 2020.º Código Civil, doravante CC); o direito real de habitação da casa de morada de família e do respetivo recheio, pelo prazo de cinco anos (art. 5.º/1 da Lei 7/2001, de 11.05).

⁴ Cfr. COELHO, Francisco/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito Da Família*, Vol. I Int, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 125.

⁵ Uma análise desta matéria excederia os limites deste trabalho.

3. Adaptação do direito ordinário às consagrações constitucionais

Com vista à adaptação do Código Civil (versão originária do DL n.º 47344/66, de 25.11), aos novos ideais constitucionais surgiu o DL n.º 496/77, de 25.11, que introduziu inúmeras alterações àquele diploma legal⁶, inclusive no seu Livro V que regula o Direito das sucessões.

Por sua vez, a alteração introduzida na lei fundamental em 1997, que exige que a tributação do património contribua para a igualdade entre os cidadãos, abriu caminho para a supressão do imposto sobre as sucessões e doações, que de facto veio a acontecer⁷, em 2003, com a Reforma da Tributação do Património introduzida pelo DL n.º 287/2003, de 12.11: o referido imposto foi substituído pelo Imposto do Selo.

3.1. Abolição das discriminações entre parentes legítimos e ilegítimos

Encontrava-se previsto no Código Civil na sua versão originária, no art. 2139.º/2 que “*Concorrendo à sucessão filhos legítimos ou legitimados e filhos ilegítimos, cada um destes últimos tem direito a uma quota igual a metade da de cada um dos outros*”; e no art. 2144.º que “*Na falta de irmãos legítimos e descendentes legítimos destes, são chamados à sucessão os irmãos ilegítimos e, representativamente, os descendentes destes e os descendentes ilegítimos de irmãos legítimos*”.

Com a consagração prevista na 1.ª parte do art. 36.º/4, que formulou o princípio da não discriminação em sentido material, não se permitiu mais que os filhos nascidos fora do casamento fossem, por esse motivo, objeto de qualquer discriminação⁸. Sendo o teor dos referidos preceitos do Código Civil, que davam melhores direitos sucessórios aos parentes “legítimos” – preferência relativa (os “ilegítimos” concorriam com os “legítimos”, mas eram desfavorecidos na partilha) e preferência absoluta dos “legítimos” sobre os ilegítimos” (os legítimos

⁶ Para mais desenvolvimentos sobre a Reforma do Código Civil operada em 1977, *vide* MENDES, Armindo, “Irradiação das Normas e Princípios Constitucionais para a Ordem Legislativa (Direito Privado)”, in *Perspetivas Constitucionais – Nos 20 anos de Constituição de 1976*, ob. coletiva organizada por Jorge Miranda, II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 303 e seguintes.

⁷ SÁ E MELLO, Alberto de, *O Direito das Sucessões em Portugal*, in “*JURISMAT*”, Portimão, n.º especial, 2014, pp. 89-99, p. 90.

⁸ Por sua vez, a 2.ª parte da disposição enuncia o princípio da não discriminação em sentido *formal*, não permitindo o uso de designações discriminatórias como as de filho “ilegítimo”, “natural”, “bastardo” ou outras que não se limitem a mencionar o puro facto do nascimento fora do casamento dos progenitores.

excluía os ilegítimos)⁹ ¹⁰ - evidentemente contrários a esta proibição, a mesma teve aplicação imediata, revogando-os (art. 293.º/1 CRP, na redação de 1976). Essa aplicação imediata fez com que, nos primeiros anos de vigência do novo regime, se questionasse se este princípio valeria, inclusivamente, para as heranças abertas antes da entrada em vigor da Constituição mas ainda não partilhadas a essa data. Predominou o entendimento de que só se aplicava às heranças abertas depois de 25 de abril de 1976, data em que a Constituição entrou em vigor¹¹. Este problema só se colocou até à reforma do Código Civil operada em 1977, que harmonizou as regras da sucessão de descendentes e de irmãos e seus descendentes, prevendo que os filhos recebem em partes iguais (art. 2139.º/2) e que os irmãos germanos recebem o dobro dos irmãos unilaterais (art. 2145.º), não distinguindo, no primeiro caso entre filhos legítimos ou ilegítimos e, no segundo caso, entre irmãos legítimos ou ilegítimos.

3.2. Posição sucessória do cônjuge sobrevivivo

A importância da relação conjugal deriva da consideração da família contemporânea como um núcleo, composto pelos cônjuges e filhos: a família extensa deu lugar, nas sociedades ocidentais, à família nuclear, em que, geralmente, os laços que ligam os cônjuges são mais fortes do que os laços de sangue¹². Como já o dissemos, entendemos que a importância da posição do cônjuge no seio familiar, em especial no núcleo conjugal, saiu reforçada com as consagrações constitucionais relativas ao divórcio e à igualdade entre os cônjuges (art. 36.º/2 e 3). Reconhecendo essa importância, o legislador ordinário de 1977 dignificou a posição sucessória do cônjuge supérstite.

O cônjuge sobrevivivo, que não era herdeiro legitimário na versão originária do Código Civil, e apenas sucedia se não existem descendentes, ascendentes ou irmãos e seus descendentes, passou a pertencer à categoria dos herdeiros legitimários, conjuntamente com os descendentes e ascendentes (art. 2157.º CC). Desde a referida reforma, sucede na 1.ª ou na 2.ª classe de sucessíveis, consoante concorra à herança com descendentes ou ascendentes (art. 2133.º/1/a) e b) *ex*

⁹ Preferência esta que valia, como vimos, na sucessão de irmãos e seus descendentes (art. 2144.º CC, na redação anterior à Reforma) mas também na sucessão de outros colaterais: “*Na falta de colaterais legítimos, sucedem do mesmo modo os colaterais ilegítimos até ao sexto grau*” (art. 2150.º CC, antiga redação).

¹⁰ Cfr. COELHO, Francisco/ OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de...*Cit., p. 130.

¹¹ Neste sentido ver COELHO, Francisco/OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de...*Cit, pp. 130 e 131.

¹² Cfr. LEAL, Ana, *A Legítima Do Cônjuge Sobrevivo, Estudo Comparado Hispano-Português*, Coimbra, Teses, Almedina, 2004, p. 109.

vi art. 2157.º *in fine*, ambos do CC)¹³. Além disso, estipulou-se, no âmbito do cálculo da parte sucessória do cônjuge supérstite (relativamente à quota legítima, e eventualmente à quota disponível ou do seu remanescente¹⁴), que no caso de concurso com descendentes, o cônjuge supérstite não pode receber menos de 1/4 (art. 2139.º/1 CC), e no caso de concurso com ascendentes, recebe 2/3 (art. 2142.º/1 CC).

O cônjuge supérstite é, contudo, afastado da sucessão legal do seu consorte nos casos previstos no art. 2133.º/3: a vocação do cônjuge supõe a subsistência do vínculo conjugal, e por isso, compreensivelmente, não se verifica em caso de divórcio; igualmente não se verifica se tiver sido decretada a separação judicial de pessoas e bens, pois não se mantém a comunidade que, no ponto de vista substancial, justifica o chamamento¹⁵.

4. Evolução legislativa

Na realidade, quanto à matéria da partilha hereditária no âmbito do direito substantivo não podemos falar, após a Reforma do Código Civil de 1977, de evolução legislativa, na medida em que a mesma se mantém praticamente estática desde então¹⁶.

A evolução legislativa verifica-se ao nível processual com a aprovação da Lei n.º 23/2013, de 5 de março, que aprovou em anexo o Regime Jurídico do Processo de Inventário (RJPI)¹⁷, a conjugar com a Portaria n.º 278/2013, de 26 de agosto, alterada pela Portaria n.º 46/2015, de 23.02 que regulamenta determinados aspetos do processo de inventário. Como sabemos, uma das finalidades do processo de inventário é precisamente, pôr termo à comunhão hereditária. Com

¹³ Para o cálculo da quota legítima aplicam-se os arts 2158.º e ss CC; e para o cálculo das legítimas subjetivas, aqui incluída a legítima subjetiva do cônjuge supérstite regem os arts 2139.º e seguintes CC.

¹⁴ Na hipótese de o *de cujus* não ter disposto válida e eficazmente da sua quota disponível, o cônjuge supérstite é herdeiro legítimo (arts 2131.º, 2133.º/1/a) e b) CC).

¹⁵ Admite-se que a ação de divórcio ou de separação possa ser prosseguida pelos herdeiros para efeitos patrimoniais (art. 1785.º/3 CC).

¹⁶ Com efeito, o Livro V do CC, apenas sofreu pontuais modificações desde então: pela Lei n.º 82/2014, de 30.12 foi alterado o art. 2036.º relativo declaração de indignidade; pelo DL n.º 116/2008, de 4.07, foi alterado o art. 2126.º relativo à forma de alienação da herança ou do quinhão hereditário; e pela Lei n.º 23/2013, de 5.03 foram alterados os arts 2053.º, 2083.º, 2084.º, 2085.º, 2086.º e 2102.º, adaptando-se assim ao Regime Jurídico do Processo de Inventário aprovado em anexo a esta lei (estes preceitos já tinham sido previamente alterados pela Lei que anteriormente aprovou o Regime Jurídico do Processo de Inventário – Lei n.º 29/2009, de 29.06 – mas esta lei, como veremos, não chegou a produzir os seus efeitos.

¹⁷ Que dela faz parte integrante - art. 2.º desta lei e art. 1.º RJPI.

esta lei, verificou-se a transferência da competência para tramitar os processos de inventário dos juizes para os notários: operou-se a desjudicialização desta espécie de processos¹⁸. Esta lei correspondeu a uma segunda tentativa do legislador com vista à referida desjudicialização, pois em 2009 já havia sido aprovada a Lei n.º 29/2009, de 29.06, que atribuía aos cartórios notariais e aos serviços de registo a competência para tramitar estes processos. Esta lei entrou em vigor em 18.07.2010¹⁹, mas não chegou a produzir efeitos, uma vez que a portaria de cuja publicação dependia a produção dos seus efeitos, não chegou a ser publicada.

5. Pronúncia do Tribunal Constitucional

O Tribunal Constitucional não se tem ocupado do domínio do direito das sucessões. Tal permite-nos concluir que o legislador do DL n.º 496/77, de 25 de novembro adaptou cuidadosamente o Livro V do Código Civil às normas e princípios constitucionais. Agora bem, não podemos ignorar que a jurisdição constitucional foi estimada na matéria em análise, quanto à sua vertente processual, ou seja, quanto ao processo de inventário. Com efeito, tal aconteceu, desde logo, no que se refere à transferência de competência para a tramitação dos atos e termos do processo de inventário do juiz para o notário e conservadores, em que se invocou estar posta em causa a constitucionalidade, por violação do princípio constitucional de reserva do juiz, previsto no artigo 205.º, CRP. Este princípio impede que outra entidade, que não o juiz, possa apreciar e decidir requerimentos das partes, que estejam em litígio sobre o objeto da decisão, tendo a questão sido levantada, designadamente, no parecer proferido pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses, e pelo Sindicato dos Magistrados do M.P.²⁰ quanto à Proposta de Lei n.º 235/X/4.^a (GOV)²¹.

Por outro lado, gerou-se um impasse com a não publicação da portaria de que dependia a produção de efeitos da Lei n.º 29/2009, de 29.06, o qual fez com

¹⁸ “A desjudicialização dos processos de inventário constituía um dos objetivos do legislador, pois através da mesma *materia dois coelhos numa cajadada só*: o congestionamento dos tribunais e a morosidade na tramitação e extinção destes processos” LEIRAS, Diana, *Um Olhar sobre ... as Principais Alterações ao Regime do Processo de Inventário – Lei n.º 23/2013, de 5 de março*, “Solicitadoria e Ação Executiva Estudos 2”, Câmara dos Solicitadores, outubro 2014, pp. 17-29, p. 17.

¹⁹ Nos termos do art. 87.º/1 desta Lei, na redação introduzida pela Lei n.º 44/2010, de 03.09, a sua produção de efeitos aconteceria 90 dias após a publicação da portaria que viria a regulamentar determinados aspetos do inventário.

²⁰ Disponíveis em <http://www.inverbis.pt/2007-2011/images/stories/pareceres/inventario-parecer-asjp-2009.pdf> e http://www.smmp.pt/wp-content/parecer_propostalei_235x.pdf - acessos em 17.03.2016.

²¹ Proposta de Lei que deu origem à Lei n.º 29/2009, de 29.06.

que o Tribunal Constitucional fosse chamado a pronunciar-se. A questão levada à sua apreciação surgiu relativamente a uma ação especial de inventário proposta com a finalidade de realização da partilha dos bens comuns na sequência de divórcio: O Tribunal de Família e Menores e de Comarca de Cascais decidiu não tramitar a ação ao abrigo do art. 1404.º do CPC, que foi instaurada em 20 de Dezembro de 2010 naquele Tribunal. Contudo, a questão harmoniza-se com qualquer que seja a finalidade do processo de inventário, e por isso, também com o inventário para partilha de herança. Resumidamente, o que estava em causa era a definição da entidade competente para tramitar os processos de inventário após a entrada em vigor da Lei 29.2009, de 29.06 e antes da data da produção dos seus efeitos, período em que os tribunais já não eram materialmente competentes para a tramitação dos processos de inventário e, os cartórios notariais e as conservatórias não aceitavam os requerimentos de inventário, dada a ineficácia da lei que lhes atribuía competência. A interpretação a dar ao art. 87.º, n.º 1 da Lei n.º 29/2009, de 29.06 referente à entrada em vigor desta Lei constituía o objeto do problema.

No Acórdão N.º 327/2011, Processo 111/11 (2.ª secção)²², o Tribunal Constitucional decidiu “interpretar, ao abrigo do disposto no artigo 80.º, n.º 3 da Lei do Tribunal Constitucional, a norma constante do artigo 87.º, n.º 1 da Lei n.º 29/2009, de 29 de junho, na redação dada pela Lei n.º 44/2010, de 3 de setembro, como mantendo a competência dos tribunais judiciais para tramitar os processos de inventário, até que decorra o prazo de 90 dias após a publicação da portaria referida no n.º 3 do art. 2.º, do referido diploma”²³.

O Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se também em relação ao art. 26.º/2, da Portaria 278/2013, de 26 de agosto, na redação anterior à Portaria 46/2015, de 23.02²⁴ que estabelecia “*Nos casos de dispensa de pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo, os honorários notariais são suportados integralmente por fundo a constituir pela Ordem dos Notários, mediante afetação de percentagem dos honorários cobrados em processos de inventário*”. Decidiu não julgar inconstitucional esta norma, quando “*interpretada no sentido de que, até à constituição do Fundo nela previsto, o processo de inventário deve prosseguir sem o pagamento, pelo Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P., dos honorários notariais e despesas previstos nos seus artigos 15.º,*

²² Cfr. Diário da República, 2.ª série, N.º 181, de 20 de Setembro de 2011, p. 37768 e seguintes. Já tivemos a oportunidade de nos pronunciar no sentido da não inconstitucionalidade da transferência operada de competência para os notários, atualmente em vigor, em LEIRAS, Diana, *Um olhar sobre...* Cit., pp. 17-29, p. 22.

²³ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110327.html>, acesso em 18.03.2016.

²⁴ Esta norma foi revogada pela Portaria 46/2015, de 23.02. Sobre o procedimento a adotar no caso de apoio judiciário vide arts 26.º a 26.º-I da Portaria 278/2013, de 26.08 com as alterações introduzidas por aquela portaria.

18.º e 21.º, nos casos em que o requerente é beneficiário de apoio judiciário, na modalidade de dispensa do pagamento da taxa de justiça e demais encargos do processo” (Acórdão n.º 28/2016, Processo n.º 409/2015 (3.ª secção))²⁵.

6. Conclusão

A jurisdição constitucional incidiu, ainda que pontualmente, sobre a matéria da partilha hereditária. Por um lado, verificamos que a revisão constitucional de 1976 implicou modificações importantes no Direito sucessório português: a igualdade material entre os parentes legítimos e ilegítimos, e a dignificação da posição do cônjuge supérstite. Por outro lado, também na vertente processual, e mais recentemente, se verificaram reflexos constitucionais.

Constatamos que a incidência da jurisdição constitucional na matéria em causa não é tão abundante como em outros ramos do Direito. Contudo, atendendo à reconhecida importância do Direito sucessório, julgamos ser de maior interesse a evidência efetuada no presente estudo.

²⁵ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160028.html> - acesso em 18.03.2016.

CONSTITUIÇÃO, EDUCAÇÃO FISCAL E CIDADANIA EM ANGOLA ¹

Fausto Júlio

Professor Associado Convidado das Pós-graduações no CEJES: Centro de Estudos de Estudos de Ciências Jurídico-Económicas e Sociais, da Universidade Agostinho Neto (Faculdade de Direito)

1. Introdução

Esta comunicação tem por objectivo discutir a importância de um tema relativamente novo no contexto social Angolano, que atravessa uma crise, provocada pela baixa do preço do Petróleo. Nesta fase deve ser feita uma conscientização da Sociedade sobre a Constituição da República de Angola (CRA 2010), Cidadania e importância da Arrecadação de Impostos por parte do Estado e em contrapartida elucidar o Cidadão sobre seu dever em pagar Impostos para o Financiamento da Economia Nacional e da Máquina Estatal. Não se pode discutir este tema sem ter em mente a função Socioeconómica dos Tributos, uma vez que eles são a maior fonte de recursos arrecadados pela Administração Pública. O Estado necessita destes recursos para a realização de suas obras. É através da verba arrecadada com os Tributos que o Governo consegue cuidar da Saúde, Educação, Saneamento Básico, entre outras necessidades Básicas da População. A Educação Fiscal só tem significado como uma proposta de formação do indivíduo como um todo no contexto social para o pleno exercício da Cidadania. Não há como discutir Cidadania fora das relações humanas e da Sociedade, como também não existe a possibilidade que o indivíduo exerça sua Cidadania sem ter conhecimento da estrutura do Estado, da função Socioeconómica do Tributo e de como são empregados os Recursos Públicos. O cerne da Educação Fiscal é o fortalecimento, a solidificação e a plena efetivação da Cidadania.

¹ Por vontade do Autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

2. Constituição e Cidadania

À Constituição da República de Angola (CRA 2010) é a Lei Suprema de Angola, estabelece Direitos, Garantias e Deveres aos Cidadãos da República de Angola, Tarefas Fundamentais do Estado, Protecção Social, Direito a Educação, Deveres de Contribuição, Sistema Fiscal e Impostos, plasmados nos Art.º 21.º, 77.º, 79.º, 88.º, 101.º e 102.º. A implementação dos direitos fundamentais necessitam de um contributo por parte dos indivíduos, que ensejou a criação doutrinária do dever fundamental de pagar Impostos. Embora implícito na Carta Constitucional, tal dever obriga a todos os indivíduos possuidores de uma capacidade contributiva a contribuírem com parcela de seus recursos para o Desenvolvimento do Estado e da Sociedade como um todo, por manifestarem demonstrações de riquezas num sentido amplo. Estado e Cidadania são duas Instituições básicas da Sociedade que estabelecem a ordem, garantem a liberdade para seus membros e manifestam sua aspiração de justiça.

Segundo Fuher “*o Estado é uma Sociedade Política, Organizada Juridicamente, com o objectivo de alcançar o bem comum.*”² A instituição de um Estado Democrático de Direito, que consagra não só valores de protecção, mas também modificadores do perfil da Sociedade com base em objectivos sociais a alcançar, faz com que a Tributação passe a ser um Poder Jurídico estabelecido pela Constituição, deve ser exercido em função e sintonia com os objectivos que a própria Sociedade elevou à dignidade Constitucional.

Cidadania é a aglutinação de valores, exercício de Direitos Civis, Políticos e Sociais combinados com Deveres. A solidariedade social, de acordo com a moderna visão sistemática do poder de tributar, ancorada, também, na noção de cidadania, hoje legitima o poder de tributar, que deixa de ser visto como mera imposição, para alcançar patamares de mecanismo de realização das políticas públicas. O poder de tributar passa a se nortear por valores, como: a dignidade da pessoa humana, como meio de concretização efectiva das políticas de inclusão social, e também por limites, como a capacidade contributiva. Exercer a cidadania significa nada menos do que gozar plenamente de prerrogativas Constitucionais, factor que passa por uma imprescindível Educação nesse sentido. Para exercitarmos os nossos Direitos temos que ter liberdade para exigí-los com dignidade. Nunca é demais repetir que os seres humanos já nascem com Direitos.

² FUHER, 2003.

3. Educação fiscal em Angola

A Educação Fiscal aborda a relação do Cidadão com o Estado, no campo Financeiro, integrando as vertentes: a arrecadação e o provisão/gasto público, e fiscalização para que ambos sejam realizados com eficiência, transparência e honestidade. Visa aproximar o Estado do Cidadão. Existem hoje em Angola, algumas iniciativas, ainda que incipientes que tratam da Educação Fiscal e Financeira, estes Programas, são apresentados na TV e na Rádio. O dever fundamental de pagar Impostos é uma contrapartida antecedente e necessária à manutenção do Estado, sem as Receitas dos Impostos, caso fossem estes pagos sob alvitre dos Cidadãos.

O Investimento na Educação Fiscal para a Cidadania é o Investimento em Educação e Formação para a Cidadania, deve ser ensinada nos estabelecimentos de ensino, a vários níveis como tema transversal de forma integrada aos conteúdos programáticos dos componentes curriculares. É fundamental a aliança entre os Ministérios da Educação, Finanças e Administração do Território, órgãos Governamentais com responsabilidades e competências de formular e assegurar o cumprimento Institucional da Educação no País (Angola) e implementação de Políticas Públicas Sociais.

Um projecto de Educação Fiscal deve ter dois eixos: a sensibilização para a importância do Cumprimento Fiscal e a Reintrodução no Ensino Básico de uma área de formação Cívica, com um Módulo de Educação Financeira e Fiscal.

Poucas pessoas em Angola gostam de pagar Impostos, porque dizem desconhecer o porquê do pagamento do Imposto e cumprimento de uma obrigação plasmada na Constituição. Muitos acham que o dinheiro dos Impostos é desperdiçado pelos Políticos e ou a apropriação indevida ou fraude descarada. Muitos não concordam com os Impostos por questões Morais e Religiosas.

O Governo, ao explicitar as razões que determinam a existência dos Tributos e informar sobre a aplicação dos recursos, que devem servir para a busca do bem-estar social, toma a iniciativa de aproximação e harmonização na relação Estado/Sociedade. Para que as Receitas Fiscais aumentem significativamente, tem que haver acções de sensibilização para o reforço de medidas de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e da Penalização dos Cidadãos no caso de não cumprirem com as suas obrigações. Para cumprir o seu papel primordial, o Estado necessita de recursos financeiros, que são na maior parte provenientes dos Tributos arrecadados e que devem ser aplicados eficazmente na qualidade de vida da População.

A Educação Fiscal é um trabalho de sensibilização da sociedade para a função socioeconómica do tributo. Nesta função, o aspecto económico refere-se à optimização da Receita Pública, e o aspecto social diz respeito à aplicação dos

recursos em benefício da população. Governo Angolano, estar a adoptar medidas para aumento das Receitas não Petrolíferas (Tributárias e Patrimoniais) e de Diversificação da Economia.

4. Tributar para arrecadar receitas e provisão de bens públicos em Angola

A dificuldade de arrecadação de Receitas pelo Estado em Angola deve-se muito ao facto de Angola ser um Estado Patrimonial. O Estado Fiscal opõe-se ao Estado Patrimonial. A principal fonte de Receitas em Angola é proveniente da exploração de Petróleo.

Para que haja uma efectiva mudança de comportamento na Sociedade, com o despertar da consciência de Cidadania, é necessária uma acção educativa permanente e sistemática, voltada para o desenvolvimento de hábitos, atitudes e valores. Angola está a atravessar dificuldades Económicas, Financeiras e Cambiais, derivada da baixa do Petróleo principal Fonte de Financiamento da Economia Angolana.

O Eco mediático tem vindo a expandir os acontecimentos derivados da crise Petrolífera desde Junho de 2014. 95% das Exportações de Angola dependem do Petróleo. Há uma diminuição das Divisas do País e, por conseguinte, há também uma pressão sobre as Reservas Cambiais. O quadro dos preços baixos do barril do Petróleo provocou na Economia Angolana, uma redefinição das Despesas Públicas para que fosse possível assegurar a sustentabilidade da agenda do desenvolvimento.

Foi feita em Março de 2014 uma Revisão do OGE para o ano de 2015. O preço médio do petróleo foi fixado em \$ 40 Barril (contrariamente aos \$ 80 inicialmente previstos). Neste sentido, o Executivo Angolano tem tomado a peito este desafio, tendo preconizado acções tendentes a minimizar o efeito nefasto da crise actual do Petróleo.

Verificamos que o Governo Angolano tem feito manutenção da estabilidade do nível geral de preços, mantendo a inflação num só dígito, fixado em 9% e controlo do nível da RIL (Reservas Internacionais Liquidadas), mantendo o seu valor acima do nível de cobertura de cinco meses de importações de bens e serviços. A Despesa Pública foi reduzida em cerca de 33% em relação a Despesa prevista no OGE 2015.

A actual situação remete o Estado Angolano, para adopção de medidas que permitam arrecadar mais Impostos, o que implica que Angola, a breve trecho pode pensar em se tornar um Estado Fiscal, porque o modelo de Estado

Fiscal traz consigo uma ideia inerente de separação entre Estado e a Economia, com a necessária viabilidade financeira proporcionada através da participação nas Receitas da Economia Produtiva, principalmente através dos Impostos. O Estado e os Privados devem actuar cada qual em seu ramo, com objetivos próprios de maneira a não se confundirem. O adjectivo “FISCAL” deste modelo de Estado remete a ideia de que este deverá se manter funcional através da Arrecadação de Receitas provenientes dos vários Impostos, para que o Estado consiga efectivar os direitos e garantias individuais, coletivos e sociais.

Actualmente pode se afirmar que uma parcela significativa dos Estados Fiscais se financia através de Impostos. Esta espécie tributária é aquela que está mais próxima da noção de Soberania Estatal, pois independe de qualquer atividade por parte do estado, e também estaria mais próxima de alguns de seus objetivos primordiais: redução das desigualdades sociais promovidas através da redistribuição de riqueza.

5. Considerações Finais

O Estado Angolano está a adaptar-se para ser um Estado Parafiscal, como mecanismo de controlo da Economia, porque a sua Arrecadação de Receitas, baseia-se, primordialmente, nos Impostos, que são Espécie Tributária não correlacionada a uma actuação Estatal específica. Assim, trata-se aqui de contrapor, por exemplo, a cultura latina com a cultura nórdica, a Religião Católica com a Religião Protestante, e fazer repercutir isso na relação do Estado com os Cidadãos ou na relação da Administração Fiscal com os Contribuintes.

Espera-se que através dessa breve exposição, algumas dúvidas tenham sido esclarecidas e outras levantadas sobre a legitimação do poder de Tributar. É do estado Democrático e de Direito, com seus fundamentos, objectivos e princípios, bem como dos deveres sociais com os quais se compromete que emerge a noção de Estado Fiscal. Ou seja, não poderia o Estado fundamentar-se em Taxas e Contribuições, pelo sistema usa-paga, pois deixaria, ao arrepio da Constituição, uma imensa gama de excluídos que não dispõem de recursos suficientes para financiar directamente estas prestações.

Referências Bibliográficas

- DUE, John Fitzgerald & FRIEDLAENDER, Ann F., *Government Finance Economics of the Public Sector*, 6.ª Edition, Illinois, Richard D. Irwin, Inc., 1977
- MOCHÓN, F., *Economía: Teoría y Política*, 3ª edição, Madrid, 1994
- MUSGRAVE, R. A McGraw-Hill, *The Theory of Public Finance*, in“ New York: McGraw-Hill”, 1959
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, *Lições de Finanças Públicas*, 5.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- SALDANHA SANCHES, J. L., *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 2007.
- TROTMAN-DICKENSON, D.I., *Economics of the Public Sector*, London, MacMillan, 1996
- WINFREY, John C., *Public Finance: Public Choices and the Public Economy*, New York, Harper & Row, Publishers, 1973.

Legislação sobre finanças públicas e direito financeiro angolano atividade financeira:

a) Despesas Públicas

- Regime Jurídico da Realização de Despesas Públicas (Decreto Presidencial n.º 24/10 de 24 de Março).
- Lei da Contratação Pública (Lei n.º20/10 de 7 de Setembro).
- Investimentos Públicos – (Decreto presidencial n.º 31/10 de 12 de Abril).
- Regime Jurídico de Empreitadas de Obras Públicas (Lei n.º20/10 de 7 de Setembro).

b) Administração do Estado

- Regime Jurídico do Ministério das Finanças (Decreto Presidencial n.º93/2010 de 7 de Junho).
- Regime Jurídico da Segurança Social:
 - Lei n.º7/2004 de 15 de Outubro (Lei de Bases da Protecção Social). Decreto Presidencial n.º8/2011, de 7 de Janeiro (Regulamenta o Regime Jurídico das Prestações Familiares, constituído pelo Subsídio de Aleitamento, Abono de Família e Subsídio de Funeral).
- Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado:
 - Lei n.º9/95 de 15 de Setembro. Lei n.º10/10 de 30 de Junho (Lei da alteração da lei n.º9/95 de 15 de Setembro). Decreto Lei n.º 8/2002 de Abril.

- Regime Financeiro Local – (Decreto Presidencial n.º 30/10 de 9 de Abril).

- c) Controlo Financeiro
 - Controlo Político
 - i) Lei n.º 5/10 de 6 de Abril (Lei Orgânica do Funcionamento e do Processo Legislativo da Assembleia Nacional).

 - Controlo Administrativo
 - ii) Decreto n.º 39/ 09 de 17 de Agosto (Conselho de Ministros) – Estabelece as Normas e Procedimentos a observar na Fiscalização Orçamental, Financeira, Patrimonial e Operacional da Administração do Estado e dos Órgãos que dele dependem, pelo Ministério das Finanças.

- Controlo Jurisdicional
 - i) Lei Orgânica e do Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 13/10 de 9 de Julho).
 - ii) Regulamento do Tribunal de Contas
 - iii) Lei dos Crimes Contra a Economia (Lei n.º 9/89 de 11 de Dezembro e Lei n.º 13/03 de 10 de Julho).

REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA PENAL A PARTIR DO ARTIGO 29.º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

Fernando Conde Monteiro

Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Introdução

O artigo 165.º n.º 1 al. c) da Constituição da República Portuguesa (CRP) estabelece o princípio de reserva de lei relativa da Assembleia da República em matéria penal (princípio da legalidade em sentido orgânico).

Por seu lado, o artigo 29.º da mesma Constituição, também em matéria penal, consagra nos seus n.ºs 1, 3 e 4 as normas inerentes ao princípio da legalidade, em sentido funcional,¹ e que expressam as conceções dominantes neste âmbito. O seu n.º 2 abre uma exceção neste domínio.

Deste modo, iremo-nos debruçar sobre estes dispositivos, ainda que de forma necessariamente lacunar, por via dos limites de texto que nos impuseram, procurando, de qualquer maneira, esclarecer as suas géneses, seus âmbitos aplicativos, importâncias axiológica e de política criminal.

1 Utilizamos aqui as expressões *princípio da legalidade em sentido orgânico e funcional*, querendo com elas significar, a um lado, o caráter estático da noção em causa, quando reportada à questão das fontes; a outro, o seu lado dinâmico, porque reportado aos problemas de conflitos de leis e à sua relação com o âmbito do poder judicial, no plano da aplicabilidade de normas jurídico-penais (problema da analogia).

2. Génese histórica do princípio da legalidade no direito penal em sentido funcional (breves considerações)

O princípio da legalidade assentou a sua base no plano essencialmente axiológico. Tratou-se basicamente de assegurar a defesa do cidadão face a possíveis arbitrariedades pelo poder instituído (político, judiciário).² Portanto valores como a certeza e segurança jurídicas são-lhe conaturais. Assim se compreende, de resto, o surgimento de institutos como, por exemplo, a Magna Carta,³ o Bill of Rights⁴ ou o artigo 8.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁵ A sua evolução não foi de todo linear, sofrendo retrocessos significativos, desde logo no seio da revolução francesa, mas fundamentalmente no âmbito das experiências soviética (estalinismo) e do nacional-socialismo até alcançar o estatuto de universalidade que atualmente dispõe.⁶

3. Conteúdo normativo do princípio da legalidade em sentido funcional no plano dos textos constitucionais portugueses

A Constituição de 1822 não consagrava expressamente o princípio da legalidade em matéria penal. Estabelecia, porém, no seu artigo 2.º o princípio de que sem lei ninguém poderia ser obrigado a realizar quaisquer atos ou a omiti-los. Algo que foi reiterado pela Carta Constitucional, no seu artigo 145.º § 1.º, que para além disso proibia o caráter retroativo das leis (§§ 2.º e 10.º do mesmo artigo) e que as Constituições de 1838 (artigos 9.º, 18.º) e 1911 (§§ 1.º e 21.º do artigo 3.º) igualmente seguiram, abrangendo assim as leis penais.⁷ Na Consti-

² Por todos, KREY, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Berlin-New York, De Gruyter, 1983, pp. 13, 38, 53, 73, 83.

³ KREY, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes, in "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Berlin-New York, De Gruyter, 1983, pp. 40-1; SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Gesetz und Richter: Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Frankfurt, Metzner, 1976, pp. 52, 65; BELEZA, Teresa, *Direito Penal*, 1.º Vol., 2.ªed., AAFDL, 1985, pp. 385-7.

⁴ KREY, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes, in "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Berlin-New York, De Gruyter, 1983, p. 65.

⁵ Sobre este, BRITO, Sousa e, "A Lei Penal na Constituição", in *Estudos sobre a Constituição*, 2.º Vol., Lisboa, Petrony, 1978, p. 206; BELEZA, Teresa, *Direito Penal*, 1.º Vol., 2.ªed., AAFDL, 1985, pp.387-9.

⁶ Sobre isto, BRITO, Sousa e, "A Lei Penal na Constituição", in *Estudos sobre a Constituição*, 2.º Vol., Lisboa, Petrony, 1978, pp. 206 - 13; BELEZA, Teresa, *Direito Penal*, 1.º Vol., 2.ªed., AAFDL, 1985, pp. 395-8.

⁷ Neste sentido, BRITO, Sousa e, "A Lei Penal na Constituição", in *Estudos sobre a Constituição*, 2.º Vol., Lisboa, Petrony, 1978, p. 213.

tuição de 1933, no § 9.º do artigo 8.º, estabelecia-se expressamente a irretroatividade da lei penal, englobando a partir de 1971 (Lei n.º 3/71 de 16 de Agosto) também as medidas de segurança.⁸

Do exposto resulta, portanto, que ainda que de forma genérica e embrionária sempre as Constituições portuguesas tiveram a preocupação de estabelecer de algum modo o princípio da legalidade enquanto garantia de valores ligados à busca de certeza e segurança do direito penal e, portanto, dos cidadãos.

4. O Código Penal de 1852

O Código Penal de 1852 consagrava no seu artigo 1.º, à laia do positivismo legalista vigente, uma definição de crime. Este era assim definido como “*o facto voluntário declarado punível pela lei penal.*” Portanto, sem lei expressa não poderia haver crime. Algo que de resto era reiterado no artigo 5.º, acrescentando-se o princípio da anterioridade da lei penal (*in fine*). Neste percurso, ainda o artigo 15.º mais enfatizava o aspeto em causa, declarando desde logo no seu início que apenas os crimes previstos neste código valeriam como tais, mas logo salvaguardando a possibilidade de existirem crimes regulados em legislação especial (§ 1.º) e nomeadamente os crimes militares (§ 2.º). O corolário de tudo isto ia desembocar no artigo 18.º Aqui proibia-se expressamente a possibilidade de analogia e interpretação extensiva “*sendo sempre necessário que se verifiquem os elementos essencialmente constitutivos do facto criminoso, que a lei penal expressamente declarar.*” (*in fine*).

5. O Código Penal de 1982

O Código Penal atual regula o princípio da legalidade dos artigos 1.º ao 3.º. O princípio da anterioridade da lei penal é estabelecido nos n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º e n.º 1 do artigo 2.º. O n.º 3 do artigo 1.º proíbe a analogia no estabelecimento de crimes em sentido lato (abrangendo medidas de segurança e seus pressupostos). O n.º 3 do artigo 2.º execiona aparentemente as designadas leis temporárias. Os seus n.ºs 2 e 4 regulam a aplicação retroativa da lei penal mais favorável. Finalmente o artigo 3.º estabelece regras relativas à determinação do momento da prática do facto em obediência ao princípio em causa.

⁸ Salientando a importância deste normativo relativamente à Constituição de 1976, BRITO, Sousa e, “A Lei Penal na Constituição” in *Estudos sobre a Constituição*, 2.º Vol., Lisboa, Petrony, 1978, p. 214.

6. Breve referência ao direito internacional

Diversos textos de direito internacional consagram o princípio da legalidade. Desde logo, deve-se referir o n.º 2 do artigo 11.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, igualmente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 7.º, afirma este princípio e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos no seu artigo 15.º também o consagra extensivamente.

7. Os diferentes patamares do princípio da legalidade (em sentido amplo) a partir do texto constitucional português

7.1. O princípio da reserva de lei (artigo 165.º n.º 1 al. c) da CRP

Em matéria de consequências jurídico-penais (penas e medidas de segurança) e seus pressupostos positivos,⁹ bem como assim em termos processuais penais o Governo português apenas pode legislar mediante autorização da Assembleia da República.¹⁰ Trata-se deste modo de uma competência delegada. Por outro lado, não abrange somente as penas e as medidas de segurança, mas igualmente outras consequências jurídico-penais situadas entre estas (pena relativamente indeterminada, internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica em estabelecimentos de inimputáveis, perdas de instrumentos, produtos e vantagens do crime, etc.) ou mesmo destas distintas (registo criminal, indemnização de perdas e danos por crime, etc.) e seus respetivos pressupostos positivos.¹¹ Deste modo consagra-se uma garantia importante para os cidadãos. Porque se trata de matéria muito grave para os direitos e interesses destes, há aqui a assunção pelo Estado da obrigação de legislar apenas através do seu órgão legislativo máximo ou sob controlo deste, relativamente ao executivo.

⁹ Neste sentido, FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 2.ª ed., 1945, pp. 75, 90 e seguintes. BRITO, Sousa e, “A Lei Penal na Constituição”, in *Estudos sobre a Constituição*, 2.º Vol., Lisboa, Petrony, 1978, pp. 233 – 37; SILVA, Marques da, *Direito Penal Português*, I, 2.ª ed., Verbo, 2001, p. 247.

¹⁰ De notar que a Constituição de 1933 consagrava no seu artigo 93.º, al. e), fruto da Reforma de 1971 (Lei n.º 3/71 de 16 de Agosto), o princípio da reserva absoluta da Assembleia Nacional na “definição das penas criminais e das medidas de segurança.”

¹¹ Neste sentido, MONTEIRO, Conde, *Consequências Jurídicopenais do Crime*, Braga, ELSA, 2015, pp. 11-3.

7.2. O princípio da anterioridade da lei penal

O artigo 29.º nos seus n.ºs 1, 3 e 4 (em parte) consagra o princípio da anterioridade da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), abarcando também as medidas de segurança. Trata-se da criação de crimes em sentido lato (artigo 1.º al. a) do Código de Processo Penal), abarcando as suas consequências jurídicopenais. A redação constitucional não prima pelo rigor. É por outro lado redundante. Depois de no n.º 1 o legislador se referir à punibilidade de ações ou omissões, refere-se seguidamente às medidas de segurança e seus pressupostos, para no n.º 3 afirmar em parte o mesmo, ao repetir a necessidade da anterioridade da lei para as penas e medidas de segurança. Bastava referir no seu n.º 1 os pressupostos das penas e a harmonia do preceito estaria alcançada. O n.º 4 (1.ª parte) proíbe a aplicação retroativa de consequências jurídicopenais (e seus pressupostos positivos) mais graves do que no momento da prática da infração penal (em sentido lato). Segurança e certeza jurídicas são o seu fundamento em oposição a possíveis arbitrariedades pelo poder legislativo ou judicial.¹²

a) A exceção do n.º 2 do artigo 29.º

O n.º 2 do artigo 29.º da CRP exceciona deste princípio a punibilidade por crimes derivados dos “princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos” (*in fine*). Em rigor não se trata de uma violação do princípio da anterioridade da lei penal. O legislador constitucional conduz o aplicador para o “momento da sua prática”. No entanto, porque se trata de “princípios”, naturalmente que a segurança e certeza jurídicas se rompem completamente e deste modo tudo se passa como praticamente não houvesse lei ou se esta aplicasse retroativamente (perspetiva teleológica). Portanto interessará saber se deriva desde logo do texto constitucional em causa a necessidade de tipos penais cerrados (com limites definidos) e desta forma se estaremos efetivamente perante uma verdadeira exceção (*infra* 7.5).

7.3. O princípio da aplicação da lei penal mais favorável

O n.º 4 do artigo 29.º da CRP manda aplicar “as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.” (*in fine*). Este normativo evidencia o caráter fortemente defensivo do cidadão em face do Estado permitindo deste modo o fun-

¹² Neste sentido, MONTEIRO, Conde, *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*, Coordenação de Pedro Bacelar de Vasconcelos, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, 2011, pp. 125 – 27.

cionamento de necessidades preventivas.¹³ Leis descriminaliza doras ou que atenuem a responsabilidade penal do agente ou deixem de considerar pressupostos de medidas de segurança, estas mesmas ou atenuem uns e outras, devem ser aplicadas retroativamente.

a) A aplicação retroativa das leis penais de conteúdo descriminalizador (n.º 2 do artigo 2.º do Código Penal (CP))

A extinção de um tipo legal de crime em sentido lato, envolvendo penas e medidas de segurança, por via da sua pura e simples eliminação, da sua passagem a outro tipo de ilícito (por exemplo, contraordenacional), da consagração de uma nova causa de justificação ou exculpação ao ainda pelo alargamento destas figuras, por via de supressão de outros pressupostos de punibilidade (por exemplo, pela extinção de determinadas formas de comparticipação), implica desde logo a aplicação da lei nova, sem mais e naturalmente enquanto poder ser aplicada (regra do efeito útil), consequência não apenas de um tratamento de favor ao agente (aspeto axiológico) mas também de uma renúncia pelo legislador desde logo à tutela penal (realidade funcional).¹⁴

b) O problema das leis penais atenuadoras da responsabilidade penal ou de medidas de segurança e seus pressupostos, em face do caso julgado (n.º 4 do artigo 2.º do CP)

O n.º 4 do artigo 2.º do CP, na versão atual,¹⁵ impossibilita a aplicação de uma lei penal de conteúdo mais favorável que atenua a responsabilidade penal do destinatário, havendo lugar a caso julgado, se a parte da pena que se encontrar cumprida não atingir o limite máximo da pena prevista na lei posterior, (algo “estranhamente” não aplicável às medidas de segurança e seus pressupostos!). Este regime legal já constitui um progresso em face da redação originária proveniente do CP de 1982, onde este mesmo caso julgado impedia qualquer reapreciação legal. Apesar disso e da afirmação de conformidade do preceito em causa com o texto constitucional pelo Tribunal Constitucional,¹⁶ a inconstitucionalidade mantém-se. Efetivamente, de um ponto de vista teleológico, isto é, tendo em conta a defesa do cidadão face ao Estado, não faz sentido que a figura do caso julgado possa, no direito ordinário, estabelecer uma restrição não constitucio-

¹³ Cf. CARVALHO, Taipa, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2008, p. 137; KREY, Volker, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart; Stuttgart-Berlin-Köln, Kohlhammer, 2002, p. 54.

¹⁴ Neste último sentido, SILVA, Marques da, *Direito Penal Português*, I, 2.ª ed., Verbo, 2001, p. 276.

¹⁵ Introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro (*Reforma de 2007*).

¹⁶ Acórdão 644/98.

nalmente prevista e podendo-se violar ademais o próprio princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), por via do facto de, por exemplo, em comparticipação, um agente ter sido condenado definitivamente e o outro só mais tarde ter sido objeto de condenação; para além de que a referência constitucional ao caso julgado (n.º 5 do artigo 29.º da CRP) ter naturalmente um sentido protetivo do condenado e a própria Constituição se referir no artigo 282.º n.º 3 (referente a casos julgados) ao possível funcionamento deste princípio de tratamento mais favorável ao agente. Portanto, deste modo, o sentido protetivo desta refração do princípio da legalidade, aliado à própria funcionalidade do direito penal implicam a aplicação tout court destas leis penais atenuadoras.¹⁷

7.4. As chamadas leis penais temporárias

O n.º 3 do artigo 2.º do CP exceciona da aplicação retroativa da lei penal mais favorável as designadas leis temporárias, que são estabelecidas para um determinado período de tempo calendarizado ou em face de certos condicionalismos próprios.¹⁸ Em verdade a sua não previsão no texto constitucional nada é de estranhar. De facto, efetivamente estas leis não são qualquer exceção ao princípio em causa, porque simplesmente entre elas e as restantes normas não há lugar a qualquer fenómeno de revogação ou alteração normativa. Simplesmente trata-se aqui de objetos diferentes e, portanto, não implicando mudanças de conceção do legislador sobre uma mesma matéria.¹⁹ Se tal acontecer a aplicação retroativa mais favorável será óbvia.

7.5. A questão da proibição da analogia

O artigo 29.º da CRP afirma, como referimos, a inevitabilidade da lei para que qualquer incriminação, agravação da responsabilidade penal ou ainda a definição de estados de perigosidade ou aplicação de medidas de segurança (eventualmente mais graves) possam ter lugar. O CP vai em princípio mais longe proibindo a utilização da analogia na aplicação das leis penais (artigo 1.º n.º 3).²⁰ Este

¹⁷ Sobre isto, cf. CARVALHO, Taipa, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2008, pp. 318 – 44.

¹⁸ Sobre isto, JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlin-New York, De Gruyter, 1993, p. 98.

¹⁹ Sobre isto com indicações bibliográficas, CARVALHO, Taipa, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2008, pp. 261-2.

²⁰ Ainda que entendendo que a CRP no artigo 29.º já proíba a analogia, refere Figueiredo Dias adequado político-criminalmente este normativo do CP, *Direito Penal I*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra

aspeto reveste-se de particular melindre no que se refere à utilização de conceitos indeterminados ²¹(v.g., a “especial censurabilidade ou perversidade do agente”, n.º 1 do artigo 132.º ou os “juízos ofensivos da sua honra ou consideração”, n.º 1 do artigo 180.º, ambos do CP), em que pela natureza das coisas a analogia está presente por via da infinidade de objetos que estes conceitos abarcam²² e contrariamente à utilização de conceitos fechados (v.g., *matar* ou *pessoa*, artigo 131.º do CP), onde, independentemente da possibilidade de zonas de maior ou menor indeterminação na fixação do seu sentido final, uma vez este determinado, cessa naturalmente a sua inicial indeterminação. Deste modo a utilização de conceitos indeterminados só deverá ser aceite face à impossibilidade de utilização de conceitos fechados para uma adequada proteção jurídico-penal.²³ No que se refere aos anteriormente citados “*princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos*” (n.º 2 do artigo 29.º da CRP), a sua aceitação, “nos limites da lei interna” (redação inerente a este normativo constitucional), tendo em conta, quer o disposto no artigo 8.º n.º 1 da CRP (cláusula automática de receção do direito internacional comum), quer ainda a sua consagração no n.º 3 do artigo 22.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (previsto entre nós na Lei n.º 31/2004 de 22 de Julho), ao lado dos tipos legais de crimes aí expressamente previstos (artigos 5.º a 8.º), acaba por não sofrer contestação.²⁴

8. Conclusão

Face às limitações de texto impostas na redação deste texto, procuramos deste modo tratar de alguns dos problemas mais candentes inerentes ao sentido político-criminal e axiológico do artigo 29.º da CRP, fornecendo ao leitor o conteúdo essencial do preceito em causa.

Editora, 2007, p. 187. A única questão que aqui se pode colocar é a de saber se a analogia não constituirá uma forma indireta de a lei regular situações não expressa mente por ela previstas (interpretação extensiva do preceito em causa).

²¹ Lembremos a afirmação de Schönemann sobre o princípio da determinabilidade como o ponto baixo da regra *nulla poena sine lege*, “*Nulla Poena sine lege?*”, Berlin-New York, De Gruyter, 1978, pp. 6, 8.

²² Neste sentido, MONTEIRO, Conde, *Direito Penal I*, Braga, ELSA; p. 57.

²³ MONTEIRO, Conde, *Direito Penal I*, Braga, ELSA; p. 57.

²⁴ Cf. neste plano, BRITO, Sousa e, “A Lei Penal na Constituição”, in *Estudos sobre a Constituição*, 2.º Vol., Lisboa, Petrony, 1978, pp. 242-3; SILVA, Marques da, *Direito Penal Português*, I, 2.ª ed., Verbo, 2001, p. 252; DIAS, Figueiredo, *Direito Penal I*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 178-9.

OS EFEITOS DA HARMONIZAÇÃO JURÍDICA POR VIA DO REENVIO PREJUDICIAL. ANÁLISE COMPARADA ENTRE OS SISTEMAS VIGENTES NA UNIÃO EUROPEIA, NA COMUNIDADE ANDINA DE NAÇÕES E NO MERCADO COMUM DO SUL

Francielle Vieira Oliveira

Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas Universidade do Minho/CAPES

1. Introdução

No conhecido poema de John Donne “*No man is an island*” conseguimos captar a essência integrativa da natureza humana, que por sua vez não se afasta da máxima de Aristóteles que proclama ser o homem um «animal político», o que significa antes de mais que a realização daquilo que é o seu bem o impele para a *polis*, ou seja, para uma comunidade política. Mais tarde esta *polis* transformar-se-ia em «Estado» pelas vias de um «contrato social», cujas “cláusulas” haveriam de ser revistas após alguns acontecimentos do século XX, nomeadamente as duas grandes guerras mundiais e o fenómeno da globalização após o fim da guerra fria. De fato esses acontecimentos impuseram em favor da «inclusão do outro» a necessidade de flexibilização das soberanias estatais no contexto de um novo espaço «comunicacional» das relações internacionais, económicas, políticas, sociais, culturais e mediáticas.

Desde então o direito (constitucional nacional) foi e tem sido concetualizado sob uma ótica para além das fronteiras do Estado e com lentes que ampliam

inclusivamente a lógica clássica dos tratados internacionais (especialmente em matéria de direitos humanos), já que fomos confrontados com outros modelos de ordem jurídica, de entre as quais as integrações regionais da União Europeia, bem como também da Comunidade Andina de Nações e do Mercosul podem ilustrar.

Neste trabalho perpassaremos as questões relacionadas ao pluralismo normativo-constitucional forjado a partir do surgimento de novos centros de poder na «constelação pós-nacional», que por sua vez colocou em causa o conceito bodiniano de soberania estatal e redefiniu o universo político no qual até então o Estado reivindicava a referência exclusiva dos elementos constitucionais. O pluralismo normativo-constitucional, também conhecido na doutrina anglo-saxónica por “*multilevel constitutionalism*”¹, ou pela doutrina portuguesa e italiana respetivamente como “interconstitucionalidade”² e “*diritto intercostituzionale*”³, permite-nos fazer uma reinterpretação da leitura do “contrato social”, que agora conta não só com um determinado “povo”, mas antes reúne povos de uma “confederação” de Estados que, unidos por objetivos comuns, estabelecem regras de convivência recíprocas em plano regional, as quais entretanto somam-se às normas nacionais e internacionais.

A partir dessa abordagem nos debruçaremos (despretensiosamente) sobre os efeitos da harmonização (ou de acomodação e aplicação) das referidas normas de fontes e legitimidade diversas que compõem um ordenamento jurídico regional, através do procedimento de reenvio prejudicial, isto é, o instrumento que viabiliza a cooperação e o diálogo entre os tribunais nacionais e supranacionais com o objetivo de assim assegurar a efetividade do direito supranacional no espaço regional e ao mesmo tempo também garantir por este canal o mesmo *standard* de tratamento dos seus cidadãos.

¹ Sobre a teoria do *multilevel constitutionalism*, veja: PERNICE, Ingolf, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in “European Law Review”, 2012, disponível em « <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf>».

² Sobre a teoria da interconstitucionalidade, veja: PIRES Francisco Lucas, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 1997. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Brançosos» e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2012. OLIVEIRA Francielle Vieira, *A interconstitucionalidade da União Europeia: tendências de um constitucionalismo pós-nacional*, in “Revista Jurídica Estácio/UNISEB”, Ano IV, N.º 4, 2014, p. 109-117. SILVEIRA Alessandra, “Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial”, in Alexandre Walmott Borges e Saulo de Oliveira Pinto Coelho (coord.), *Interconstitucionalidade e Interdisciplinariedade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, Uberlândia, Laboratório Americano de Estudos Comparados, 2015, p. 20-84.

³ Sobre o direito «intercostituzionale», veja, RUGGERI, Antonio, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in “Dir. pubbl. Comp”. ed eur., 2/2001.

2. Dos efeitos da harmonização jurídica por via do reenvio prejudicial no ordenamento jurídico europeu

Tendo em conta o pluralismo normativo-constitucional do ordenamento jurídico europeu, importa saber que as normas de direito da União Europeia (UE) não obedecem a um critério de aplicação «*top down*», pois não estão sujeitas ao princípio tradicional da hierarquia das normas, mas sim ao princípio da competência – “*a hierarquia só se dá entre normas procedentes do mesmo sujeito e não numa relação entre dois ordenamentos*”⁴.

Para fundamentar esta lógica não hierárquica de articulação entre as esferas jurídicas nacionais e o sistema jurídico da UE, destacamos o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que, através do mecanismo de reenvio prejudicial (consubstanciado atualmente nos artigos 19.1.b do TUE e do artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE), decompôs uma série de princípios que além de moldarem o processo de constitucionalização dos tratados da UE, revelaram-se indispensáveis à própria efetividade do sistema jurídico europeu.

A partir do primado, recortado jurisprudencialmente pelo TJUE no acórdão Costa/ENEL⁵, uma norma de direito da UE não seria imposta ao ordenamento jurídico nacional em razão de ser-lhe hierarquicamente superior, mas sim por gozar de uma preferência aplicativa em benefício da própria funcionalidade sistémica. Logo o primado serviria como critério de resolução de conflitos internormativos – isto é, o problema da convivência entre normas provenientes de distintas fontes, sem entretanto comprometer a supremacia da Constituição dos Estados-Membros, já que simplesmente se fundamenta na aplicação preferente da norma europeia perante a norma nacional que lhe é desconforme.

No acórdão Simmenthal⁶, o TJUE não só reforçou o princípio do primado como também definiu o conteúdo da função do juiz nacional (enquanto juiz europeu) e estabeleceu o modo como ela haveria de ser exercida, afirmando a este respeito que “[...]o juiz nacional responsável, no âmbito das suas competências, pela aplicação de disposições de direito comunitário, tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário for, da não aplicação de qualquer norma de direito interno que as contrarie, ainda que tal norma seja posterior, sem que tenha de solicitar ou esperar a prévia eliminação da

⁴ Cfr. SILVEIRA, Alessandra, *Constituição, ordenamento e aplicação de normas europeias e nacionais*, in “Polis – Revista de Estudos Jurídico-Políticos”, n.º 17, 2008, p. 73 e 80.

⁵ TJUE – Processo 6/64, de 15 de Julho de 1964.

⁶ TJUE – Processo 106/77, de 9 de Março de 1978.

referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional” (Considerando 24).

Por força das decisões prejudiciais nos acórdãos acima citados, os Estados-Membros estão obrigados ao cumprimento do princípio do primado, o que significa dizer que é exigido ao juiz nacional que respeite e aplique o direito da UE, segundo as características que são próprias e específicas do sistema jurídico europeu, designadamente pela sua uniformidade.

Por sua vez o princípio do efeito direto, fruto da decisão prejudicial delineada pelo TJUE no Acórdão Van Gend & Loos⁷, atribuiu aos nacionais dos Estados-Membros direitos suscetíveis de integrarem as suas *esferas jurídicas e de serem por eles invocados em tribunal, nos termos seguintes*: “[...] o direito comunitário, independentemente da legislação dos Estados-Membros, da mesma forma que cria encargos para os particulares, está igualmente vocacionado para dar origem a direitos que fazem parte do seu património jurídico, quer estes provenham de uma atribuição explícita feita pelo Tratado, quer de obrigações que o Tratado impõe de uma maneira bem definida tanto aos particulares como aos Estados-Membros e às instituições comunitárias.”⁸

Do exposto, podemos afirmar que a criação jurisprudencial da expressão efeito direto do direito da UE designa a capacidade deste em criar direitos (e também obrigações), na esfera jurídica dos particulares, direitos esses invocáveis perante os tribunais encarregados de os garantir, quer perante os poderes públicos (efeito direto vertical), quer perante outros particulares (efeito direto horizontal). Mas para garantir o efeito útil das disposições da UE e assegurar que as pretensões dos particulares decorrentes do direito da UE fossem salvaguardadas, nasceu da evolução inerente ao processo de integração europeia, com respaldo evidente nas decisões prejudiciais do TJUE, o princípio da tutela jurisdicional efetiva⁹.

Atualmente a tutela jurisdicional efetiva encontra-se regulada nos artigos 19/1 do TUE e no artigo 47 da CDFUE. Face à sua relevância, tanto a UE quanto seus Estados-Membros são responsáveis por assegurar os meios que possibilitem o seu exercício. Quando os Estados-Membros aderiram à UE, aceitaram limitar a sua soberania. Como consequência, obrigaram-se a garantir a efetividade e uniformidade do direito da UE, sem o que não seria possível a equiparação de tratamento dos particulares, ou a garantia da tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos que decorrem do ordenamento jurídico europeu. Nesta medida sublinhamos que a proteção jurisdicional dos particulares depende, sobretudo, do

⁷ TJUE – Processo 26/62, 5 de Fevereiro de 1963.

⁸ TJUE – Processo 26/62, 5 de Fevereiro de 1963, pp. 210-211.

⁹ Veja, por exemplo, o Acórdão Johnston, TJUE - Processo C-222/84, 15 de Maio de 1986.

acesso ao TJUE, ainda que de modo indireto por via do reenvio prejudicial.

O reenvio judicial assume portanto duas funções importantíssimas para o processo de integração da UE, cujos efeitos revelam-se na harmonização dos preceitos interpretativos das normas que integram o ordenamento jurídico europeu, bem como também na consequente tendência de equiparação de tratamento entre os cidadãos europeus – que de resto servem para fundamentar uma União que pretende ser de direito.

Neste sentido frisamos que se não fossem os litigantes – “*a força motriz do processo de integração, como diria Joseph Weiler*¹⁰” –, os tribunais nacionais não poderiam provocar o TJUE através do reenvio prejudicial, o que significa dizer que não teria sido possível a construção principiológica que faz parte do *acquis communautaire*, que, a par dos tratados constitutivos, afigura-se como meios garantidores não só da uniformidade do direito da UE, mas também da igualdade jurídica e da tendencial equiparação das situações de vida dos cidadãos europeus.

3. Dos efeitos da harmonização jurídica por via do reenvio prejudicial no ordenamento jurídico andino

O Tratado Constitutivo do Pacto Andino (o Acordo de Cartagena) tem por base o funcionamento da então Comunidade Europeia (hoje UE), distinguindo-se no entanto pelo fato de inicialmente não ter previsto o estabelecimento de um tribunal competente para interpretar e dizer da validade das normas andinas. Contudo, em meados da década de 70, verificou-se que as normas do Pacto Andino estavam a sofrer grande resistência no que tange à sua aplicação pelos seus Estados-Membros. Em razão disso considerou-se essencial para a continuidade da integração a criação de um Tribunal de Justiça Andino (TJA), nos moldes do TJUE.

Somente a partir dos anos 90, no entanto, é o que TJA passou a ter uma atividade expressiva. Além de ter sido implementado naquele momento uma política de favorecimento das liberdades económicas – que inclusivamente implicou na mudança do nome de Pacto Andino para Comunidade Andina –, destacamos a aprovação de um conjunto de normas que passaram a regulamentar a propriedade intelectual a nível regional, o que de fato impulsionou o interesse por uma maior interação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e os juizes do

¹⁰ In, *The Constitution of Europe: Do new clothes have an emperor? And other essays on European integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 19-20.

TJA, através principalmente do mecanismo de reenvio prejudicial¹¹, atualmente previsto nos artigos 32 ao 36 do Protocolo de Cochabamba.

Neste diapasão o TJA teve a oportunidade de estabelecer em suas primeiras decisões prejudiciais os princípios do primado e do efeito direto das normas andinas¹², tal como o TJUE assim também se pronunciou na sua incipiente jurisprudência.

Na sua primeira decisão prejudicial o TJA explicou o funcionamento do sistema jurídico andino nos termos seguintes: “*a) o sistema jurídico do Acordo de Cartagena tem a sua própria identidade e autonomia, constitui um direito comum e faz parte dos sistemas jurídicos nacionais; b) o sistema jurídico do Acordo prevalece no âmbito da sua competência, sobre as normas nacionais, sem que atos ou medidas unilaterais dos Estados-Membros possam se opor a este sistema legal; c) as decisões que impliquem obrigações para os Estados-Membros entram em vigor na data indicada*”¹³.

No âmbito dessa jurisprudência o TJA demonstrou o seu entendimento no sentido de que transplantar o modelo do TJUE implicava também a adoção de duas doutrinas fundamentais do direito da UE, nomeadamente a supremacia das suas normas e o seu efeito direto no ordenamento jurídico nacional. O TJA também estabeleceu a sua relação com os tribunais nacionais, enfatizando tanto a sua competência exclusiva para interpretar e dizer da validade do direito andino, e o papel dos tribunais nacionais na aplicação das normas andinas.

Na sua segunda decisão prejudicial¹⁴, o TJA reiterou que a norma andina tem primazia sobre o direito nacional que lhe é desconforme, bem como incorporou o postulado da doutrina Simmenthal do TJUE, determinando que os juízes nacionais deveriam assegurar o pleno efeito das normas andinas, desaplicando, se necessário, a norma nacional que lhes fosse desconforme.

Tomados em conjunto esses dois princípios, somos levados a pensar num processo de constitucionalização dos tratados andinos tal como sucedeu com os tratados da UE, mas em decisões posteriores o TJA adotou uma interpretação diferente daquelas que haviam sido tomadas pelo TJUE em situações semelhantes. Com efeito, nos casos 1-NA-1996 e 5-IP-89, por exemplo, o TJA determinou que o Acordo de Cartagena não é uma carta constitucional rígida, sendo possível aos Estados-Membros emendá-la através da adoção de normas derivadas.

¹¹ Cfr. HELFER L.; ALTER K., *Legal Integration in the Andes: Law making by the Andean Tribunal of Justice*, in “European Law Journal”, Vol. 17, Ano 5, 2011, p. 2.

¹² Cfr. HELFER L.; ALTER K., *The Andean Tribunal of Justice and its interlocutors: Understanding the preliminary ruling reference patterns in the Andean Community*, in “Journal of International Law and Politics”, Vol. 42, Ano 4, 2009, p. 887-888.

¹³ TJA – Processo 1-IP-87, Considerando 3.

¹⁴ TJA, Processo 2-IP-88, Considerando 2.

Em outros casos o TJA até mesmo renunciou parte de sua autoridade interpretativa em favor dos tribunais nacionais. Em sede de reenvio prejudicial no caso 29-IP-98, por exemplo, não obstante o TJA tenha decidido no sentido de que a Colômbia deveria adotar medidas que não violassem a norma andina no que diz respeito ao monopólio do álcool, não adotou o próximo passo lógico da doutrina Simmenthal, nomeadamente o de instruir os juízes nacionais a fazer o que fosse necessário para dar cumprimento ao direito andino. Neste sentido os juízes nacionais passaram a considerar que não tinham autoridade legal para fazer cumprir o direito andino ou que simplesmente possuíam uma certa discricionariedade que lhes permitiam não adotar a decisão prejudicial do TJA¹⁵.

A partir de então podemos verificar que a harmonização do direito andino ficou prejudicada pelas vias jurisdicionais, tendo sido inclusivamente afetada a igualdade de tratamento dos cidadãos andinos. A insegurança jurídica provocada pelos recuos jurisprudenciais do TJA causou um impacto negativo no processo de integração andino, servindo para justificar, entre outros motivos, o seu progressivo desmantelamento¹⁶.

4. Dos efeitos da harmonização jurídica por via da opinião consultiva no ordenamento jurídico mercosulino

Desde o Protocolo de Olivos – celebrado em 2002 e com entrada em vigor em 2004 –, o Mercosul vem experimentando avanços institucionais, podendo ser destacado neste sentido o estabelecimento do Tribunal Permanente de Revisão (TPR). Não obstante a sua natureza arbitral, o TPR tem vindo a desempenhar um importante papel no processo de integração mercosulina pelo direito, nomeadamente através de suas respostas às opiniões consultivas.

Com efeito, diferentemente da UE e da Comunidade Andina, o Mercosul não adotou em seu ordenamento jurídico o mecanismo de reenvio prejudicial, mas estabeleceu as opiniões consultivas, consubstanciadas no artigo 3 do Protocolo de Olivos. Tais opiniões consultivas também constituem, nos moldes do reenvio prejudicial, um instrumento que tem por objetivo alcançar a uniformidade da interpretação do direito regional e desse modo gerar uma maior previsibilidade e segurança jurídica no bloco.

Contudo, importa saber que quer pela natureza intergovernamental do Mercosul, quer pela letra dos tratados (art.º 11.º do Regulamento do Protocolo

¹⁵ Cfr. HELFER, L./ALTER K., *Legal Integration in the Andes...*Cit., p. 10.

¹⁶ Cfr. HELFER, L./ALTER K., 2011, *Legal Integration in the Andes...*Cit., p.18.

de Olivos), as opiniões consultivas não têm efeito jurídico vinculativo como o reenvio prejudicial. Isto significa que os juízes nacionais não estão obrigados a dar o seu cumprimento, ficando conseqüentemente quase que inviabilizada a construção principiológica, especialmente do primado, desenvolvida ao longo das três opiniões consultivas proferidas pelo TPR.

De fato, embora em sua primeira opinião consultiva (1/2007) o TPR tenha entendido que as normas mercosulinas internalizadas prevalecem sobre as normas de direito interno dos Estados-Partes – sendo este entendimento sido reforçado nas opiniões consultivas subsequentes (1/2008 e 1/2009) –, devido a falta de obrigatoriedade das opiniões consultivas, porém, o primado da norma mercosulina corre o risco de não ser respeitado, pois sua aplicabilidade está à mercê da discricionariedade dos juízes nacionais.

Parte da doutrina entretanto alega que, tendo as opiniões consultivas por escopo principal garantir a uniformidade de interpretação e aplicação das normas mercosulinas, seria inconcebível negar-lhes efeito jurídico vinculativo. Neste sentido, há quem defenda a inaplicabilidade do artigo 11 do Regulamento acima mencionado, na medida em que seria incompatível com o artigo 38 do Protocolo de Ouro Preto, que por sua vez estabelece que os Estados-Partes têm a obrigação de adotar todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das normas mercosulinas em seus respectivos territórios nacionais, ou, em outras palavras, que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de dar cumprimento às normas mercosulinas, interpretando-as conforme o entendimento dado pelo TPR em suas opiniões consultivas¹⁷.

Tendo em conta os impactos da insegurança jurídica no processo de integração do Mercosul, provocada principalmente em virtude da falta de efeito jurídico vinculativo das opiniões consultivas, urge a implementação de um novo sistema no bloco. De fato esse tem sido um dos objetivos do Parlamento do Mercosul, que entretanto vem trabalhando para a criação de um Tribunal de Justiça que contemple o mecanismo de reenvio prejudicial no rastro do modelo da UE e andino¹⁸.

¹⁷ PEROTTI, Alejandro Daniel Perotti, *Rol de los abogados y jueces en las Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Valor jurídico de las Opiniones Consultivas*, Acordada n.º 13/08 de la Corte Suprema, Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 360.

¹⁸ Cfr. Parlamento do Mercosul, in *Proyecto de Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia*.

5. Conclusões

Ao longo deste trabalho deparamo-nos com três sistemas jurídicos regionais de integração, cada qual com suas particularidades e características no que diz respeito ao *judicial enforcement* de suas normas. Para tanto destacamos não só o papel desempenhado pelos tribunais, mas sobretudo a importância do mecanismo de reenvio prejudicial no processo de harmonização dos preceitos interpretativos, sem o qual restariam fragilizados, além da segurança jurídica, também a igualdade de tratamento dos direitos que para os particulares decorrem do ordenamento jurídico regional.

Neste sentido verificamos que o diálogo entre o TJUE e os tribunais nacionais, instrumentalizado pelo reenvio prejudicial, tem sido essencial na construção de uma União de direito. Lembrando que, se não fossem os sucessivos reenvios prejudiciais, o TJUE poderia não ter tido a oportunidade de desenvolver o acervo principiológico que compõe o *aquis comunitarire*, que, por sua vez, serviu como elemento fundamental de constitucionalização dos tratados constitutivos da UE e revelou-se indispensável à própria efetividade do sistema jurídico europeu.

Os resultados alcançados através do reenvio prejudicial no sistema jurisdicional europeu não foram obtidos no entanto com o mesmo êxito no sistema jurisdicional andino. Pese a Comunidade Andina ter transplantado o modelo europeu de reenvio prejudicial – ainda que com algumas diferenças, principalmente no que diz respeito à sua obrigatoriedade –, verificamos que o TJA não o utilizou a favor da integração jurídica, mas, pelo contrário, reafirmou a fragilidade política dos Estados-Membros na persecução dos seus objetivos comunitários.

Por fim, verificamos as dificuldades encontradas pelo direito do Mercosul no processo de harmonização das suas normas por via das opiniões consultivas, uma vez que não possuem efeito jurídico vinculativo. Mas enquanto o ordenamento jurídico mercosulino não se enveredar por uma reforma do seu sistema jurisdicional, não podemos entretanto deixar de destacar as opiniões consultivas como importantes precedentes para os tribunais nacionais, marcando isso desde já o início de uma integração pelo direito.

GALIZA E LUSOFONIA NA ESTEIRA DO 20-D EM ESPANHA¹

George Rosa-Acosta
Universidade do Minho

1. Escócia, Catalunha, Galiza: o direito a decidir?

Em setembro de 2014, com uma margem estreita, os cidadãos escoceses votaram para ficar dentro do Reino Unido. Após um ano, o chamado «direito a decidir» figura de forma proeminente no discurso público associado à decisão do Generalitat catalão de promover uma consulta não vinculativa sobre a independência da Catalunha. O Tribunal Constitucional de Espanha, porém, tem outra visão e, em junho de 2015, este órgão condenou o Generalitat, afirmando que aqueles atos se tratavam de “*inconstitucionales en su totalidad, en cuanto viciadas de incompetencia, por no corresponder a la Comunidad Autónoma la convocatoria de consultas que versan sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento del orden constitucional*”². Os dois partidos que têm dominado as urnas desde que o país se tornou democrático concordam com o Tribunal.

Contudo, importantes sectores da sociedade apoiam os movimentos para garantir uma autonomia maior ou mesmo a independência às periferias. No 36.º aniversário da constituição democrática espanhola de 1978 ocorreu uma manifestação na Galiza: uma centena de independentistas, afirmando “*identificar-se mais com Portugal que com Espanha*”, pediu de novo a independência frente ao Parlamento da Comunidade Autónoma da Galiza, em Santiago de Compostela.

1 Por vontade do Autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

2 Sentencia 138/2015, de 11 de Junho de 2015, consultada em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/Sentencia.aspx?cod=21316>, em 4.03.2016.

Nesse 6 de Dezembro, uma delegação catalã deslocou-se à capital galega e participou na mesma manifestação.³

Um ano depois, nas eleições gerais que serão lembradas com o nome de «20-D», os eleitores indicam que querem acabar com a hegemonia bipartidária dos populares (conservadores) e os socialistas do país. Na Galiza, a coligação esquerdista En Marea conquista o segundo maior número de votos. Esta En Marea conta com nacionalistas galegos tanto como com o partido Ciudadanos – o qual, por sua vez, apoia o nacionalismo catalão – e a sua plataforma política defende o «Dereito a decidir».⁴ Dois meses depois, na capital madrilenha, a polícia prende dois marionetistas pela prática do crime de enaltecer o terrorismo após eles terem apresentado um espetáculo que aludiu ao violento grupo nacionalista basco ETA, o qual leva apenas quatro anos de cessar-fogo. Entretanto, no momento da redação, enquanto a agitação periférica continua, a Espanha ainda espera que se forme um governo com base nos resultados do 20-D.

É ponto assente que uma das questões principais no que diz respeito à governação no Reino da Espanha nestes tempos é identitária: quais são os desencontros entre diferentes visões prevaletentes entre os espanhóis enquanto sujeitos políticos? Como surgiram estas diferenças, e em que sentido impactam a democracia? Estes desencontros têm produzido vários nacionalismos infra estaduais que a democracia espanhola enfrenta, mas o presente artigo irá focalizar-se no caso da Galiza, o qual se enquadra nas problemáticas espaciais-ideológicas da lusofonia. Podemos entender os resultados do 20-D na Galiza como a expressão de um descontentamento geral, agravado por um conjunto de factores centrífugos: o papel da lusofonia na imaginação galega, os independentismos periféricos dentro do território espanhol, bem como o enquadramento das nacionalidades infra estaduais e a União Europeia.

2. Sempre na periferia? Lusofonia e Hispanofonia

“A cultura galega orientase simultaneamente en dirección ás utopías lusófonas como en dirección aos confíns pragmáticos das culturas hispanófonas”⁵.

Antes de mais, é conveniente definir o papel da Galiza no espaço lusófono, e discutir de que forma os galegos ocupam uma posição simbólica na

³ JOAQUIM GOMES, Galiza desafia Espanha, consultado em <http://www.sol.pt/noticia/121453/galiza-desafia-espanha>, em 4.03.2016.

⁴ Crf. 20 propostas para o 20D, consultado em <http://enmarea.gal/20-propostas-para-o-20d/dereito-a-decidir/18-soberania-cidada/>, em 4.03.2016.

⁵ BALTRUSCH, Burghard, *Galiza e a Lusofonia – unha tradución entre a miraxe e a utopia*, in “Galicia 21: Journal of Contemporary Galician Studies”, n.º 1, 2009, pp. 15-16.

lusofonia, que é quase simétrica ao papel periférico dos galegos no espaço da identidade espanhola contemporânea. Entendemos por «lusofonia» o espaço de comunicação regido pela língua portuguesa em todas as suas vertentes e a memória histórico-cultural resultante.⁶ Este património é partilhado por um número elevadíssimo de pessoas em muitos países. Contudo, as afinidades linguísticas têm limites importantes: o livro africano é quase sempre impresso em Portugal, mas entre Portugal e o Brasil o livro viaja pouco e chega caro; em vez disso, é editado localmente, com adaptação ortográfica, lexical e sintáctica, o que é uma forma atenuada de tradução... além disso, as vozes portuguesas só passam no Brasil com legendas.⁷

Daí que existam fracturas linguísticas dentro do mesmo espaço lusófono, apesar do Acordo Ortográfico e as comunicações em massa.

A questão do lugar dos galegos neste panorama conduz a disputas quer para a memória histórico-cultural quer para o consenso linguístico. Ora, a narrativa típica da história linguística da Galiza costuma assumir a seguinte forma: na Baixa Idade Média, o galaico-português era o idioma dominante na região noroeste da Península Ibérica.⁸ À medida que os reinos cristãos se iam expandindo para o sul, esta língua também se ia enraizando no território que viria a ser Portugal. Da independência política deste país no século XII surgiu o início da diferenciação das línguas em lados opostos das duas margens do rio Minho. Na Galiza, a língua galega permaneceu como idioma dominante – na oralidade e na textualidade, entre plebeus e privilegiados – entre os séculos XIII e XV. No início dos tempos modernos, enquanto Portugal difundia sua hegemonia cultural pelas colónias no ultramar, barões castelhanos conquistavam cada vez mais posições de poder nas hierarquias eclesiásticas e administrativas da Galiza.

Com as consolidações políticas que se deram sob a liderança dos Reis Católicos, surgiu uma diglossia de tremenda importância histórica que associava e associa o idioma castelhano com prestígio e privilégio, e o idioma galego com a pobreza e o atraso, na imaginação popular e nas relações de poder, tanto dentro como fora da Galiza. Barreiro Fernández descreve a vasta “*literatura castelá de escarnio e de menosprezo contra os galegos, tanto na súa versión culta como popular*”⁹ desde o Renascimento até à modernidade tardia. O povo da Galiza, por sua

⁶ LOURENÇO, Eduardo, *A nau de Ícaro seguido de imagem e miragem da lusofonia*, Lisboa, Gradiva, 1999, p. 174.

⁷ CASTRO, Ivo, *Galiza no espaço cultural e simbólico da Lusofonia*, in “Grial”, n.º 180, 2008, pp. 12-13.

⁸ DEL VALLE, José, *Monoglossic policies for a heteroglossic culture: misinterpreted multilingualism in Modern Galicia*, in “Language and Communication”, n.º 20, 2000, p. 107 *et passim*.

⁹ BARREIRO FERNÁNDEZ, Xosé R. – Galicia e Castela: Orixe, Evolución e Fracaso do Mito Anticastelán, in *Actas VII Congreso Internacional de Estudos Galegos: mulleres en Galicia: Galicia e os outros pobos da península: Barcelona, 28 ó 31 de maio de 2003*, in Edicións do Castro, 2007, p. 25.

vez, finalmente respondeu com uma mitologia anti-castelã paralela no século XX, que surgiu junto ao nacionalismo que glorificou os galegos.

No entanto, foi na segunda metade do século XIX que determinados intelectuais galegos movidos pelas correntes nacionalistas do Romantismo começaram a majorar o prestígio da sua língua e cultura. Mesmo assim, os galegos da actualidade não têm escapado a uma certa internalização do desprezo à língua: na imaginação popular galega existe uma *“dichotomy between Galician as the language of the ‘aldeia’, rurality and the values associated with that lifestyle and Spanish as the language of a ‘modern’, ‘progressive’, ‘young’ and ‘urban’ lifestyle [that reflects] the former linguistic divide between the two languages prior to the implementation of language policy”*.¹⁰

Contudo, as opiniões sobre esta temática são diversas. Na actualidade há duas grandes escolas de pensamento sobre o papel do galego enquanto língua na lusofonia: o oficialismo/autonomismo e o reintegracionismo. Na visão oficial, chamada «isolacionista» pelos aderentes a outros dogmas, por mais que o galego e o português contemporâneo partilhem afinidades, são idiomas distintos. No movimento minoritário reintegracionista o galego é mais outra variante do português, língua pluricêntrica que conta com vertentes em três ou quatro continentes.

Segundo Rodríguez Prado, com o apelo lusista *“tenta-se afastar o fantasma da total irregularidade do galego”*.¹¹ Cabe mencionar que os reintegracionistas usam uma ortografia mais semelhante à do português. De todas formas, o precursor deste movimento é a «ideologia da morte da língua» nos escritos galegos do século XX após a morte de Franco. Estes autores opunham-se à construção de uma mitologia nacional galega. Em alternativa advogavam que o galego era uma língua proletária destinada à morte, esquecida e enterrada pela modernidade. A única forma pela qual os galegos poderiam fugir da castelhanização madridista no largo prazo, era, portanto, pela adaptação do português, um idioma moderno e cosmopolita.¹²

Claro está que os galegos partilham uma relação privilegiada – embora disputada – com Portugal. A vizinhança geográfica das duas margens do rio Minho e o parentesco entre Galiza e Portugal conduziu a convergências notáveis

¹⁰ O'ROURKE, Bernadette, *Conflicting values in contemporary Galicia: attitudes to 'O Galego' since autonomy*, in “International Journal of Iberian Studies” n.º 16.1, 2003, p. 44-45.

¹¹ RODRÍGUEZ PRADO, María Felisa, “Portugal e Catalunha no sistema cultural galeguista através das revistas no tardofranquismo”, in *Actas VII Congreso Internacional de Estudos Galegos: mulleres en Galicia: Galicia e os outros pobas da península: Barcelona, 28 ó 31 de maio de 2003*, Edicións do Castro, 2007, p. 666.

¹² BARREIRO FERNÁNDEZ, X.R., F. DÍAZ-FIERROS, G. FABRA BARREIRO *et al.* – *Los Gallegos*, Madrid, Ediciones Istmo, 1976, p. 40.

na memória cultural recente, em especial durante o período do fascismo ibérico duplo. José Afonso, por exemplo, estreou o «Grândola» numa residência universitária na capital galega.¹³ E foi no Porto na década de 1970 que membros da esquerda nacionalista galega conseguiram publicar vários livros antifranquistas.

Contudo, de acordo com Ivo Castro, “a irmandade galego-portuguesa não responde pelos contactos da Galiza com o Brasil ou com África. Isso é verdade: ao contrário da União Europeia, a aproximação a um estado da lusofonia não garante automático acesso a todos os outros.”¹⁴ A saber: mesmo que possamos situar a identidade linguística-cultural da Galiza dentro do espaço lusófono, temos que situá-la na periferia. Por conseguinte, o papel dos galegos na lusofonia tem uma simetria importante com o papel deles na Hispanofónia do estado espanhol assim como dos países que têm acolhido comunidades diásporas galegas. E é precisamente por esta questão da distância dos centros de poder hispânicos que os galegos encaixam-se bem dentro do espaço lusófono. Referi há pouco que a distância e o pluricentrismo definem a lusofonia: cabe recordar que “as vozes portuguesas só passam no Brasil com legendas.”¹⁵ Conforme escreve Burghard Baltrusch, este espaço é uma enaltecida «convivencia de linguas, dialectos e crioulos debaixo dun paraugas lingüístico-ideolóxico».¹⁶

3. Enquadramento do supersistema federal e as minorias

Quando a constituição democrática de 1978 entrou em vigor, iniciou a época do *Estado de las Autonomías*, uma organização territorial que confere medidas importantes de autonomia a comunidades regionais. Aliás, a devolução do poder tem sido assimétrica, o qual é consistente com o federalismo, de acordo com a caracterização feita por Stepan e outros politólogos.¹⁷ Muitas vozes do discurso público, porém, recusam aceitar esta realidade e em lugar de fazê-lo propagam o mito unitário.

Na realidade, pode dizer-se que a organização estatal de Espanha está conforme a noção na literatura da ciência política da cidadania multicultural: o seu aspeto fundamental é que rejeita o antigo ideal do estado-nação homogéneo e unitário. Kymlicka defende que um estado multicultural “*aceita que individuos*

¹³ SAMARTIM, Roberto, *O 25 de abril na Galiza dos anos setenta: impactos e conseqüências*, in “Revista Diacrítica”, n.º 28.2, 2014, p. 23.

¹⁴ Ivo Castro, *Galiza no espaço cultural e simbólico da Lusofonia*, p.17.

¹⁵ Ivo Castro p. 12-13.

¹⁶ Burghard Baltrusch, *Galiza e a Lusofonia – unha tradución entre a miraxe e a utopia*, p. 6.

¹⁷ STEPAN, Alfred, *Arguing Comparative Politics*, Oxford e New York, Oxford University Press, 2001, p. 215 et *passim*.

devem ser capazes de aceder as instituições estatais e agir como cidadãos plenos e iguais na vida política sem terem que ocultar ou negar as suas identidades etnoculturais.¹⁸ Por conseguinte, o estado multicultural visa privilegiar a cultura dos grupos não dominantes e dominantes na mesma medida, para impedir um grupo dominante de ser «dono» do estado, tal como ocorre na construção de um estado-nação. O multinacionalismo, por sua vez, é uma forma do multiculturalismo que eleva vários grupos étnicos ao nível de «nações», ou, no caso da Espanha, «nacionalidades históricas». E o federalismo multinacional tipicamente dito inclui subunidades que têm poderes assimétricos – a título de exemplo invoco o «concerto económico» entre Madrid e o País Basco tanto como Navarra.

Ora, chamo de «supersistema federal» a armadura governamental na qual os eleitores galegos se situam: abrange o criptofederalismo espanhol assim como o federalismo emergente da União Europeia. Este enquadramento político é um sistema orgânico dentro do qual as periferias e em especial os nacionalismos periféricos demonstram uma capacidade acentuada para influenciar-se mutuamente: o que acontece é um efeito cascata. Não se trata somente da capacidade dos movimentos políticos em inspirar-se entre si, tal como acontece no caso do Podemos e a esquerda política latino-americana, mas também do facto de que estas periferias em distintos países existem dentro dos mesmos parâmetros institucionais da União Europeia. Portanto as atividades de um movimento - a retórica, as estratégias de abordagens institucionais, os projetos de estimulação cultural - servem como exemplo imediato para os outros. Vale frisar que os partidos com tendências do nacionalismo infra estadual encontram-se em diferentes posições no panorama ideológica europeia: os nacionalistas da Escócia e no País de Gales tendem a ser de esquerda, tanto como os da Valónia; os da Catalunha e da Flandres por regra são de direita. En Marea, por sua parte, é um movimento de clara inspiração esquerdista.

Os dois exemplos principais de movimentos periféricos ou nações infra estaduais são os nacionalistas flamengos na Bélgica e os nacionalistas escoceses no Reino Unido. O descontentamento dos flamengos, falantes de holandês, no que diz respeito ao seu status dentro da Bélgica deu aso a uma crise da instabilidade política culminando com 589 dias sem um governo entre 2010 e 2011. E em 2014 estes nacionalistas entraram dentro da coligação que forma o governo atual,¹⁹ e na actualidade estão a declarar que poderão provocar mudanças radi-

¹⁸ KYMLICKA, Will, *Multicultural states and intercultural citizens*, in “Theory and Research in Education”, n.º 1.2, 2003, p. 150.

¹⁹ Cf. *Separation revised*, publicada em 11.10.2014 em <http://www.economist.com/news/europe/21623750-flemish-nationalists-get-first-taste-government-uncertain-results-separatism>, 2014, visitado em 4.03.2016.

cais na estrutura estatal.²⁰ Também em 2014 houve o referendo sobre a independência da Escócia, na sequência do qual os eleitores que queriam ficar dentro do Reino Unido venceram por uma margem de 10 pontos percentuais. Tanto estes eventos como a agitação periférica de Espanha são movimentos que ocorrem dentro do mesmo supersistema federal europeu e portanto partilham uma dinâmica de instituições e atores políticos que se influenciam entre si.

Já na década de 1990 na Espanha os líderes nacionalistas que apareceram apresentavam uma tendência para advogar «la plena independencia dentro de Europa», tomando como modelo o Scottish National Party bem como o «soberanismo» do Quebec.²¹ Mas é o caso da potencial independência escocesa o qual interessa mais. O estado britânico encomendou vários relatórios sobre o assunto. Primeiro veio o informe *Devolution and the implications of Scottish independence*, o qual inclui um parecer de dois juristas que defendem que uma Escócia independente teria que cumprir com o processo de adesão previsto no Artigo 49.º do TEU, porque o resto do Reino Unido seria o estado sucessor ou «continuator».²² O primeiro-ministro britânico, David Cameron, declarou que esta lógica aplicar-se-ia também na eventualidade de uma Catalunha independente, que não teria hipótese de ficar dentro da União.²³ Contudo, há outras perspectivas. De acordo com Sionaidh Douglas-Scott, o procedimento para uma emenda prevista no Artigo 48.º do Tratado da União Europeia possibilita um ‘alargamento interno’ dentro da União em vez de um processo normal de adesão para novos Estados-Membros.

Naturalmente, o caminho trilhado por diversos movimentos independentistas aplicar-se-ão à questão de uma Galiza independente, se as forças separatistas lá ganharem fôlego. De qualquer das formas, os sinais indicam que o autonomismo na Galiza chegou para ficar. A cultura política espanhola atribui à autonomia descentralizada um alto valor democrático.²⁴ O porquê torna-se compreensível: segundo ensina Moreno, “*Any form of federalism or wish for self-*

²⁰ NEUGER, James G., *Belgium’s Separatists Reawaken as Nationalism Stalks Europe*, consultado em <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-01-21/belgium-s-separatists-reawaken-as-nationalism-stalks-europe>, em 4.03.2016.

²¹ NÚÑEZ SEIXAS, Xosé M. – *La nación en la España del siglo XXI: Un debate inacabable*, in “Pasado y memoria: Revista de historia contemporánea”, n.º 9, 2010, p. 140.

²² Cfr. *Devolution and the implications of Scottish Independence*, consultado em https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/79417/Scotland_analysis_Devo-lution_and_the_implications_of_Scottish_Independan..._1_.pdf, em 4.03.2016.

²³ Cfr. *Britain’s Cameron: Independent Catalonia would be out of EU*, consultado em <http://big-story.ap.org/article/328feb5c43e6458caf3610529f906eb0/britains-cameron-independent-catalonia-would-be-out-eu>, em 04.03.2016.

²⁴ MORENO, Luis, *The Federalization of Spain*, London e Portland, Oregon, Frank Cass Publishers, 2001, p. 97.

-government was understood by the Franco regime as separatismo”²⁵ Os partidos de direita da Espanha atual também defendem uma visão do nacionalismo como jacobino, unitário e centralizador.²⁶

Daí que o presidente do governo e líder dos conservadores atual, Mariano Rajoy, se refira à «unidade da Espanha» nos discursos, em particular quando se trata da questão dos independentismos (o nacionalismo basco, por sua vez, tem usado o termo «união» em lugar de unidade²⁷). E assim como os conservadores do ontem construíram uma «armadura catastrofista» discursiva para descrever as possibilidades de uma Espanha desintegrada,²⁸ os de hoje continuam esta tradição. Contudo, o nível de autonomia que as comunidades gozam tem-se tornado fundamental no ordenamento político: hoje em dia estas comunidades gerem quase 55 por cento do orçamento público.²⁹ E nem o partido do Rajoy fala de apagar esta realidade.

No caso da Galiza, segundo Máiz e Lozada, a constituição de 1978 em si gerou uma nacionalidade.³⁰ Os recursos autonómicos conduziram ao clientelismo: Paulo Jablonski Garcia, por exemplo, chama a atenção para as relações de patrocínio e lealdade política na Galiza.³¹ Núñez Seixas defende que “*La autonomía también creó autonomistas allí donde no los había*», já que esta nova estrutura administrativa gerou recursos e cargos «a escala mesoterritorial antes inexistentes».³² Portanto, se bem que com o galeguismo dos séculos XIX e XX, toda uma mitologia que coloca os galegos dentro do imaginário lusófono fortaleceu-se, com os recursos públicos disponíveis graças ao *Estado de las autonomías* o sentimento de independência ao invés de dependência em relação a Madrid ganhou fôlego na Galiza.

²⁵ MORENO, Luis , *Federalization and Ethnoterritorial Concurrence in Spain*, Publius 27.4, 1997, p. 67.

²⁶ FERNANDEZ LAGUNILLA, Marina/OTAOLA, *Concepcion – Aproximación al discurso de la derecha en España*, “Revista de estudios políticos 40”, 1984, p. 127.

²⁷ FERNANDEZ LAGUNILLA, Marina/OTAOLA, *Concepcion – Aproximación al discurso de la derecha en España...*Cit., p. 135.

²⁸ FERNANDEZ LAGUNILLA, Marina/OTAOLA, *Concepcion – Aproximación al discurso de la derecha en España...*Cit., p. 129.

²⁹ FERNANDEZ LAGUNILLA, Marina/OTAOLA, *Concepcion – Aproximación al discurso de la derecha en España...*Cit., p.129.

³⁰ MÁIZ, Ramón/LOSADA, Antón – *Institutions, Policies and Nation Building: The Galician Case*, in “Regional and Federal Studies”, n.º 10.1, 2000, p. 64.

³¹ JABLONSKI GARCIA, Paulo, “*Quem é a guia carrinha?*” *Análise das relações de patrocínio e estrutura de poder num concelho da raia minhota galega*, in “Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas”, n.º 18, 2006.

³² Cf. Núñez Seixas, Xosé M. – *La nación en la España del siglo XXI: Un debate inacabable...*Cit., p.134.

4. Considerações finais

Este intervalo de tempo entre as eleições e a investidura de um governo em Espanha já vai assinalavelmente além da duração média em Espanha desde o período da democratização.³³ Tal como salienta Humlebaek, o mesmíssimo consenso que havia engendrado o texto constitucional “*sólo se había logrado aceptando una cierta dosis de la ambigüedad congénita del texto constitucional, y las peticiones de reforma se veían siempre frenadas por la imposibilidad de repetir este amplio consenso*”.³⁴ Ora, quanto mais tempo e energia os políticos espanhóis gastam tentando resolver de forma adequada a questão dos movimentos periféricos, estimulados por esta ambigüidade, quanto mais difícil é abordar os graves problemas na estrutura da economia que desafiam ao país.

Na Galiza de hoje a maioria dos cidadãos tem uma relação estável com o estado central – porventura um pouco agónico, mas estável. De facto é a posição da região dentro do conturbado supersistema federalista/federalística da Espanha/União Europeia, assim como a presencia convidativa da lusofonia enquanto espaço identitário, que conduz às manifestações. Mas cumpre anotar os resultados do 20-D para verificar que estas fortes vozes minoritárias têm uma influência importante. Nesta conjuntura um desafio fundamental para a democracia espanhola é como resolver este dialético sem enterrar o consenso fundador que surgiu após a queda da ditadura. Se os poderes fácticos falharem, a democracia que continue terá que englobar outro ordenamento jurídico-identitário.

³³ Cf. ECKER, Alejandro/MEYER, Thomas M. – *The duration of government formation processes*, in “Europe, Research & Politics”, n.º 2.4, 2015, p. 3.

³⁴ Cf. HUMLEBAEK, Carsten – *La Constitución de 1978 como lugar de memoria en España*, in “Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales”, n.º 12, 2004, p. 205.

NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA, ORDEM PÚBLICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTRANGEIRA: LIMITES E PARÂMETROS

Gustavo Ferraz de Campos Monaco

Professor Associado de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Controle intrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira e sua qualificação

Seja qual for o modelo de coerência seguido pelo sistema jurídico do Estado do foro: o da premente manutenção da coerência interna de seu sistema jurídico ou o da supremacia da constituição e de seu conteúdo; seja qual for o modelo procedimental ali adotado: o do controle difuso ou o do controle concentrado, verifica-se que a aplicação de uma norma jurídica estrangeira para a transformação de um litígio que apresenta ao menos um elemento estrangeiro em sua estrutura pode e deve coexistir com a averiguação prévia de sua adequação relativamente aos valores constitucionais da sociedade em cujo foro se aplica. A essa averiguação de compatibilidade chamamos controle intrínseco de constitucionalidade, que se diferencia do controle extrínseco na medida em que neste último modelo busque-se cotejar a lei material estrangeira com a constituição de seu próprio ordenamento¹.

¹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*, São Paulo, Quartier Latin, 2013.

Primeiramente, porque garante a higidez dos valores do Estado soberano em cujo foro a decisão é tomada. Em segundo lugar, porque sendo a reciprocidade um valor caro ao direito internacional privado é de se esperar que em situação fática inversa, em que o Estado do foro vê seu direito aplicado no exterior, haja a submissão de seu direito material aos ditames da Constituição local, revelando-se o direito internacional privado, também aqui, no “*espaço de diálogo entre as várias ordens jurídicas existentes*”, sem se transformar “*num ghetto inacessível à influência das ideias-força que comandam a sociedade a que ele se dirige*”². E, para dizer com Gaudemet-Tallon, a utilidade e o caráter benéfico da mundialização enquanto vetor de mudança e melhor conhecimento do próximo é, também, capaz de preservar as identidades individuais e coletivas³ dos envolvidos.

Por qualquer ângulo que se olhe a questão do controle intrínseco de constitucionalidade, verifica-se que sua mais adequada qualificação é a de se tratar de aspecto procedimental, regido pelas normas vigentes no foro competente⁴, as quais atribuem ao magistrado *a quo* quer a competência de deslindar essa importante questão prévia, quer, ainda, a de reenviá-la ao órgão competente, responsável por eventual controle concentrado previsto no foro como sendo o procedimento adequado na hipótese.

Constatou-se que o controle de constitucionalidade da lei estrangeira pode ser realizado por via procedimental segundo os ditames do foro. Haverá, no entanto, espaço para essa verificação? Ou ela já não terá se realizado em decorrência de mecanismos outros colocados à disposição do magistrado quer na esfera pré-conflitual, quer no desenrolar do método conflitual ele próprio? Em que medida o instituto das normas de aplicação imediata, também chamadas normas de aplicação necessárias ou *lois de police*⁵, e o princípio da ordem pública

² MOURA RAMOS, Rui Manuel, *Direito Internacional Privado e Constituição: introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra: Coimbra, 1994, p. 102.

³ GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses*. “Recueil des Cours”, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, n. 312, p. 9-488, 2005, p. 32.

⁴ BADIALI, Giorgio, *Il ruolo del giudice nel controllo della costituzionalità delle norme straniere richiamate*, “Rivista di Diritto Internazionale”, Milano, v. 89, n. 3, p. 611-643, 2006

⁵ Phocion Francescakis, autor de origem grega a quem se deve a doutrina moderna das normas de aplicação imediata, alterou a nomenclatura do instituto ao longo de seus estudos. Assim, em 1958 (*La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey), chamou-as *règles d'application immédiate*. Em 1966 chamou atenção para o fato de ser o termo “*improvisé et uniquement descriptif*” (*Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, “Revue Critique de Droit International Privé”, Paris, n. 1, p. 1-18, jan/mar. 1966, p. 2 e 9). Em 1968, passou a utilizar a expressão *lois de police*, com a intenção manifesta de fundir num único conceito o conteúdo das expressões *lois de police et de sûreté* e *lois d'ordre public* (*Répertoire de droit international*, Verbete “Conflits de lois (principes généraux)”. Paris, Dalloz, 1968, p. 470 e seguintes). Por fim, em 1974 (*Lois d'application immédiate et droit du travail: l'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des wagons-lits*. “Revue Critique de Droit International Privé”, Paris, t. 63, n. 2, p. 273-296, avr/juin, 1974), voltaria a

não se prestam exatamente ao mesmo papel que aqui se pretende atribuir ao controle intrínseco de constitucionalidade: o de verificar a adequação da norma material estrangeira aos valores do sistema constitucional vigente no foro? Ainda que não haja um mesmo escopo na incidência desses três mecanismos (normas de aplicação imediata, princípio de ordem pública e controle intrínseco de constitucionalidade) e ainda que os momentos de incidência dos mesmos sejam metodologicamente diversos (pré-conflitual, conflitual e pós-conflitual), urge verificar se os objetivos de cada qual não poderiam ou deveriam convergir de forma a simplificar o procedimento no já intrincado método próprio ao direito internacional privado.

Se os limites e os parâmetros que diferenciam as normas de aplicação imediata e o princípio da ordem pública são conhecidos, o mesmo não se pode dizer, com certo grau de segurança, acerca dos limites e parâmetros que permitem diferenciar estas duas figuras do chamado controle intrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira. É o que se pretenderá demonstrar a seguir.

2. Normas de aplicação imediata e controle intrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira

Se o direito internacional privado, como queria Savigny, deveria se incumbir da formação de uma comunidade jurídica de nações, ou de uma comunidade de direito, já o mesmo Savigny admitia hipóteses em que essa comunidade não deveria se sobrepor aos interesses locais. Referia-se, assim, às leis (internas) de natureza rigorosamente positiva, coativa, as chamadas leis absolutas, ditadas por motivos de interesse geral e origem quer no caráter moral, político, de ordem pública ou de economia política vigentes no local. E concluía que “*todas as leis dessa espécie se enquadram nos casos excepcionais (...), de modo que, com relação à sua aplicação, cada Estado deve ser considerado como absolutamente isolado*”⁶.

Esclarecia, com isso, ser perfeitamente aceitável, em hipóteses específicas e excepcionais, admitir que o Estado, na defesa de seus próprios interesses, chegasse a obstar a incidência do método clássico do direito internacional privado, abstendo-se, o juiz do foro, de buscar a melhor localização da relação *sub judice* que passava a ser a ditada por uma conexão especial⁷, contentando-se,

valer-se quer da expressão “*leis de aplicação imediata*”, como de “*leis de aplicação necessária*”.

⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Sistema do Direito Romano atual*, Trad. Ciro Mioranza. v. 8. Ijuí: Unijuí, 2004, pp. 54-55.

⁷ Essa noção decorre principalmente do posicionamento da doutrina portuguesa. Aparentemente

assim, pelas razões que o autor elencou, com a incidência imediata e necessária da lei material do foro. Saber quais sejam essas hipóteses específicas e excepcionais é tarefa que hoje se denota assaz sofisticada, como já o era no período em que escreveu o autor. Não é o caso de guardar atenção às hipóteses nessa pesquisa⁸.

O modo de atuação contemporânea das normas de aplicação imediata nos diversos sistemas nacionais de direito internacional privado tem variado conforme os objetivos que se visa atingir, mas, de uma maneira geral, é sempre possível perceber que o mecanismo se presta, especialmente, para a vinculação material ou substancial de determinada questão a determinado sistema jurídico, grandemente o do foro⁹. E tal modo de proceder se justifica, normalmente, por razões de salvaguarda dos valores ali vigentes.

Ora, se é da proteção dos valores vigentes naquela sociedade que se trata, e se tais valores devem haurir suas origens na própria raiz do sistema de regulação social, é de se perguntar em que medida essas mesmas normas de aplicação imediata, ao estabelecerem os parâmetros de não submissão do sistema local aos valores de outra sociedade – estrangeira – não se confundem, de forma cotidiana, com eventual averiguação da constitucionalidade das normas alienígenas, em cotejo com a Constituição do foro, que se pretendesse fazer.

Assim, ao passo que as normas de aplicação imediata incidem de modo apriorístico em relação ao método do direito internacional privado e têm por consequência a aplicação imediata do direito material do foro, com o que eventual controle de constitucionalidade observado será típico de direito interno, em estágio oposto o eventual controle intrínseco da constitucionalidade da lei estrangeira só atuará *a posteriori* e implicará no cotejo da lei estrangeira com as normas materiais da constituição do foro. Nesse sentido, não só o momento é diverso, como o que se coteja com a constituição do foro tem conteúdo diferente. O que já não ocorrerá com o princípio da ordem pública.

tal construção procura salvar a posição do direito internacional privado e de suas funções que se fragilizam com o reconhecimento das normas de aplicação imediata. Em um primeiro momento da pesquisa ocorreu-me refutar a construção e sustentar que as normas de aplicação imediata efetivamente obstavam o método conflitual de forma absoluta. No entanto, uma melhor reflexão mostrou-me que a engenhosidade da conexão especial era útil não apenas para a salvaguarda da disciplina, mas, também, para tentar demonstrar que o controle intrínseco de constitucionalidade mantém sua autonomia procedimental, ainda que possa haver interseções substanciais em algumas dadas situações.

⁸ LOUSSOUARN, Yvon; BOUREL, Pierre, *Droit international privé*. 6. edição Paris: Dalloz, 1999, p. 134, informam ser impossível encontrar uma categoria homogênea de normas de aplicação imediata e que não resta ao intérprete nenhuma outra opção que não o estudo caso a caso.

⁹ FOYER, Jacques, *L'égalité en droit international privé*, in "Archives de Philosophie du Droit", Paris, v. 51, p. 179-93. 2008, p. 187, afirmou que as leis de aplicação imediata e as *lois de police* apresentam caráter "franchement inégalitaires et donnent par principe compétence à la loi" do foro.

3. Princípio da ordem pública e controle intrínseco de constitucionalidade da lei estrangeira

No que tange o princípio da ordem pública, também sua precisão se mostra dificultada¹⁰ quer pela dessemelhança enfrentada por seu conteúdo ao longo do tempo, quer pela disparidade de valores que são postos em jogo nos diversos Estados. Luiz Olavo Baptista a caracteriza por sua “*dinâmica histórico geográfica*”¹¹.

Os valores mencionados decorrem de certa filosofia político-jurídica imanente às diversas legislações nacionais. Essa filosofia corporifica as necessidades de cada Estado em determinada época, e é tida como um patamar abaixo do qual não pode haver concessão à legislação estrangeira¹². Essa lei estrangeira, “*que choca, que é incompatível, que escandaliza, esta lei é distante, foge completamente da ideia básica de proximidade, e por isto, não pode ser aplicada*”¹³. Ferrer Correia adverte, no entanto, que, algumas vezes, “*a ordem pública internacional é invocada como meio de defesa de uma política legislativa que não visa a tutela daqueles valores mas que é adotada por motivos de oportunidade. A recusa de aplicação da lei estrangeira justifica-se aqui pelo receio de que a aplicação da norma contrária àquela política possa ter um efeito subversivo*”¹⁴.

Como salienta Dolinger, “*não sendo as leis propriamente ditas de ordem pública, não há como falar de leis de ordem pública interna e leis de ordem pública externa. Existe o princípio da ordem pública, algo abstrato que é aplicado às leis quando o juiz entender que determinada regra jurídica deve contar com a proteção, com o reforço desse princípio*”¹⁵. Fosse aplicada *a priori*, a ordem pública reconstituir-se-ia em categoria autônoma de conexão, como ressaltado por Lima Pinheiro¹⁶, e nisso se aproximaria das normas de aplicação imediata. Incidindo *a posteriori*, ou seja, após a constatação de que a solução material indicada para a

¹⁰ “*O problema não se resolve com uma definição, pois a ordem pública é indefinível conceitualmente, como indefinível é o estilo ou a alma de uma ordem jurídica*” – crf. BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de direito internacional privado*, 3.º edição Coimbra: Almedina, 2006, p. 259.

¹¹ BAPTISTA, Luiz Olavo, *O direito estrangeiro nos Tribunais brasileiros*, “Revista Forense”, Rio de Janeiro, v. 355, n. 97, 2001, pp. 89-99.

¹² DOLINGER, Jacob, *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*, Tese apresentada à UERJ para concurso à Cátedra (Direito Internacional Privado), 1979, pp. 4-5.

¹³ DOLINGER, Jacob, *Contratos e obrigações no direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 544.

¹⁴ FERRER CORREIA, António, *Lições de direito internacional privado I*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 409.

¹⁵ DOLINGER. *A evolução...*, Cit., pp. 40-41.

¹⁶ PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito internacional privado*, v. 1. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 589.

hipótese *sub judice* se mostra intolerável face aos princípios e normas da ordem jurídica do foro, afasta-se de forma veemente daquela categoria e assume o seu papel de fase do método conflitual clássico¹⁷.

Além disso, confessa ser necessária a comparação dos efeitos que sobre a situação fática desencadeariam quer a aplicação da *lex causae* estrangeira, ofensiva à ordem pública local, quer a aplicação da norma que haverá de lhe substituir, porém sem ofender substancialmente os valores do foro¹⁸.

O fato de a ordem pública atuar *a posteriori* da verificação da lei aplicável permite que a defesa dos valores caros ao foro ocorra de modo mais equilibrado do que ocorre com as normas de aplicação imediata, que obstam a verificação do conteúdo da lei material estrangeira aplicável desde logo. Isso porque, no âmbito da ordem pública, é possível conferir se a ofensa aos valores do foro se efetiva ou não. Contrariamente, as normas de aplicação imediata nem sequer permitem essa investigação, tomando como fato consumado a ofensa mencionada (que, em verdade, poderia mesmo não ocorrer).

Substancialmente, o princípio de ordem pública guarda estreita preocupação com a justiça material, com o resultado que se produzirá no foro pela aplicação da lei estrangeira e os riscos de que essa aplicação venha a abalar “os próprios fundamentos da ordem jurídica interna (pondo em causa interesses da maior transcendência e dignidade)”¹⁹.

Mais uma vez insta refletir até que ponto essa preocupação com a justiça material pode ser informada pelos ditames constitucionais e com eles se confundir. Com efeito, “*tende hoje a entender-se que as normas e princípios constitucionais, principalmente os que tutelam direitos fundamentais, não só informam mas também conformam a ordem pública internacional*”²⁰. E nesse diapasão, a confusão entre os meios de incidência dessas normas e princípios precisa ser evitada. Como já se disse nesse capítulo, urge verificar se os objetivos perseguidos pela incidência do princípio da ordem pública não poderiam convergir relativamente aos objetivos visados pelo controle intrínseco de constitucionalidade. Ou se, por outro lado, o melhor é que cada qual siga seu caminho, por cumprirem funções diversas e perseguirem objetivos diferentes²¹.

¹⁷ FRANCESCAKIS. Quelques..., Cit., p. 2, deixa claro que a ordem pública internacional é completamente indissociável do método conflitual.

¹⁸ JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, “Recueil des Cours” Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, v. 251, 1995 p. 9-268, (p. 227 e seguintes).

¹⁹ BAPTISTA MACHADO, *Lições de direito internacional privado...* Cit., p. 263.

²⁰ PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito internacional privado ...* Cit., p. 588.

²¹ Assim é que na decisão da Corte Constitucional alemã, de 1971, “*Le tribunal critique explicitement, au nom de la primauté de la Constitution, la conception de la jurisprudence passe selon*

Traçado esse pano de fundo, é chegada a hora de avançar na tentativa de delimitar certo conteúdo substancial para o princípio da ordem pública. Tratando-se de um princípio que, seguindo-se a construção de Dolinger, incide sobre todo o ordenamento, em três diferentes níveis (na vida juridicamente relevante, de forma indistinta, nas relações privadas internacionais, especificamente, e na recepção de decisões estrangeiras, em hipóteses limite) e com o potencial de limitar ou tolher três diferentes situações juridicamente relevantes (a vontade regulatória nas relações juridicamente relevantes que pode ser limitada ou mesmo suprimida, a legítima expectativa de direito consistente na perspectiva de ver a situação plurilocalizada regulada por uma lei estrangeira e o exercício de direitos legitimamente adquiridos no exterior, sob o influxo de uma lei estrangeira), é inegável que a Constituição do foro mereça ser vista como um de seus focos irradiadores.

Em verdade, acredito que devam ser as normas constitucionais seu principal molde, especialmente aquelas normas substanciais contidas na Constituição, como são as que reconhecem os direitos e garantias fundamentais do ser humano e estabelecem, em sede constitucional, condições ou o modo preferencial de seu exercício²². Mas não pode ser só essa a conformação substancial do princípio. Como salientou Barroso, a exogenia da ordem pública relativamente às leis traz como consequência a percepção de que “*aspectos inerentes à ordem pública*” sejam encontráveis “*fora do texto constitucional. Será possível, assim, negar aplicação à norma estrangeira por afronta à ordem pública brasileira, mesmo que ela não se confronte, direta ou indiretamente, com a Constituição*”²³.

O controle intrínseco de constitucionalidade, da forma como é aqui concebido, atua, tal qual o princípio de ordem pública, *a posteriori*, ou seja, depois de verificada a conexão e escolhido o direito a aplicar. No entanto, sua função precípua é a de “*negar aplicação à norma estrangeira que esteja em confronto com a Constituição local*”²⁴. Nesse sentido, o “*poder de controle tende a garantir (...) a integridade da esfera de valores que tutela*”²⁵. Com efeito, se de

laquelle les droits fondamentaux ne peuvent développer leurs effets en droit international privé que dans la mesure où le système de conflits de lois (y compris l'exception d'ordre public dans son acception traditionnelle) le permet”. LABRUSSE, Catherine, *Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)*, “Revue Critique de Droit International Privé”, Paris, v. 63, p. 1-43, 1974, p. 37.

²² GAUDEMET-TALLON...Cit., p. 394.

²³ BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7. edição, 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição ...Cit.*, p. 51-52

²⁵ CARBONE, Sergio M, *Sul controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata*, in “*Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*”, Padova, v. 1, n. 4, 1965 p. 685-696 (p. 693).

controle da constitucionalidade se trata, tudo que transborda à Constituição e que impregnou o princípio de ordem pública, deixa agora de desempenhar qualquer influência. De outro lado, tudo que encontra abrigo meramente formal no seio da Constituição do foro e que, por essa razão, não impregnou a extensão material do princípio da ordem pública deixa a penumbra e passa a ter aplicação.

A (RE)VISÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA Q.B

Irene Portela

Docente no Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

1. Introdução

Há um caminho a traçar, independentemente da (re)visão da Constituição e é o do reforço da democracia e do princípio da separação de poderes – do sistema de *check and balance* sujeito a oscilações quando está posta em causa o princípio da transparência, o princípio da legalidade e o princípio da justiça. A (re)visão da democracia deve ser constante num país sujeito a forças tectónicas originadas pela convecção de forças latentes da “mantélica”.

O caminho que deve ser traçado: o da natureza endógena e *tectónica* da Constituição até à questão da legitimidade parlamentar e política para aprovar uma revisão constitucional – se for o caso (?). Caminho sinuoso, atentos os resultados eleitorais que elegeram o XXI Governo Constitucional. Mas a questão da (re)visão constitucional permanece. Neste trabalho pretendemos expor que, no eixo do jurisdicional do Tribunal Constitucional em relação à jurisdição comum, contrariamente à noção de que aquele seria o “Juíz” - julgador - do segundo, e em que, no caso do controlo da fiscalização concreta da constitucionalidade, se não existisse o limite de fundo e houvesse um verdadeiro recurso de mérito da causa, os particulares poderiam confiar no Tribunal Constitucional como garante da constituição. Mas na Constituição, quem tem o dever de “*defender, cumprir e fazer cumprir a Constituição da República Portuguesa*” é o Presidente da República (artigo 127º). O método que nos propomos usar é o da análise jurídico-interpretativa da Constituição da República Portuguesa.

Apresentaremos a questão da (re)visão da Constituição da Constituição a dois níveis e de duas formas, porque o título do presente trabalho obedece a um

decisão morfológica em que partiremos do morfema– já assimilamos (re)visão da Constituição¹.

Na perspectiva de que uma (re)visão constitucional em Portugal poderia significar a entrada numa nova forma de visão da política, numa maior co-responsabilidade do governo e da Assembleia da República entre si, e simultaneamente da co-responsabilização do Governo e da Assembleia da República perante o Presidente da República ao abrigo do artigo 133º da CRP no sistema de Governo Constitucional Semipresidencialista Português.

Poderíamos colocar vários cenários a este propósito de forma a obter uma releitura – visão da Constituição da República Portuguesa, mas,

A questão, situa-se:

- ao nível da (re) ligação ao Tribunal Constitucional à (re) visão da Constituição da República Portuguesa, por um lado,
- ao nível da efetiva aplicabilidade do texto constitucional (artigo 18º da CRP) na vida dos cidadãos portugueses e estrangeiros residentes em Portugal (artigo 15º da CRP)

2. Da (re)visão da Constituição e do Tribunal Constitucional

Quanto à natureza endógena e *tectónica* da Constituição da República Portuguesa, ao texto da Constituição da República Portuguesa de 1976 podemos assimilar a ideia da litosfera que, tal como a teoria da tectónica de placas, ao longo de um processo contínuo, mas fragmentado por um conjunto de revisões constitucionais, que como movimentos de renovação e adaptação vieram quebrar a rigidez da superfície. À Constituição traçamos limites divergentes, convergentes e transformantes como expoentes e virtudes perante a mundividência política portuguesa. Um conjunto de placas que se unem numa placa litosférica irregular composta por um conjunto de registos fundamentais formal e materialmente enformadores do regime democrático, do pluralismo partidário, do princípio da separação de poderes, dos direitos Liberdades e Garantias, dos Direitos económicos Sociais e Culturais e da desconcentração do poder nas autarquias

¹ N.A: Sobre o termo “(re)visão” que assumiremos ao longo do texto sempre morfológicamente, e quando nos quisermos referir à palavra “visão”, deixaremos o morfema – na verdade esta utilização que só acontece em língua portuguesa, só daí a sua justificação para os temas “dos direitos da Lusofonia”, reforçando este exercício morfológico. Em inglês, teríamos “amendment” e “vision”...

locais. Esta metáfora demonstra que o equilíbrio constitucional pode ser fugaz e o desequilíbrio pode causar um terramoto.

Relativamente ao primeiro nível da questão, no que tange funcionalmente ao Tribunal Constitucional, este tem funções nucleares e funções complementares. Depois de escapelizar as funções do Tribunal Constitucional, na forma como a CRP as expõe, e seguidamente de forma descritiva, Maria Lúcia AMARAL², recorda a institucionalização legal do Tribunal Constitucional em 1982, a sua ampliação em âmbito e em competências na segunda revisão constitucional em 1989. Em 1998 a introdução dos artigos 103º-C, 103º-D, e 103º-E da LTC, com a quarta revisão constitucional de 1997, relativos ao controlo das contas dos partidos políticos e das campanhas eleitorais.

Nas funções nucleares, compete-lhe apreciar a constitucionalidade e a legalidade das normas (223º, nº 1 da CRP), competências relativas ao mandato do Presidente da República [(nº 2 da alínea a) e b)]; exercer competência em matéria eleitoral [(*ibidem*, alíneas c) e d)]; exercer competências quanto à constituição e extinção de partidos políticos [(*ibidem*, alínea e)]; exercer competências quanto a questões relacionadas com o mandato dos Deputados à Assembleia da República (alínea g) e, julgar, nos termos da lei, ações de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos [(alínea h) do nº 2 do artigo 223º)]. No entanto como esta lista não é exaustiva (o nº 3 do mesmo artigo 223º autoriza ainda que outras competências venham a ser atribuídas pela lei ao Tribunal), além dos poderes que o Tribunal exerce no controlo das regras sobre o financiamento dos partidos políticos, no controlo das declarações de riqueza e rendimentos e as declarações de incompatibilidades e impedimentos de titulares de cargos políticos (artigos 103º A e B e artigo 11º-A da Lei do Tribunal Constitucional LTC).

Na cultura jurídica europeia – tendem os tribunais constitucionais a cumprir três grandes tipos de tarefas “nucleares”: o controlo da constitucionalidade das normas; a resolução de conflitos de competências entre órgãos do poder político estadual ou entre o Estado e entes autónomos que o componham; e a proteção dos direitos fundamentais de indivíduos e pessoas jurídicas³.

2 AMARAL, Maria Lúcia, “Competências complementares do Tribunal Constitucional Português” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol.II (org. Alves Correia, F, Machado, Jonatas, E. M., Loureiro, C. J. STVDIA IVRIDICA 103, 2012 (Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática) Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, pp. 43 a 57.

3 CARDOSO DA COSTA, José Manuel, *A jurisdição constitucional em Portugal*, Almedina, 3ª Ed., pp. 30-31;

Todas as competências nucleares que o Tribunal Constitucional exerce são cumpridas – como diz o n.º 1 do artigo 223.º da CRP – através dos processos de controlo de constitucionalidade de normas.

Este conjunto de funções pode dividir-se em dois tipos e como diz Maria Lúcia Amaral, além destas, existe uma vasta panóplia a que chamamos de competências não nucleares ou complementares, do Tribunal Constitucional e que se podem agrupar em quatro grandes categorias: i) as relativas a matérias eleitorais; ii) as relativas a mandatos de titulares de órgãos políticos do Estado; iii) as competências relativas a partidos políticos e iv) as competências relativas ao controlo do “património” dos titulares dos cargos públicos e mais precisamente às declarações de incompatibilidades e impedimentos de titulares de cargos políticos (artigos 103.º A e B e artigo 11.º-A da Lei do Tribunal Constitucional LTC).

Ora estamos a considerar um conjunto de competências, simultaneamente amplo, diverso, e complexo atendendo aos casos de denúncias ou inquéritos abertos para investigar suspeitas de incompatibilidades assumidas em casos que envolvem titulares dos cargos políticos, as questões sobre a revelação das contas de políticos em *offshores* para não pagar impostos ao Estado violando grosseiramente os princípios da ética e da justiça.

Ao Tribunal Constitucional são dadas competências de órgão máximo da legalidade em Portugal, “*juridicidade do poder*” como diz o Professor J.J. Gomes Canotilho) e de garante da Democracia, “*estabilização sistémica da democraticidade*”, também expressão do Professor J.J. Gomes Canotilho) através da lei sem base constitucional mas para proteger a aplicabilidade da Constituição da República Portuguesa, porque a luta pela transparência e pela regularidade das contas públicas pelo Tribunal Constitucional significa a tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais.

Mas a realidade é outra, por exemplo, como dia Jorge Miranda⁴, a suscitação da fiscalização concreta de uma norma surge no decorrer de uma ação proposta nos tribunais comuns, para defesa de um direito ou interesse de um particular. A inconstitucionalidade de uma norma aplicável ao caso concreto não é um processo autónomo, pois, a questão da inconstitucionalidade apresenta-se como uma questão prejudicial, dependente da ação principal e suscitada incidentalmente num processo cujo objeto ou causa principal é diversa. Não existindo no nosso sistema uma ação de inconstitucionalidade, na qual o objeto seja, pura e simplesmente, a avaliação da inconstitucionalidade de normas. Como ensina Jorge Miranda “*A questão de inconstitucionalidade só pode, só deve ser conhecida e decidida na medida em que haja um nexo incidível entre ela*

⁴ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, pp. 57 e 58.

e a questão principal objecto do processo, entre ela e o feito submetido a julgamento”.⁵ Não se trata de um recurso direto da questão para o Tribunal Constitucional, porque este só toma conhecimento da questão se esta for levantada pelas partes ou pelo Ministério Público (artigo 280º)⁶. Ao Tribunal Constitucional não compete decidir do mérito da causa como vimos, apenas decide da questão da constitucionalidade⁷.

A este propósito, Catarina Santos Botelho⁸, escreve sob a epígrafe “*um apelo ao Legislador de Revisão Constitucional*”, e depois de fazer uma longa resenha acerca do recurso de amparo constitucional espanhol e de expor a queixa constitucional alemã, apresenta como solução e mecanismo de tutela dos direitos fundamentais o recurso de amparo, justificando as razões pela qual apela à revisão constitucional: “*na actual arquitectónica constitucional, uma introdução sem mais do recurso de amparo constitucional não se compagina com o presente modelo de fiscalização concreta da constitucionalidade. Numa palavra: não é possível a inserção do recurso o amparo enquanto se mantiver incólume o artigo 280.º da CRP*”⁹.

⁵ MIRANDA, Jorge *Manual de Direito Constitucional*,...Cit., pp. 57 e 58.

⁶ MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 550-552 e 567 a 572.

⁷ QUEIROZ, Cristina M.M, “A relação entre o Tribunal Constitucional e a justiça comum no processo de controle concreto de normas. Em particular, o caso das sentenças interpretativas” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol.II (org. Alves Correia, F, Machado, Jonatas, E. M., Loureiro, C. J. STVDIA IVRIDICA 103, 2012 (Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática) Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, pp. 606-635. Ver a questão de uma eventual relação de tensão entre o Tribunal Constitucional e a Justiça Comum, encontra-se na busca de um “justo equilíbrio” entre, de um lado, o “direito “operado pelo poder judicial, e, do outro, a função de coordenação” e “controlo de normas” por parte do Tribunal Constitucional, o qual nas suas pronúncias deverá deixar o espaço para uma atividade interpretativa a levar a cabo pelos juízes comuns. Contrária a esta forma de atribuir latitude interpretativa, está URBANO, Maria Benedita, “Sentenças intermédias: para além de Kelsen mas ainda aquém de uma nova teoria da separação dos poderes” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol.II (org. Alves Correia, F, Machado, Jonatas, E. M., Loureiro, C. J. STVDIA IVRIDICA 103, 2012 (Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática) Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, pp- 692-719.

⁸ BOTELHO, Catarina Santos, Haja uma nova jurisdição constitucional: Pela introdução de um mecanismo de acesso direto dos particulares ao Tribunal Constitucional, consultado em “https://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112724, pp. 8-12

⁹ BOTELHO, Catarina Santos, *Haja uma nova jurisdição constitucional*...Cit.

“No modelo português de justiça constitucional, o particular possui apenas um acesso à Constituição por via indireta, isto é, através do exercício do seu direito de petição ou de queixa, pode tentar sensibilizar os titulares de legitimidade processual ativa em processos de fiscalização abstracta da constitucionalidade (em especial, o Provedor de Justiça — alínea d) do n.º 2 do artigo 281.º da CRP), esperando que estes desencadeiem o processo que possa levar à declaração de inconstitucionalidade da norma que ofende os seus direitos, liberdades e garantias”¹⁰.

E continua:

“O particular poderá ainda apresentar uma petição individual perante o Tribunal de Estrasburgo, após esgotados os recursos jurisdicionais internos, caso tenha sido violado um direito fundamental que seja, de igual modo, protegido pela CEDH”¹¹.

Finaliza com esta nota de ultima ratio: “Não deixa, porém, de ser repreensível que um particular não possa obter tal tutela jurisdicional no seu próprio Estado e tenha de recorrer ao Direito Internacional para ressarcir essa violação, quando a regra da aplicabilidade direta não pode deixar de exigir “eficácia imediata” através da justiça constitucional”¹²

O Estado Português tem um deficit *de tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais*. Hoje enfrentamos as teses da restrição dos direitos fundamentais e do retrocesso social em nome da cidadania europeia e amanhã teremos de enfrentar a tese do “inimigo comum” que em 2001 se chamava “o direito penal do inimigo”.

O “tempo” é expoente de erosão da democracia e da justiça em Portugal – o Estado português já foi condenado por violação do artigo 6.º, nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por violar “o direito de um cidadão ver a sua causa tratada (...) dentro de um prazo razoável”¹³. Não há sentenças justas quando o *Juiz* é o decurso do tempo. No seguimento de Maria Lúcia Amaral, ainda que não se introduza um recurso verdadeiro, o Tribunal Constitucional deve funcionar efetivamente. Deve efetivamente funcionar.

¹⁰ BOTELHO, Catarina Santos, *A Tutela Direta dos Direitos Fundamentais: Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Almedina, 2010, págs. 18-45

¹¹ BOTELHO, Catarina Santos, *A Tutela Direta dos Direitos Fundamentais...* Cit., p. 18.

¹² Cfr. *Ibidem*, p.6

¹³ Painel de Avaliação da Justiça na União Europeia de 2014, disponível em <http://www.dinheiro-vivo.pt/economia/portugal-e-dos-paises-onde-se-demora-mais-tempo-a-resolver-um-caso-no-tribunal/#sthash.ZEoZuZBl.dpuf>.

3. A visão e a efetiva aplicabilidade da Constituição da República Portuguesa

Quanto ao nível da efetiva aplicabilidade do texto constitucional na vida dos cidadãos portugueses e estrangeiros residentes em Portugal, vamos de encontro do Professor José Joaquim Gomes Canotilho: *“As constituições estão sob stress por outros motivos. O universo dos discursos e das narrativas surge sobrecarregado de “crises”, “fastídios”, “ódios” e “crepúsculos”. “Falência da democracia”, “fastídio da democracia”, “pós-democracia”, “pós-política”, “despolitização”. Dentro das crises, assistimos à irradiação de turbulências densamente políticas: “crise de participação”, “crise de legitimação”, “crise de representação”.*

A crescente abstenção dos eleitores é a grande vencedora das eleições em Portugal – a abstenção não se pode sentar na Assembleia Constituinte.

O sistema político sofre de sinais de miastenia extrema, confundem-se os sintomas com desinteresse mas é cansaço (?): as discussões dos assuntos da ordem do dia não são fruto de uma agenda política – são resultado(s) dos escândalos dos dias prévios: *“Uma saturada discursividade em nome da liberdade augura, e parece até legitimar, o esgotamento do projeto democrático e dos seus mitos - o povo, a política, os partidos, a soberania, o sopro da emancipação. Pertence ao ideário jacobino da Revolução Francesa e ao estimulante princípio da autodeterminação dos povos que cada geração pode e deve produzir uma lei fundamental à medida dos problemas geracionais e intergeracionais. Qualquer “nova Constituição” ou qualquer “revisão total ou parcial” exige a participação do povo.”*¹⁴

4. Conclusão

Habermas¹⁵, vem lembrar-nos uma leitura: *“Ora, é inegável que uma formação democrática da vontade europeia, cuja característica será dar suporte e legitimar políticas ativamente coordenadas e de efeitos redistributivos, não pode existir sem um amplo fundamento solidário. A solidariedade cívica, até hoje restrita ao Estado nacional, teria de estender-se aos cidadãos da União da maneira, por exemplo, como os suecos e os portugueses se dispõem a amparar-se.*

¹⁴ GOMES CANOTILHO, J.J., 29 de dezembro, em entrevista ao Jornal DN, disponível em <http://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/convidados/interior/revisao-da-constituicao-4955465.htm>.

¹⁵ HABERMAS, JÜRGEN, consultado em <http://www.race.nu.ca.ie.ufrj.br/journal/h/habermas1.doc>.

Perante as imagens das migrações tratadas desumanamente, faria todo o sentido aplicar com efetividade jurídica uma Constituição do Estado Europeu¹⁶ aprovada por todos os cidadãos Europeus, que impedisse as práticas feitas àqueles seres humanos destituídos de país, de casa e de bens. Haveria uma solução dentro da juridicidade para as migrações!

¹⁶ HABERMAS, JÜRGEN, *Die Einbeziehung des Anderen*, in “Frankfurt/M.”, 1996, pp. 185-191.

A CRISE DO ESTADO SOCIAL E O DIREITO À SAÚDE ¹

Isa António

Docente no Instituto Politécnico do Porto e no Instituto Politécnico de Coimbra

1. Nota prévia

O Estado Social ou “*Welfare State*” desempenhou um papel central na prestação e distribuição de bens (riqueza) e de bem-estar, mediante a concretização dos seus inúmeros serviços públicos criados a pensar na multiplicidade de necessidades colectivas, que não consegue mais sustentar. E nas palavras de Luís Meneses do Vale “*no contexto geral da crise do Estado Social, o sector da saúde é dos que motiva maior pessimismo*”². “*Por isso, se por um lado se fala do resvalamento do «Welfare State» para um «Healthfare State», por outro, a crise do primeiro infecciona o segundo, conduzindo ao mal-estar generalizado, próprio de um «Illfare State»*”³. Revela-se, neste contexto, como sendo de primacial relevância uma nova postura do Estado que se caracterize pelo incremento de medidas de *contenção* da procura, por uma eficaz regulação e pela criação e adopção de medidas de priorização.

Desde logo, deveriam ser considerados como objetivos prioritários na saúde, a inclusão de uma lógica de *contenção* nos custos com os medicamentos, com o internamento e com os recursos tecnológicos e científicos⁴.

¹ Por vontade da Autora o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

² Vide, melhor desenvolvido, VALE, Luis Meneses do, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma Perspectiva Jurídico-Constitucional*, Vol.I, Coimbra, 2007, pp.18 e 19.

³ Neste sentido, vide VALE, Luis Meneses do, *MRacionamento e Racionalização no Acesso à Saúde...Cit.*, pp.21.

⁴ Neste sentido, vide VALE, Luis Meneses do, *Racionamento e Racionalização no acesso à saúde... Cit.*, pp.22 e seguintes e, *vide*, igualmente, SIMÕES, Jorge Abreu *O Retrato Político da Saúde. De-*

Os direitos fundamentais, neste caso o direito à saúde, justamente devido à sua natureza “fundamental” não pode ser deixado ao “acaso político” e o Estado Social não se pode demitir do cabal cumprimento da Constituição.

2. A «Saúde» enquanto «direito social» com assento constitucional. O seu conteúdo: dimensões, positiva e negativa.

O direito à protecção da saúde plasmado no preceito constitucional do artigo 64º da Constituição, à semelhança da generalidade dos restantes direitos sociais em cuja categoria genérica se integra, encerra em si mesmo, duas dimensões⁵: uma “dimensão positiva”, na medida em que impõe comportamentos positivos por parte do Estado, ou seja, exige a prática de actividades e a concretização das prestações necessárias à salvaguarda de saúde e ao tratamento de doenças e uma “dimensão negativa”, visto que exige a abstenção ou comportamentos negativos por parte do Estado, que se revelem imprescindíveis à garantia da saúde do cidadão. Impõe-se ao Estado e às demais entidades públicas e privadas que se abstenham de praticar qualquer medida lesiva ou susceptível de causar lesão à saúde do cidadão ou à saúde pública.

Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino consideram que *“tem-se por questionável a natureza de direito análogo a direito, liberdade e garantia do direito à saúde, posto que a alegada vertente negativa⁶ que se traduziria no direito de exigir uma abstenção de qualquer acto que prejudique a saúde já integra o âmbito de protecção de outros direitos pessoais, em especial os consagrados nos artigos 24º, 25º e 26º; também o dever de cuidar da própria saúde tem o primeiro enquadramento no programa de tutela desses direitos”*.

O direito à saúde, enquanto direito social, afirma-se perante o Estado como um direito a prestações positivas impostas a este, quer de natureza jurídica, quer de carácter material (traduzidas em bens e serviços) necessários à sua

pendência do Percurso e Inovação em Saúde: da Ideologia ao Desempenho, Almedina, Coimbra, 2004. A respeito das medidas necessárias a dar resposta à escassez de recursos materiais, económicos e jurídicos no domínio da saúde de que padece o Estado Social, vide a obra de NUNES, Rui, e REGO, Guilhermina, *Prioridades na Saúde*, MacGraw Hill, 2002, pp.105 e seguintes.

⁵ LIBERAL, José Pedro, *Direito Fundamental à Protecção da Saúde (De um Direito Originário a Prestações aos Direitos Derivados)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, nota de rodapé n.º 402, p.127. Vide ainda VALE, Luís Meneses de, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde...*Cit.

⁶ Neste sentido, vide REBELO DE SOUSA, Marcelo e ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000, pp.173.

satisfação. Trata-se, portanto, de um direito cuja dimensão encontra-se dependente de uma interposição legislativa, ou seja, de uma intervenção posterior do legislador que o concretize.

O direito à saúde carece de uma acção positiva por parte do poder legislativo⁷ que defina as concretas faculdades que integram o direito, assim como, os concretos meios, instrumentos e mecanismos necessários e aptos à sua efectiva satisfação, de modo a viabilizar o respectivo exercício por parte do cidadão-utente.

Em termos de integração na estrutura da Constituição, o direito à saúde insere-se no catálogo de «direitos económicos, sociais e culturais» e não no leque do Título II, constante da Parte I, da Constituição da República Portuguesa relativo a «direitos, liberdades e garantias». Por conseguinte, para aqueles Autores, o facto de o direito à saúde (direito social típico), não consistir num direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias⁸, valendo por si próprio, implica que o preceito constitucional que o consagra seja directamente aplicável e que o seu conteúdo ou âmbito não «*resulte acabadamente*» da Constituição da República Portuguesa.

Em especial no que se refere à sua *dimensão positiva*, apraz-nos tecer algumas considerações.

O direito à saúde consiste num direito expressamente plasmado na Constituição e, enquanto tal pode emergir, tanto num plano subjectivo, como num plano objectivo-programático ou jurídico-objectivo. Nestes termos, este direito consubstancia-se como um direito subjectivo público na medida em que “*todos têm direito à protecção da saúde*” (nº1, artigo 64º) e, assim sendo, dotado de idêntica dignidade constitucional e densidade subjectiva àquela que os direitos, liberdades e garantias possuem.

⁷ Neste sentido, *vide*, de modo mais desenvolvido, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp.248 a 251 e seguintes. Cfr. GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pp.1157 e seguintes. Ainda a este respeito, importa a análise da obra de MOREIRA, Vital e GOMES CANOTILHO, J.J. mais precisamente a *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, bem como, a análise aprofundada sobre o artigo 64º constante na anotação à Constituição Portuguesa da autoria de MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

⁸ Assim, o preceito constitucional relativo à protecção da saúde (artigo 64º) não pode considerar-se abrangido na alínea c), do artigo 167º, da Constituição da República Portuguesa, não integrando a competência legislativa reservada da Assembleia da República. Para maior aprofundamento *vide* Acórdão 39/84, Boletim do Ministério da Justiça, pp. 346 a 152. Neste sentido, *vide* igualmente ALMEIDA LOPES, J.J., *Constituição da República Portuguesa*, 6ª rev. Anotada, Almedina, Coimbra, 2005, pp.409 e 410.

Este direito assume ainda a veste objectivo-programática que resulta de uma imposição ao legislador de actuações positivas conducentes à criação das condições materiais e institucionais para o seu exercício, mediante a criação de um Serviço Nacional de Saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito (nº2, alínea a), artigo 64º) e graças ao fornecimento de prestações aos cidadãos destinadas à densificação da dimensão subjectiva e à concretização da imposição constitucional.

Estamos, neste aspecto, a referir-nos à garantia de igual acesso aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação, assim como, ainda à garantia de uma cobertura racional e eficiente de todo o país, em serviços de saúde e recursos humanos (artigo 64º, nº3, alíneas a) e b))⁹.

José Pedro Liberal, considera que “*a norma que determina a criação de um Serviço Nacional de Saúde, o artigo 64º, nº2, alínea a), da CRP, ao impor ao legislador a criação de uma estrutura organizatória a se (complexo de serviços, articulado e integrado), (...) assume a natureza de uma verdadeira e própria imposição constitucional*”.

3. Os Princípios da Universalidade, da Generalidade e de Tendencial Gratuitidade.

O direito à protecção da saúde é um direito que se encontra fundado na Constituição, e que mediante uma imposição constitucional concreta traduz-se num direito originário a prestações, vinculativo para o Estado legislador à criação das condições materiais e institucionais necessárias à realização do direito à saúde¹⁰. Por outro lado, o direito fundamental à protecção da saúde pode ser considerado, simultaneamente, como um *direito de defesa* face ao Estado e como um *direito social*,¹¹ que aquele tem obrigatoriamente de assegurar¹². No primeiro caso, o direito à saúde traduz-se no direito concedido ao cidadão de exigir do Estado a abstenção de comportamentos que possam lesar a saúde; na segunda situação, aparece como o direito do cidadão a exigir prestações positivas através

⁹ Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012

¹⁰ Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

¹¹ No entendimento de REBELO DE SOUSA, Marcelo e ALEXANDRINO, José de Melo, “A protecção da saúde aparece aqui na sua feição típica de direito social” in *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000, pp.173.

¹² Neste sentido, vide ESTORNINHO, Maria João, *Organização Administrativa da Saúde – Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.51.

dos quais é possibilitado o acesso e o efectivo benefício à prestação do serviço público “saúde”.

Nesta missão de assento constitucional em garantir o “Bem-Estar” da colectividade, ao Estado compete o dever de defender e promover a saúde, nos termos do artigo 64º da Constituição. Mais precisamente, à luz do princípio do Estado Social Regulador, aquele preceito constitucional impõe ao Estado uma triplíce categorização de tarefas¹³ na prossecução do interesse público saúde. São elas, as seguintes: (a) tarefas primárias, (b) tarefas instrumentais e (c) tarefas sectoriais.

Dentro da primeira classificação, cabe ao Estado garantir o acesso de todos os cidadãos aos cuidados médicos (artigo 64º, nº3, alínea a)), assim como, assegurar a cobertura racional e efectiva de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde (artigo 64º, nº3, alínea b)). No âmbito das tarefas instrumentais, entendidas como meios de realização das obrigações primárias, cabem a garantia da existência de um serviço nacional de saúde (artigo 64º, nº2, alínea a)), a disciplina e fiscalização estadual sobre as formas empresariais e privadas de exercício da medicina (artigo 64º, nº3, alínea d)).

No leque das tarefas sectoriais o Estado aparece onerado com a tarefa de disciplinar e controlar a produção e comercialização de produtos químicos, biológicos e farmacêuticos (artigo 64º, nº3, alínea e)), pelo que, neste contexto, o direito à saúde surge conotado com o direito à segurança dos produtos e tratamentos médicos; neste catálogo, ainda temos a tarefa estadual em estabelecer políticas de prevenção e tratamento de toxicodependentes (artigo 64º, nº3, alínea f)). Por fim, a esta tripla categorização acresce um objectivo de natureza programática que consiste em orientar a acção do Estado para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos (artigo 64º, nº3, alínea c)).

O acesso aos cuidados de saúde pode ser perspectivado essencialmente sob dois sentidos de *equidade*, um restrito e um amplo. Numa acepção restrita, o acesso à saúde abrange a obtenção das diversas prestações em matéria de saúde, sendo por isso, uma espécie de «acesso» que levanta questões de justiça relativamente às instituições cuja actuação em conformidade com os princípios de justiça é encarada como um dado adquirido.

O valor da *equidade deve ser* conotado com o *distributivamente correcto ou justo, como o acesso do cidadão a um bem ou serviço público colectivo e às prestações em que este deve ser consubstanciado, independentemente de terem sido ou não organizadas*, com base numa análise do encontro entre oferta e procura no mercado de saúde, progressivamente privado.

¹³ ESTORNINHO, Maria João, *Organização Administrativa da Saúde – Relatório sobre o Programa, os Conteúdos e os Métodos de Ensino...Cit.*, p..52.

Os princípios estruturantes da universalidade¹⁴, generalidade e de *tendencial* gratuitidade consagrados no artigo 64º da Constituição têm uma relação intrínseca e indissociável com a *justiça social*, representando *conditio sine qua non* para o equilíbrio entre a dimensão individual do cidadão possuidor do direito social à saúde e a dimensão colectiva ou socializante do direito à saúde que a toda a comunidade pertence em termos conformes à distribuição equitativa próprias de um Estado Social. Deste modo, os princípios de universalidade, de generalidade e de *tendencial* gratuitidade assumem-se, no âmbito da prestação de cuidados de saúde, como *princípios específicos de repartição*¹⁵ e de *justiça social*, os quais o Estado não pode olvidar porquanto encerram em si mesmo condições indispensáveis de acesso à prestação de cuidados de saúde por parte do cidadão-utente, constitucionalmente assegurado.

4. A dimensão prestadora do Estado Social. Os deveres de: a) assegurar a prevenção da doença; b) assegurar a garantia da saúde; c) assegurar a assistência na doença.

A tutela da saúde da colectividade (saúde pública) de tipo providencial ou assistencial apresenta-se vocacionada à realização de prestações sociais ao nível de cuidados de saúde de cada cidadão em particular, mas destina-se, de igual modo, à prevenção, promoção e protecção da saúde da população globalmente considerada. Apenas deste modo, poderá o Estado debelar riscos de propagação de doenças transmissíveis e crónicas, bem como, assegurar o bem-estar da sua população.

Existem três grandes vectores de actuação do Estado Social em ordem a assegurar a concretização do direito à saúde, conforme constitucionalmente prescrito no artigo 64º, ao nível da prevenção da doença, ao nível da efectividade da saúde e, por último, ao nível da assistência contínua do cidadão que padece de uma doença ou enfermidade, seja física, seja psíquica.

¹⁴ Neste sentido, MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp.215 e seguintes. Do mesmo modo, Vide J.J. ALMEIDA LOPES, *Constituição da República Portuguesa*, 6ª rev. Anot., Almedina, Coimbra, 2005, pp.409 e 410.

¹⁵ Neste sentido, vide VALE, Luís Meneses do, *Racionamento e Racionalização no Acesso à Saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, vol.I, Coimbra, 2007, pp.87: "(...) a nossa óptica a da pessoa e do cidadão na sua relação com a sociedade de que é membro, quanto às pretensões ou exigências de atenção e assistência, a que tem justo direito».

Numa primeira linha de actua33o, preventiva ou de pr3-doen3a, ao Estado compete tomar dilig3ncias activas¹⁶ no sentido de alertar a popula33o a evitar determinados comportamentos de risco para a sua sa3de, como campanhas de preven33o relativas ao v3rus da sida (HIV), diabetes, mas tamb3m relativamente ao cancro solar ou a «novas doen3as» como a obesidade m3rbida ou outras doen3as oriundas do stresse e modos de vida sedent3rios t3picos do quotidiano actual. O Estado dever3 ainda pugnar por medidas de combate a v3cios destrutivos da sa3de, como drogas, 3lcool e tabaco junto de popula33es juvenis.

Na segunda vertente relativa a “assegurar a efectividade de garantia da sa3de”, o Estado tem o dever de adoptar todas as provid3ncias e dilig3ncias que a ci3ncia e a tecnologia ao n3vel da farmacologia e dos tratamentos m3dico-cir3rgicos (an3lises cl3nicas e exames m3dicos recentes, novas terap3uticas, opera33es e cirurgias inovadoras, etc.) colocam ao seu dispor e que existem no mercado, proporcionando ao cidad3o o melhor acesso poss3vel, em termos de qualidade, volume (em termos quantitativos, como por exemplo, o n3mero de exames m3dicos ou terap3uticas prescritas) e diversidade, aos cuidados de sa3de.

Quando falamos em “diversidade” referimo-nos concretamente 3s diferentes categorias de cuidados de sa3de, os quais podem ser prim3rios, diferenciados e continuados.

Prim3rios, s3o os cuidados de sa3de prestados no seio de cl3nicas, centros de sa3de, miseric3rdias, na circunst3ncia em que a doen3a implica um tratamento “simples”, sendo a maioria das vezes o primeiro contacto do doente com o sistema de sa3de, antes de ser reencaminhado para m3dicos da especialidade ou hospitais.

Numa terceira vertente, quando o Estado se v3 confrontado com o cidad3o doente, por vezes, durante longos per3odos de tempo, dever3 manter as terap3uticas necess3rias, durante o tempo que for necess3rio, at3 3 completa recupera33o da sa3de do doente.

Nunca dever3 o cidad3o n3o plenamente recuperado ser deixado 3 sua sorte, ainda que j3 tenha sido objecto de tratamento ou de cirurgia. Pelo contr3rio, o Estado dever3 velar pela sua sa3de, pela sua c3lere e total convalescen3a, at3 porque se assim n3o for, os riscos de retrocesso s3o maiores, tendo de regressar ao hospital e reiniciar todo o processo de tratamento, o que conduzir3 a um incremento desnecess3rio de custos do Estado com a sa3de desse paciente.

¹⁶ Em termos doutriniais, acerca desta tem3tica, concernente 3 responsabiliza33o do Estado, vide CADILHA, Carlos Alberto, Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades P3blicas, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

Os cuidados de saúde diferenciados, são os prestados no âmbito hospitalar, sendo abrangidos as cirurgias, operações, terapêuticas mais evoluídas e complexas, quando comparadas com as que são prestadas em pequenos centros de saúde.

No que respeita, aos cuidados de saúde continuados, podemos dizer que são aqueles dos quais o doente beneficia, durante uma fase mais ou menos duradoura, de acompanhamento e supervisão sobre o seu estado clínico até à sua plena convalescença.

Partindo do princípio de dignidade humana prescrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 1º, nº1 – “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. (...)*”), nasce um feixe de direitos da pessoa humana que aplicamos aos cuidados de saúde que o Estado deverá assegurar.

Se o Estado vedar, negar, condicionar, desrespeitar ou violar seja de que forma for, quer seja por omissão, quer seja por acção, o direito de acesso do cidadão-utente à saúde, assim como, ocasionar danos no âmbito da prestação de cuidados de saúde, sempre competirá a este accionar o Estado através do mecanismo de responsabilidade civil, nos termos prescritos na Lei n.º 31/2008, de 17/07 (Lei de responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas)¹⁷.

5. O dilema entre a Promoção do direito à saúde e o «Princípio da Sustentabilidade» ou «Princípio da Reserva do Financeiramente Possível». O critério decisivo da «Dignidade da Pessoa Humana».

Uma das fragilidades mais marcantes dos direitos sociais é, sem dúvida, a sua dependência intrínseca do factor económico ou da capacidade económico-financeira de que o Estado dispõe num determinado momento político-constitucional.

Inversamente, a realização efectiva das prestações sociais aos cidadãos constitui uma exigência e, por vezes, um verdadeiro desafio com o qual o Estado se confronta, testando as suas aptidões e expondo as suas limitações económicas, sociais, políticas e jurídicas. Os direitos sociais implicam custos financeiros di-

¹⁷ Em termos doutrinários, acerca desta temática, concernente à responsabilização do Estado, vide CADILHA, Carlos Alberto, *Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

rectos associados à criaç3o e disponibilizaç3o de instituiç3es, serviços ou estruturas que possibilitam o acesso aos bens econ3micos, sociais ou culturais, sendo a protecç3o da sa3de disso exemplo paradigm3tico¹⁸.

A plena realizaç3o dos direitos sociais torna-se, numa 3poca de escassez de recursos de variada ordem, claudicante por valer a m3xima “quem faz o que pode, a mais n3o 3 obrigado” e, nestes termos, os direitos sociais s3o como *re-f3ns* da disponibilidade econ3mica do Estado. Como resultado, a exigibilidade judicial dos direitos sociais que 3 imposta legal e constitucionalmente ao Estado “cai por terra” visto que se assume uma esp3cie de “reserva do poss3vel” que nada mais significa, a nosso ver, que uma v3lvula de escape ou num alçap3o em que os poderes p3blicos prestadores se refugiam para se eximirem da obrigaç3o mais que jur3dica, constitucional e que se prende com o pr3prio reconhecimento da necessidade em satisfazer determinado direito, em termos de plenitude e de efectividade.

A ideia assente de que o direito social, como o do acesso à protecç3o da sa3de, 3 um mero dever jur3dico estadual faticamente dependente do respectivo custo, na senda do princ3pio *ultra posse nemo obligatur* deve ser, no nosso entendimento, considerada inaceit3vel à luz de um Estado que tem o g3udio de se afirmar como Estado Social ou de Bem-Estar. Assim 3, porque o pr3prio reconhecimento e a consagraç3o destes direitos s3o uma verdadeira “conquista social”¹⁹, n3o somente de um pa3s em concreto, mas de toda uma multiplicidade de pa3ses à escala mundial, sobretudo ap3s a Segunda Grande Guerra (1945) e na sequ3ncia da adopç3o da Declaraç3o Universal dos Direitos do Homem, pelo que os direitos sociais assumem-se como uma realidade f3ctico-jur3dica supra e trans-estadual. Destarte, qualquer l3gica que implicasse um retrocesso na mat3ria dos direitos sociais, conduziria inevitavelmente a um retrocesso nos pr3prios direitos humanos reconhecidos a cada cidad3o enquanto ser dotado de dignidade humana, ou seja, a um aut3ntico retrocesso civilizacional.

Constitui, ali3s, um paradoxo axiol3gico-normativo-constitucional qualquer argumento que se coadune com uma conduta demission3ria “*tout court*” do Estado perante as suas mais elementares funç3es ou miss3es sociais, as quais se reputem como imprescind3veis à pr3pria realizaç3o, em termos de efectividade e plenitude, dos direitos sociais numa primeira linha e dos direitos de liberdade num segundo n3vel de acç3o. Ora, no nosso entendimento, a “reserva do poss3vel” relega inevitavelmente os direitos sociais para um patamar de submiss3o a crit3rios matem3ticos que se prendem com “custos” e a meros aspectos econo-

¹⁸ Vide NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jur3dica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.89 e seguintes.

¹⁹ Neste sentido, vide GONZ3LEZ MORENO, Beatriz, *El Estado Social. Naturaleza Jur3dica Y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Universidade de Vigo, 2002, pp. 218 e 219.

micistas que não se compaginam nem devem ser aceites, quando a matéria em causa é tão sensível como a dos *direitos fundamentais de natureza social*.

6. Conclusão

Existe, de acordo com o entendimento de J.J. Gomes Canotilho e Luís Meneses do Vale, um problema central ou nuclear do Estado Social, sob a perspectiva da teoria económica estadual e das políticas públicas: o do *racionamento* do acesso a um bem ou serviço. E o sector da saúde não escapa a este dilema verdadeiramente existencial do “*Welfare State*” português, o qual desafia as barreiras da sua actuação e questiona a sua própria essência *social* ou de cariz *socializante*.

Com efeito, numa conjuntura económica de crise em que tomamos consciência da capacidade deficitária do Estado para fazer face às crescentes solicitações sociais dos seus cidadãos, devido à escassez de recursos, é mister priorizar e racionar mediante critérios razoáveis que estabeleçam o equilíbrio entre o elemento económico e a sensibilidade que este tipo de direito exige. Urge estabelecer prioridades, definir metas e objectivos governamentais, adoptar escolhas, sanar os consequentes conflitos entre as opções públicas tomadas ao nível da alocação de recursos, assim como, disputas entre as necessidades e interesses individuais no acesso a bens económicos, sociais e culturais²⁰.

Confrontado com as exigências que se lhe impõem ao nível dos direitos sociais, e neste contexto de “escassez de recursos”, o Estado recorrendo ao princípio de «reserva do economicamente disponível» sentir-se-á tentado a invocar a insuficiência de recursos para a concretização das prestações sociais e consequentemente para a efectividade dos direitos sociais. E, neste contexto, sob o argumento (leia-se: pretexto) de insuficiência económica, a ordem jurídica passa a «tolerar» opções políticas, medidas jurídicas e materiais susceptíveis de colocar em causa a garantia que a Constituição reconhece aos direitos sociais, sendo de realçar a particular fragilidade da protecção que é conferida ao direito à saúde traduzida em cortes de despesa com o pessoal médico e auxiliar, através do encerramento de unidades de saúde familiares (Centros de Saúde e Clínicas públicas), de maternidades e de urgências hospitalares, associado ao aumento das “*taxas moderadoras*”²¹ impostas ao utente do Serviço Nacional de Saúde.

Os atropelos ao direito social especial, direito à saúde, em condições mínimas de qualidade e de acesso chegam a ser gritantes quando pensamos que o

²⁰ Vide NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.91, 115 e 116.

²¹ Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.91

Estado Português se considera um verdadeiro Estado Social ou de Bem-Estar, Prestador, quando na realidade a transição para fóruns privados de prestação dos cuidados de saúde revela que a qualificação política mais adequada é “Estado de Regulação” e não já de “Prestação”, porque esta é uma tarefa que claramente está a transitar para a esfera privada não tanto vocacionada à boa prossecução do interesse social «saúde», mas primacialmente dirigida ao «lucro».

Apelando à posição assumida por Jorge Reis Novais, neste contexto, apraz-nos trazer à colação a seguinte ideia: “(...) *na referida situação de escassez moderada, o Estado pode sempre invocar insuficiência dos recursos para a prestação fática requerida, seja porque a prestação depende de opções de distribuição ou redistribuição orçamental que competem, em Estado de Direito, ao legislador democrático, isto é, à decisão política da maioria perante a qual se pretende fazer valer juridicamente o direito, o alcance jusfundamental efectivo dos direitos sociais resulta substancialmente afectado*²².”

²² Vide NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais...* Cit., pp.91.

O COMBATE AO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS NO BRASIL

José Carlos de Oliveira

Leciona Direito Administrativo na graduação e no programa de pós-graduação em direito (Mestrado) e é Coordenador do Curso de Direito na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista – UNESP

Matheus de Alencar e Miranda

Graduado no Curso de Direito da FCHS de Franca/UNESP

1. Introdução

Cada vez mais se exige da iniciativa privada obrigações de controle e fiscalização de atos ilícitos. A análise do grau de efetividade dos programas de integridade implantados poderá levar ao amadurecimento do formato brasileiro de responsabilidade dos administradores, adequando às exigências legais. Em tempos instáveis como os de hoje, é fundamental que se defina com exatidão a responsabilidade daqueles que podem, de fato, contribuir para que tenhamos um ambiente econômico ético e confiável.

No Brasil, o paradoxo entre as formas dos mecanismos de enfrentamento da corrupção é nítido. De um lado, alterações na legislação que permitem novos vetores de uma cultura da integridade, as quais estimulam o expurgo das práticas nocivas. Por outro, o endurecimento das sanções visando desestimular as práticas nocivas e no centro do debate a eficiente do sistema regulador.

O recorte no presente artigo funda-se na abordagem dos obstáculos à efetividade do combate à lavagem de dinheiro e da possível captura do regulador e a efetiva assimetria regulatória que contribuem para a visível ineficiência do sistema no Brasil.

2. O combate à lavagem de dinheiro no Brasil

O delito de lavagem de dinheiro vem tipificado no art. 1º da Lei 9.613/98, como a ocultação ou dissimulação de “*natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”.

Contudo, a mesma Lei vem a tentar evitar as supracitadas condutas não só por meio da intervenção penal, mas também com a exigência de contribuição de particulares com o cumprimento de deveres de ordem administrativa que servem para prevenir a lavagem.

De início, a fundamentação para se impor exigências aos particulares advém do fato de que a lavagem de dinheiro não é fácil de ser combatida, não bastando o controle tradicional. Entre as dificuldades principais, alguns motivos são levantados: (a) seu caráter transnacional, (b) sua inserção no informatizado e dinâmico sistema financeiro, (c) o fato de envolver as mais complexas e poderosas organizações criminosas que o praticam incessantemente, assim como (d) os crimes com os quais a lavagem se relaciona, considerando que seria qualquer crime ou contravenção, mas tendo em mente que a relação se dá de modo mais acentuado com aqueles crimes e contravenções que movimentam mais dinheiro, no Brasil particularmente o tráfico de estupefacientes, a corrupção, a sonegação fiscal e a evasão de divisas. Por todos estes motivos é que se diz que este é um crime que “*reclama para si mais tempo e dinheiro (do ponto de vista da investigação e do procedimento criminal) do que qualquer outro*”¹. Por isso o Estado, assumindo sua incapacidade de controlar o problema sozinho, termina por também criar deveres para os particulares que visam prevenir a lavagem, neste caso valendo-se do fato de que este é um delito que ocorre em sua grande parte dentro do sistema financeiro e este é controlado por diversas entidades da Administração Pública que se destinam a regular os serviços públicos bancários e financeiros. Os supracitados deveres estão elencados, basicamente, nos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/98.

Sendo esta a fundamentação para se justificar, impor aos particulares, a participação na prevenção contra a lavagem de dinheiro resta apontar que isso se dá por meio de duas espécies de deveres administrativos principais: a organização para evitar os delitos e o dever de informar determinadas operações classificadas como suspeitas. Ambos são entendidos como deveres de *compliance*, no sistema chamado de “autorregulação regulada”.

¹ DAVIN, João, “O branqueamento de capitais – breves notas (o caso português)”, in OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo(coord.), *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*, São Paulo, SP: LiberArts, 2013.p. 212.

2.1. Deveres de *compliance* e a “*autorregulação regulada*”

Compliance é instituto integrado aos quatro pilares da Governança Corporativa (ao lado de *fairness*, *accountability* e *disclosure*) e importante ferramenta para a regulamentação interna das empresas. É o setor que cuida da “*conformidade no cumprimento de normas reguladoras, expressas nos estatutos sociais, nos regimentos internos e nas instituições legais do país*”². Estar em *compliance* é se manter em conformidade com as leis e padrões éticos, agindo de maneira preventiva, tentando antecipar condutas reprováveis e criando mecanismos para evitar ações que possam deixar a empresa em desconformidade com o conjunto de normas e preceitos éticos reguladores de sua atividade.

Na década de 1990, *compliance* deixou de ser um princípio norteador da atividade empresarial e passou a ter relevância concreta para o ordenamento jurídico, vez que o Estado legislou no sentido de exigir sua implantação por parte das empresas em um sistema de correção. Conforme exposto, duas são as espécies dos principais deveres chamados deveres de *compliance*³: (1) a organização para evitar os delitos e (2) o dever de informar determinadas operações classificadas como suspeitas.

Para (1), observa-se a princípio que “as estratégias” dos diversos países de combate à lavagem de dinheiro tem como elemento comum o reconhecimento da incapacidade do Poder Público para prevenir ou investigar tal delito sem a colaboração das instituições privadas que atuam nos setores mais sensíveis à prática do crime⁴. Deste modo há a proliferação da chamada *autorregulação regulada*, em que algumas premissas são dadas pelo Estado “*cabendo às empresas buscar códigos de conduta internos para melhor se adequarem à nova realidade*”⁵. Aqui se inserem os *programas de compliance*, programas de prevenção internos das empresas.

² ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana, *Governança corporativa. Fundamentos, desenvolvimento e tendências*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.141.

³ Utilizando o termo “*deveres de compliance*” em referência aos deveres dos arts. 10º e 11 da Lei 9.613/98, ver: SAAVEDRA, Giovanni A, *Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance*, in “Boletim IBCCRIM”, São Paulo, IBCCRIM, ano 19, n. 226, Set. 2011, pp. 13-14.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 34-35.

⁵ SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal*, ISSN 1809-282, CONJUR, 2014, consultada em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorruptcao-carater-penal>, em 01/06/2014.

Para (2), no mesmo intuito de cooperação, a lei caracteriza como *gatekeepers* ou torres de vigia determinadas entidades ou pessoas que operam em campos sensíveis à lavagem de dinheiro, que exerçam atividades em setores comumente usados pelos agentes que mascaram bens de origem ilícita como bancos, corretoras de valores, de imóveis, contadores etc., impondo-lhes determinados deveres. Essa posição privilegiada faz com que estes personagens não só tenham a obrigação de (a) não colaborar com a prática de atos ilícitos, mas também a de (b) contribuir nas atividades de inteligência e vigilância do poder público, informando-o de quaisquer atos praticados sob seu escopo de atuação que tenham aparência de lavagem de dinheiro.⁶

Cabe ainda ressaltar que a alteração da Lei 9.613/98 veio a fortalecer a regulação administrativa de setores sensíveis à lavagem de dinheiro na medida em que a alteração trouxe inovações importantes, como a ampliação do âmbito de abrangência típico e a inclusão de novas obrigações administrativas – aplicadas a um novo e mais amplo rol de entidades e pessoas⁷. Deste modo é possível concluir que as mudanças após a reforma foram bastante relevantes, com a ampliação dos deveres de *compliance* nos dois sentidos possíveis: (1) ampliando os agentes obrigados do art. 9º da Lei; e (2) aumentando as próprias regras e exigências, ou seja, os próprios deveres de *compliance* dos art. 10 e 11.

Importante neste sentido é ressaltar que, no mundo inteiro, esse tipo de sistema de correção prevê que, (1) por parte das empresas, que elas se regulamentem de modo a prevenir internamente os atos indesejados, tendo como ato essencial o *fornecimento de certas informações* aos agentes reguladores; enquanto, (2) por parte do Estado, além de receber e processar as informações no sentido de buscar evitar a infração das normas (aquí a lavagem de ativos), ele terá que conceber vantagens às empresas que cumpram os procedimentos e ainda assim sejam surpreendidas com a ocorrência de infrações no seu interior e por outro lado sancionar (aquí administrativamente) as empresas que não cumpram os procedimentos da lei, em um claro sistema “*carrot and stick*”⁸.

Ocorre que, no Brasil, os agentes que cumprirão a função do Estado no sistema “*carrot and stick*” da Lei Antilavagem são exatamente as agências reguladoras das empresas obrigadas a informar. Neste cenário, dois órgãos irão se destacar: (1) o Banco Central do Brasil (BACEN), porque é o regulador dos Bancos; e (2) o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), porque (i) é a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) brasileira, responsável por receber, armazenar e sistematizar informações, elaborar Relatórios de Inteligência Finan-

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz... Cit., p. 35.

⁷ Idem, p. 25.

⁸ LAUFER, William S. *Corporate Liability, Risk Shifting and the Paradox of Compliance*, in “Vanderbilt Law Review”, vol.:52, pp. 1343-1420, 1999.

ceira, e contribuir para o combate à lavagem de dinheiro com base em planejamento estratégico, de ações de inteligência e de gestão de dados, e (ii) porque é o órgão responsável pela regulação e processamento de todas as pessoas obrigadas que não tenham agência regulatória própria.

2.2. O papel das agências reguladoras no combate à lavagem

Inicialmente, o conceito de regulação econômica tem em vista dois objetivos bastante definidos, a saber: a eficiência do mercado e a proteção do investidor. Um Estado que garante a livre iniciativa, por meio da regulação, deve aliar interesses próprios, dos agentes econômicos e dos consumidores, garantindo o respeito às estruturas de mercado, incentivando a concorrência e impedindo abusos de poder econômico⁹. Compreendendo a atual configuração do mercado e a necessidade de intervenção, adota-se o modelo de “autorregulação regulada”, em que se impõe aos agentes regulados o dever de informar as operações realizadas e fiscalizem tanto a própria atuação quanto aquelas, ainda que externas, à que tiverem acesso, de modo que às agências reguladoras resta o papel de analisar as informações prestadas e aplicar as sanções ou medidas cabíveis¹⁰

No Brasil, a regulação do sistema financeiro se dá por diferentes órgãos vinculados ao Ministério da Fazenda, divididos entre: I) órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado; II) órgãos específicos singulares; III) órgãos colegiados (entre os quais, destacam-se para este estudo o Conselho Monetário Nacional e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras); IV) entidades vinculadas (divididas entre autarquias, como o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários; as empresas públicas, como a Casa da Moeda e a Caixa Econômica Federal; e as sociedades de economia mista, como o Banco do Brasil e o Banco da Amazônia).

3. Teoria da Captura

Diante da relevância do papel desempenhado pelas agências reguladoras, é natural que exista uma intensa pressão por parte dos setores regulados

⁹ SEIXAS, *A regulação do mercado de capitais no âmbito internacional*, p.100 e seguintes. Com base em YAZBEK, o autor ainda define a regulação como a atividade de criar normas, implementar atos administrativos e fiscalizar o cumprimento destas se valendo, caso necessário, de sanções.

¹⁰ Sobre a evolução do modelo de regulação, SAAD-DINIZ, Eduardo, *O sentido normativo dos programas de Compliance na AP n.470/MG*, “Revista dos Tribunais”, 2012, p.167 e seguintes.

para que seus interesses sejam atendidos. É inegável, contudo, reconhecer que a defesa apaixonada de um modelo de agências independentes pode carregar, no mínimo, uma forte carga de ingenuidade. Também, sonhar com autoridades equilibradas, imparciais e tecnicamente preparadas, democráticas e comprometidas com o interesse público pode passar longe da realidade¹¹.

Por essa razão, cunhou-se, a partir da década de 1960, a expressão “captura”, quando relacionada à influência desmedida e perniciosa das empresas integrantes do mercado regulado sobre os entes reguladores responsáveis pela sua fiscalização. A “captura” de uma agência é uma face do desvio de finalidade, em outras palavras, os responsáveis pela gestão da agência tornam-se verdadeiros representantes dos interesses do setor regulado.

Duas teorias desenvolvidas por George J. Stigler explicam esse fenômeno¹². Primeiro, a teoria do ciclo de existência das agências reguladoras, ou seja, o período em que o ente regulador atuou efetivamente livre das influências externas dos setores regulados. Com o passar do tempo, a agência começa a depender de informações dos controlados, os quais adquirem papel cada vez mais relevante na determinação das políticas desenvolvidas pela agência; a segunda, ainda conforme Stigler, aponta a regulação tão somente para atender aos interesses dos regulados. O traço comum a ambas teorias pode ser traduzido como a prevalência da influência dos setores regulados em detrimento da participação democrática.

O baixo desempenho das agências reguladoras no Brasil sinaliza para a ocorrência desse fenômeno, cujos desvios em favor do regulado apresentam-se, na maioria das vezes, de forma sutil, aproveitando das brechas das próprias normas reguladoras.

4. Conclusões

O contexto da “*autorregulação regulada*” para evitar a lavagem de dinheiro parece inevitável, uma vez que o próprio Estado assume ser incapaz de controlar o sistema financeiro sem a ajuda dos particulares. Contudo, ainda que *compliance* (a pedra angular do sistema) possa ser útil na prevenção de condutas indesejadas, não pode ser tratado como uma solução definitiva para a problemática, uma vez que sequer está provada sua efetividade¹³, ainda mais no sistema

¹¹ SUNDFELD, 2000 p. 73.

¹² Crf. FILHO, JUSTEN, 2002

¹³ Neste sentido, LAUFER, William S., *Illusions of Compliance and Governance, in Corporate Governance: International Journal of Business in Society*, 6(3),2006, pp. 239-249

antilavagem brasileiro, onde, ao contrário, os indícios de sua ineficiência preventiva e de sua contribuição para a captura das agências reguladoras parecem ser bastante robustos.

Diante do contexto é possível supor com algum grau de precisão estar ocorrendo o chamado fenômeno da captura no controle dos entes regulados em matéria de lavagem de ativos.

A partir disso, se não forem resolvidos os 3 problemas da (1) falta de estrutura dos órgãos de controle, (2) da brecha legislativa que privilegia a assimetria de informações e (3) da necessidade de evolução tecnológica para acompanhar os avanços do sistema financeiro, o discurso contra a lavagem de ativos será meramente ilusório.

Por isso é que se fala na hipótese da mera transferência de responsabilidades: o que antes era função do Estado passa a ser agora dever dos entes privados (encontrar operações suspeitas) e se a criação desses deveres se justificava minimamente pela tentativa de proteção de determinados interesses do Estado (combater a lavagem), questiona-se até onde se trata realmente de um interesse do Estado se ele em nada tem aparelhado os órgãos que vão averiguar as informações provenientes do cumprimento desses deveres que muitas vezes podem gerar consequências penais para indivíduos pré-definidos, os “bodes expiatórios”¹⁴. Enquanto o inchaço do Estado policial militar para o combate violento e ineficaz do crime organizado aumenta a cada dia, não é visto o mesmo empenho para cortar aquilo que sustenta e fortalece o mesmo crime organizado e não só o crime organizado da chamada criminalidade de ruas, mas sim todo ele, incluindo a criminalidade do colarinho branco.

¹⁴ Neste sentido, ver mais em: ALENCAR, Matheus de, *Os programas de criminal compliance como instrumento de proteção do empregado na responsabilidade penal empresarial.*, FAPESP/IC – Processo nº 2013/06895-0. Franca, 2014.

A ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA AO COSMOPOLITISMO: UM “ADEUS” AO ESTADO?

Luciana Sousa Santos

Mestre em Direito Administrativo pela Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigadora do Núcleo de Estudos de Direito – Ius Publicum (NEDip).

“Dir-se-á, por palavras mais modernas, que o texto constitucional não se assume como uma «bíblia», mas deve sempre cumprir funções de autoreferência.”

CANOTILHO, J. J. Gomes¹

1. Introdução ao tema

A tensão dialética entre o popularmente denominado *Estado-nação* e o fenómeno da *globalização* configura o sintoma mais denunciador das aflições de que a modernidade ocidental padece na aurora do século XXI.

O modelo político da modernidade ocidental consiste num protótipo de Estados-nação soberanos, coabitando num sistema internacional, ou mais corretamente, interestatal². Hoje, o desgaste parcial do Estado-nação, imputável ao recrudescimento da globalização, leva-nos a indagar se o constitucionalismo es-

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2002, p. 1408.

² SANTOS, Boaventura de Sousa (org.), *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Porto, Edições Afrontamento, 1984, p. 333.

tadual deverá ser suplantado por qualquer espécie de constitucionalismo transnacional.

O próprio Estado parece estar a ser, de alguma maneira, descentrado e remodelado por força dos “ventos” de transnacionalização do direito e no contexto de uma paisagem jurídica cada vez mais plural³. E, não obstante o pulsar de *Chronos* revele uma profunda vulnerabilidade nacional perante os ecos de um mundo pós-moderno, isso não quer dizer que não se mantenha enraizada uma necessidade de Estado ou que a principal revolução jurídica do nosso tempo se traduza na redução do Estado a uma figura imaginária⁴.

Nesta senda, o *punctum crucis* desta análise reside na questão de saber como é que, nesta nova (des)ordem mundial, o constitucionalismo estadual, malgrado os graves sinais de crise que patenteia, pode cumprir a missão que lhe cabe.

Dado já este pano de fundo, e considerando os limites permitidos pelo espaço de comunicação, percorreremos os seguintes caminhos labirínticos, numa tentativa de inteção do renovado espírito do constitucionalismo: 2. situação paradoxal do constitucionalismo de hoje: o reflexo de um novo paradigma? 3. Atando o futuro ao presente: as bases de uma Constituição *cosmopolita*. 4. Sobre o problema das colisões intersistémicas – em defesa do pluralismo, 5. Considerações finais.

2. A situação paradoxal do constitucionalismo de hoje: o reflexo de um novo paradigma?

Após o final da guerra fria, as democracias constitucionais liberais afirmaram-se como forças ideologicamente dominantes, sem um sério rival à escala global⁵. Subjacente a um tal cenário está a asserção do êxito do Estado Constitucional⁶. Todavia, transcorridas mais de duas décadas, o constitucionalismo estadual triunfante encontra-se ameaçado, pelo que a interrogação sobre o futuro da Constituição é, nesta ocasião, inelutável⁷.

³ *Idem, Ibidem*, p. 361.

⁴ Na mesma linha de pensamento, defendendo que a globalização não é sinónimo de refluxo das intervenções dos Estados, *vd.* MACHETE, Pedro, “Constitucionalismo Liberal e Globalização – A Legitimação Democrática do Poder Público na «Constelação Pós-Nacional»”, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 334.

⁵ *Vd.* MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, p. 9.

⁶ *Cfr. Idem, Ibidem*, p. 9.

⁷ *Cfr. Idem, Ibidem*, p. 8.

Mesmo não aderindo à tese dos triunfalistas constitucionais que, em traços simples, salienta as fraquezas e, no limite, declara a inadequação do direito constitucional estadual, sempre se dirá que as fronteiras entre o clássico constitucionalismo *particularista* e a visão de um constitucionalismo *universalista* se tornaram bastante ténues, podendo até discutir-se se o *novo* constitucionalismo estadual não é, afinal, um *alter-ego* do constitucionalismo tradicional, ainda que mitigado pelo influxo do direito transnacional.

Não se pretende com isto subestimar o poder da utopia globalizante ou, por outro lado, insistir, sem mais, no triunfo do “microcosmo” estadual, mas do que se trata é tão-somente de realçar que a expansão radical do constitucionalismo para novos domínios não implica o fim da rota constitucional “doméstica”⁸.

Este ensaio recusa, portanto, quer uma leitura que avenge a substituição do constitucionalismo nacional por qualquer forma de constitucionalismo global, quer uma leitura que apadrinhe o regresso ao sistema de Vestefália. Por outras palavras, julgamos ser de rejeitar tanto uma posição *nostálgica* apta a contraditar ou a menoscar a importância das modificações decorrentes da governação multinível, como uma perspetiva defensora do *triumfalismo constitucional* que desvalorize uma compreensão “*constitucionalista-patriótica*”⁹.

Nesta ordem de ideias, a tarefa que se impõe agora aos constitucionalistas estaduais pressupõe a “*reinvenção do poder do Estado e do direito que o rege*”¹⁰ ou, dito de outro modo, uma reponderação sobre o sentido da Constituição nos alvares do século XXI, lançando, assim, o mote para se proceder, aposterioristicamente, ao desenvolvimento de uma “*teoria da constituição pós-moderna*”¹¹.

Em face do exposto, somos de opinião que o paradigma em ascensão que alguns nomeiam de *constitucionalismo transnacional* não está em condições de revogar o *constitucionalismo nacional*¹², pelo que, aquilo que se vislumbra nos nossos dias, pelo menos em Portugal, é uma fase de evolução para um *constitucionalismo (ainda) estadual aberto à influência do direito global*.

No entanto, há quem vá mais longe neste terreno movediço, preconizando a existência de um *Estado mundial*, assente no federalismo, constituído por

⁸ Neste sentido, cfr. *Idem, Ibidem*, p. 59.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Cit., p. 1355.

¹⁰ MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Cit., p. 61.

¹¹ MEDEIROS, Rui, “Internacionalismo defensivo e compromisso europeu na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2012, p. 652.

¹² Cfr., em termos coincidentes, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Cit., p. 1352; MIRANDA, Jorge, *Democracia e Constituição para lá do Estado*, “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa”, LI, n.ºs 1/2, 2010, pp. 37 e seguintes; e MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Cit., pp. 59-62.

vários povos, na base de um contrato social mundial^{13/14}. Eis uma proposição que nos suscita alguma relutância, pois, por um lado, não se encontram adequadas formas de exercício dos direitos políticos inerentes à democracia fora do Estado nacional, e, de resto, um Estado global, posto que federativo, não se afigura possível aos nossos olhos, tanto por causa das desigualdades fácticas entre os Estados, quanto pela variedade de sistemas constitucionais e de culturas políticas¹⁵.

Neste plano de consideração, não sendo concebível, a nosso ver, um Estado universal, aparenta ser uma proposta mais admissível aquela que destaca as potencialidades do conceito de “*constituição global sem Estado mundial*”¹⁶, sendo certo que essa zona de sintonia constitucional não poderá afetar o caráter auto-descritivo e autoreferente dos textos constitucionais estaduais.

3. Atando o futuro ao presente: as bases de uma Constituição cosmopolita

Não se justifica, na economia deste texto, analisar *ex professo* as normas constitucionais relativas às relações internacionais, mas sim demonstrar que o legislador constitucional português, numa opção refundada ao longo de sucessivas revisões constitucionais, estatuiu um conjunto de soluções que apontam para um Estado *cosmopolita* ou para um “*Estado de soberania internacionalizada e europeizada*”¹⁷. Pode bem dizer-se que a Constituição Portuguesa de 1976, perseguindo uma evidente intenção de conectar o presente ao futuro, consagra um “*princípio constitucional implícito de alcance geral de abertura ao direito internacional ou de amizade pelo direito internacional*”¹⁸.

Em boa verdade, nenhuma ordem jurídica interna pode ser entendida na sua plenitude sem atender à sua conexão sistemática com o direito internacional público, podendo, a este respeito, debater-se entre visões dualistas e monistas no que concerne à convivência entre direito internacional e direito interno. Independentemente da orientação que venha a ser por nós adotada no âmbito dessa

¹³ MIRANDA, Jorge, *Democracia e Constituição para lá do Estado*, Cit., p. 38.

¹⁴ Advogando a existência de um verdadeiro “Estado global”, *vd.* ROQUE, Miguel Prata, *A dimensão transnacional do direito administrativo: uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas*, Lisboa, AAFDL, 2014, pp. 199 e seguintes.

¹⁵ MIRANDA, Jorge, *Democracia e Constituição para lá do Estado*, Cit., pp. 38-39.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 288.

¹⁷ OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 119 e seguintes.

¹⁸ MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global...Cit.*, p. 327.

controvérsia, a qual apenas será partilhada no ponto 3 deste trabalho, torna-se profícuo adiantar que a querela doutrinal entre monismo e dualismo poderá mesmo mostrar-se superada ante o gradual alargamento do direito internacional imperativo e o fenómeno de “lipoaspiração” do domínio reservado dos Estados¹⁹.

Presencia-se, hodiernamente, uma efetiva “erosão da Constituição”²⁰, bem como a transferência de certos padrões nacionais axiológico-teleológicos definidores da unidade de cada sistema jurídico para um referencial internacional que confere coerência a uma pluralidade de textos constitucionais²¹. Nesta linha de raciocínio, constata-se uma tendência para endeusar o chamado *constitucionalismo global* e para proclamar uma “teoria da interconstitucionalidade”²².

Nem será excessivo afirmar que, sob cominação de invalidade das normas da Constituição nacional formal, existem domínios materiais em que o Estado foi desapossado da titularidade de poderes decisórios a favor da comunidade internacional, encontrando-se a sua normatividade hierarquicamente subordinada ao *ius cogens*²³.

Neste sentido, através do artigo 7.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP), a nossa *lex* suprema fixa um elenco constitucional de alguns princípios de *ius cogens*, sendo óbvio que a inclusão expressa daqueles princípios no texto constitucional nunca poderá retirar-lhes o seu valor hierárquico supraconstitucional²⁴.

No entanto, convirá frisar que o *ius cogens* não consome a totalidade das normas e princípios de direito internacional público geral ou comum. Quanto às demais normas internacionais que não detenham uma índole perentória, cumpre referir que, tratando-se de disposições passíveis de derrogação pelos Estados, não deverão gozar de valor supraconstitucional²⁵.

É isso, aliás, que se retira do artigo 8.º, n.º 1 da CRP, quando estabelece que “[a]s normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito Português”. Significa isto que a Constituição nega, sob pena de violação do disposto no respetivo artigo 8.º, n.º 1, que as normas e os princípios de direito internacional mencionados possam deixar de integrar o di-

¹⁹ *Vd.* OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 226.

²⁰ *Cfr. Idem, Ibidem*, p. 227.

²¹ *Cfr. Idem, Ibidem*, p. 227.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes, “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional...*Cit.*, pp. 265 e seguintes.

²³ OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, *Cit.*, p. 588.

²⁴ *Cfr. Idem, Ibidem*, pp. 588-589.

²⁵ *Cfr. Idem, Ibidem*, p. 589.

reito português. Este preceito constitucional constitui uma cláusula genérica de receção formal de uma tal normatividade internacional, passando a mesma a valer com uma força jurídica análoga à da norma constitucional recetora²⁶.

A afeição da Constituição de 1976 pelo direito internacional manifesta-se, outrossim, na sua elasticidade no domínio dos direitos fundamentais. Concretamente, o legislador constitucional, incitado pela valorização da pessoa humana, determinou, no artigo 16.º, a abertura do catálogo dos direitos fundamentais ao direito internacional e erigiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) em critério de interpretação e integração das normas nacionais atinentes aos direitos fundamentais²⁷. Nesta lógica, seja por efeito do artigo 16.º, n.º 2 da CRP, seja na medida em que opere a cláusula aberta de direitos fundamentais do artigo 16.º, n.º 1, os princípios enunciados na DUDH e que não possuam natureza injuntiva não se situam num mero plano infraconstitucional²⁸.

Por último, diga-se que as restantes normas de direito internacional geral ou comum detêm unicamente um caráter supralegal, não lhes podendo ser atribuído grau semelhante ao das prescrições constitucionais e muito menos valor supraconstitucional²⁹.

4. Sobre o problema das colisões intersistémicas – em defesa do pluralismo

Na atual encruzilhada transnacional, a problemática dos conflitos normativos entre distintos sistemas jurídicos avoca uma relevância central, atenta a progressiva multiplicação de interseções e de sobreposições entre ordens jurídicas.

Determinante para esta realidade tem sido a dinâmica de desnacionalização que, em bom rigor, dita uma abordagem que não se foque apenas ou fundamentalmente nas relações formais entre os Estados, mas que tenha também em conta que os espaços, num contexto global, são habitados por relações jurídicas plurais. A esta luz, num quadro em que o direito global se exhibe como um direito heterogéneo e transterritorial, torna-se claro que o sistema legal global consiste numa rede de sistemas normativos muito diversificados³⁰.

²⁶ Cfr. *Idem, Ibidem*, p. 591.

²⁷ MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global...Cit.*, p. 293.

²⁸ Cfr. *Idem, Ibidem*, p. 299.

²⁹ Cfr. *Idem, Ibidem*, p. 299.

³⁰ Cfr. *Idem, Ibidem*, pp. 249-250.

Justamente nesta conjuntura, em que se vive o aumento das situações de colisões sistêmicas, trouxe-se para cima da mesa o apelo a construções pluralistas. Aparentemente, em lugar do velho dilema entre monismo (e, dentro deste, entre as teses do primado do direito internacional e do primado do direito interno) e dualismo a propósito da ligação dicotômica entre direito (constitucional) estadual e direito internacional, surge o pluralismo jurídico como a linguagem do futuro. E, segundo a concepção pluralista, não podendo os conflitos ser desfeitos com base numa estrutura hierárquico-vertical, deverá privilegiar-se uma “*dimensão relacional*”³¹, vista numa perspectiva horizontal, em que a harmonização pressupõe diálogo, reconhecimento e respeito mútuo.

O pluralismo de atores, sistemas, fontes e normas não se apoia exclusivamente na autonomia recíproca e na ausência de uma ordenação piramidal, mas igualmente na reciprocidade dos diversos intervenientes à autoridade dos demais³². Ou seja, sempre que haja uma abertura verdadeiramente arraigada entre sistemas ou regimes parcialmente autónomos, estará montado o palco para o pluralismo se expressar³³.

Quando a dificuldade de articulação entre sistemas jurídicos é examinada na ótica dos Estados, a Constituição executa um papel primordial, quer na ponderação da solução mais razoável, quer enquanto detentora da última palavra quanto ao modo de se colocar perante o conflito³⁴. Sendo este um assunto de interesse constitucional, certamente as respostas específicas dadas pelos vários direitos constitucionais hão de ser muito díspares, relevando, por isso, sondar o grau de abertura a uma realidade plural que se extrai de uma concreta ordem constitucional³⁵.

“*Na vida (...), há mais pluralidade que extremos*”³⁶, pelo que, talqualmente nesta sede, a opção não deve ser reconduzida à alternativa entre o constitucionalismo estadual e o constitucionalismo global, devendo buscar-se uma via intermédia que assuma não só a independência e a consideração recíproca entre os diferentes sistemas normativos, mas também a ideia de “*heterarquia*”³⁷, recusando uma supremacia acrítica na relação entre aqueles³⁸.

³¹ Vd. MEDEIROS, Rui, *Internacionalismo defensivo e compromisso europeu na Constituição Portuguesa*, Cit., p. 658.

³² Vd. MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global...Cit.*, p. 285.

³³ Cfr. *Idem, Ibidem*, p. 285.

³⁴ Cfr. *Idem, Ibidem*, p. 290.

³⁵ Cfr. *Idem, Ibidem*, p. 290.

³⁶ Cfr. LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? O Insustentável Peso do Não-Ter*, in “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, p. 181.

³⁷ MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global...Cit.*, p. 252.

³⁸ Cfr. *Idem, Ibidem*, p. 271.

5. Considerações finais

Uma reflexão atualista sobre a “magna carta” nacional na febre dos tempos globais não pode olvidar as relações entre texto e contexto, entre Constituição e realidade constitucional, por forma a compreender-se o que resta da Lei Fundamental *após* a ação da globalização.

Como vimos, em virtude das significativas transmutações sofridas pelo Estado e pela vida internacional ao longo do século XX e no século XXI, o constitucionalismo nacional tradicional apresenta, hoje, um quadro clínico de *hipertensão*, tendo-se chegado ao culminar de certo período ou, pelo menos, a um momento de transição para um novo paradigma. Em nome de um mínimo de realismo, e salvo melhor opinião, julgamos que, ao invés da queda do sujeito histórico *Estado Constitucional*, tem-se assistido antes a um seu redesenho, pois o constitucionalismo estadual *tendencialmente* triunfante desponta agora com a pretensão de constituir um desvio ao clássico debate entre *particularismo* e *universalismo*.

A terminar, e seguindo de perto o discurso argumentativo de J. J. Gomes Canotilho, dir-se-á que os pluralismos e dinamismos da vida constitucional são assimilados por via da função autoreferente das Constituições estaduais, visto que as regras e os princípios constantes dos textos constitucionais permanecem essencialmente os mesmos, pese embora a sua abertura ao tempo através da flexibilização dos respetivos conteúdos³⁹.

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*...Cit., p. 1408.

ACESSO CONSTITUCIONAL AO DIREITO: A JURISPRUDÊNCIA. O CASO DO SUPREMO TRIBUNAL MILITAR DE ANGOLA¹

Manuel Simas Santos

Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça, Prof. Catedrático Convidado do ISMAI, Prof. afiliado e membro da Comissão de Ética da Universidade do Porto e Colaborador da EDUM

António dos Santos Neto

General, Juiz Conselheiro Presidente do Supremo Tribunal Militar de Angola

1. Sob a epígrafe “acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”, dispõem as Constituições de Portugal e de Angola e de Portugal, respectivamente, nos seus artigos 20.º e 29.º:

“1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos interesses e legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.”

Têm-se defendido que esse normativo não consagra exclusivamente um Estado judiciário ou um Estado de Justiça, “*entendido como um estado em que o direito se realiza apenas através do recurso aos tribunais ou através da solução judicial de litígios, mas o direito de acesso aos tribunais ou o direito de acesso à via*

¹ Por vontade dos Autores o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

judiciária é uma das dimensões – porventura a mais importante – mas não é a única da direito de acesso ao direito.”²

E essa constatação bastaria para acentuar a natureza polissémica da palavra “direito” neste contexto. Direito de acesso aos órgãos estatais de aplicação do direito e acesso ao direito por eles aplicado, ao direito judiciário, portanto.

Não oferece contestação o dever do Estado não só de publicar a lei no jornal oficial, mas de a divulgar ao ponto de se tornar acessível ao cidadão em geral e ao jurista em particular.

Por isso, quer a Lei portuguesa de formulário dos actos legislativos³, quer a Lei angolana sobre publicações oficiais e formulários legais,⁴ impõem hoje, não só a publicação das leis, mas a sua republicação, pela lei de alteração, sempre que a alteração atinge determinado alcance ou o justifique.

Embora se possa dizer que a *ninguém aproveita da ignorância da lei*⁵ isso não traduz a obrigação do conhecimento efectivo da lei.

Torna-se de meridiana evidência que aquele adágio tende a ser ultrapassado, sob pena de flagrante hipocrisia. Qual o jurista que conhece (mesmo só que seja) as leis essenciais que regem o país?

Mas as dificuldades adensam-se com a jurisprudência, o direito aplicado, o direito em acção, normalmente só acessível aos seus cultores.

Ora, o dever de tornar conhecido o direito, por qualquer forma de comunicação, que incumbe ao Governo, justifica-se tanto para leis como para as decisões jurisprudenciais que as interpretam e aplicam (implicitamente doutrina dos pensadores do direito).

Pode, pois, dizer-se que um proclamado Estado de Direito democrático, como Portugal⁶ ou Angola⁷ tem o dever da divulgar o direito junto do jurista e do cidadão, incluindo a jurisprudência dos tribunais.

Ao falarmos de jurisprudência, referimo-nos às respostas dadas pelos tribunais, através das suas decisões, às questões concretas que lhes são colocadas, com particular relevo para a sua motivação ou justificação, *law in action* por contraposição a *law on the books*.⁸

² CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Anotada*, I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.410.

³ Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro, alterada pelas Leis n.ºs 2/2005, de 24 de Janeiro, 26/2006, de 30 de Junho e 42/2007, de 24 de Agosto.

⁴ Lei n.º 7/14, de 26 de Maio.

⁵ *Nemo legem ignorare censetur*.

⁶ Art. 2.º da CRP.

⁷ Art. 2.º da CRA.

⁸ “Lei nos livros” refere-se à lei como está escrita e/ou codificada em livros. “Direito em acção”

2. Com efeito, o discurso jurisprudencial utiliza a linguagem do direito que apresenta muitas vezes *opacidade* para o cidadão comum, decorrente do uso de um vocabulário técnico, que implica inevitavelmente a polissemia⁹ interna e externa.

Por outro lado, as decisões judiciais são, por imperativo constitucional e legal, motivadas, fundamentadas.

A Constituição portuguesa estabelece que “*as decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos da lei*” (art. 205.º), sendo a primeira vez que uma norma constitucional refere aí expressamente a exigência da fundamentação das decisões judiciais, associando-a ao conceito de Estado de Direito e à referência constitucional da fundamentação das decisões judiciais à “*administração da justiça em nome do povo*”, surgindo, assim explicitamente como forma de legitimação democrática dos tribunais, da própria decisão judicial e garantia do direito ao recurso.

A Constituição de Angola não contém uma norma idêntica à daquele art. 205.º, o que não significa que essa necessidade de fundamentação não resulte da Lei Fundamental Angolana. Na verdade, diversas são as normas e princípios constitucionais de onde resulta a necessidade (constitucional) de fundamentação. Trata-se, já o vimos, de um proclamado Estado de democrático direito; a justiça é administração da justiça em nome do povo¹⁰; o acesso ao direito e à informação é garantido constitucionalmente em diversos momentos e planos¹¹; e é constitucionalmente assegurado o direito (efectivo) ao recurso¹² e o direito ao processo justo e equitativo¹³.

refere-se a como e se uma lei é aplicada ou executada, o que pode variar conforme o aplicador.

⁹ *Polissemia* o facto de uma palavra ter várias significações.

¹⁰ Art. 174.º, n.º 1

¹¹ Art.ºs 29.º – Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva; Artigo 63.º – Toda a pessoa privada da liberdade deve ser **informada**, no momento da sua prisão ou detenção, **das respectivas razões e dos seus direitos**....; Artigo 73.º – Todos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania ou quaisquer autoridades, petições, denúncias, reclamações ou queixas, para a defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral, bem como o **direito de ser informados** em prazo razoável **sobre o resultado** da respectiva apreciação.

¹² Artigo 67.º, Garantias do processo criminal, 1. Ninguém pode ser detido, preso ou submetido a julgamento senão nos termos da lei, sendo garantido a todos os arguidos ou presos o direito de defesa, **de recurso** e de patrocínio judiciário. ... 6. Qualquer pessoa condenada tem o **direito de interpor recurso** ordinário ou extraordinário no tribunal competente da decisão contra si proferida em matéria penal, nos termos da lei.

¹³ Artigo 72.º – A todo o cidadão é reconhecido o direito a julgamento **justo**, célere e conforme a lei; Artigo 29.º – 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante **processo equitativo**.

E a exigência da fundamentação resulta igualmente, com diversa premissa é certo nos dois ordenamentos ordinários, da lei ordinária, como se constata, para nos atermos no nosso caso, às normas pertinentes ao universo penal, designadamente, em Portugal, os artigos 374.º a 380.º do Código de Processo Penal de 1987 e, em Angola, dos artigos 446.º e 450.º a 452.º do Código de Processo Penal de 1929.

Essas características das decisões judiciais e judiciais levam frequentemente também a uma construção complexa e extensa que torna difícil a apreensão do seu conteúdo e sentido.

O que coloca a questão da forma da sua divulgação.

3. Como o título antecipa, não se visam todas as jurisdições angolanas.

A Constituição de Angola organiza o seu sistema jurisdicional em cinco jurisdições distintas: constitucional, comum, financeira, militar e, eventualmente, jurisdição administrativa, fiscal e aduaneira, cuja criação posterior é admitida¹⁴.

No que se refere à *Jurisdição Militar*, o Supremo Tribunal Militar é o órgão superior da hierarquia dos tribunais militares, sendo as suas composição, organização, competências e funcionamento estabelecidas por lei ordinária.

O Presidente da República nomeia, de entre magistrados militares, o Juiz Presidente, o Juiz Vice-Presidente e os demais Juízes Conselheiros do Supremo Tribunal Militar¹⁵.

A Jurisdição Militar mostra-se desenvolvida na legislação ordinária, designadamente através das Leis n.ºs 1/54, de 7 de Janeiro que criou os Órgãos de Justiça Militar no quadro das Forças Armadas Angolanas, e 5/94, de 11 de Fevereiro – *Lei Sobre A Justiça Penal Militar*.

Retenha-se, desde já, no que se refere ao Supremo Tribunal Militar, que, nos termos do art. 29.º daquela Lei lhe compete conhecer:

- Dos recursos interpostos das decisões proferidas pelos Tribunais inferiores;
- Dos conflitos de competência entre os Tribunais Militares;
- Em primeira instância, os processos em que sejam arguidos Oficiais Gerais, juízes dos Tribunais Militares e Magistrados do Ministério Público junto deles;
- Dos recursos de revisão das sentenças proferidas pelos Tribunais Militares inferiores;

¹⁴ Art. 176.º da CRA.

¹⁵ Art. 183.º da CRA.

- Dos recursos de cassação das sentenças proferidas pelos Tribunais Militares inferiores;
- Ordenar, quando conhecer dos recursos de revisão e cassação, a suspensão das sentenças condenatórias;
- Julgar os processos de reforma de autos que se tenham perdido em Tribunal;
- Decidir do desaforamento do processo criminal do Tribunal competente;
- Exercer outras atribuições que lhe sejam conferidas por lei

Refira-se ainda que a Constituição, dispõe, no âmbito do Ministério Público, sobre a Procuradoria Militar a que cabe o controlo e fiscalização da legalidade no seio das Forças Armadas Angolanas, da Polícia Nacional e dos órgãos de segurança e ordem interna, garantindo o estrito cumprimento das leis.

Impõe-se aqui uma palavra sobre a necessidade e alcance desta Jurisdição Militar, à luz da *Lei dos Crimes Militares*, Lei n.º 4/94, de 28 de Janeiro, aprovada com vista à “uniformização de técnicas, procedimentos e normas consubstanciadas num corpo de doutrina coerente, abrangendo todos os sectores e áreas de organização militar, incluindo a administração da justiça específica pelo carácter e conciliação do serviço militar”, definindo correcta e inequivocamente os factos que constituem crimes militares, por violarem algum dever militar ou ofenderem gravemente a segurança e disciplina das Forças Armadas e para militares impõe-se a observância rigorosa e o respeito por um conjunto de normas específicas” – como se destaca no respectivo preâmbulo.

Assim, são *crimes militares* as acções ou omissões que violem algum dever militar ou afectem a segurança e a disciplina das Forças Armadas e que como tal sejam qualificadas por lei¹⁶.

E só respondem pela prática de crimes militares¹⁷:

- Os membros da Forças Armadas;
- Os membros da Polícia Nacional¹⁸;

¹⁶ Art. 1.º da Lei n.º 4/94, Lei dos Crimes Militares. O art. 15º do Código Penal, ao tratar das fontes do Direito Criminal e do princípio da legalidade, diz que não são crimes os actos que não são qualificados como tais por ele, exceptuando os actos qualificados crimes por legislação especial, nas matérias que não são reguladas por este Código, ou naquelas em que se fizer referência à legislação especial e os crimes militares (§ único, 2.º). O art. 16.º do mesmo diploma, define como crimes militares os factos que ofendem directamente a disciplina do exército ou da marinha, e que a lei militar qualifica e manda punir como violação do dever militar, sendo cometidos por militares ou outras pessoas pertencentes ao exército ou marinha.

¹⁷ Art. 2.º da Lei n.º 4/94.

¹⁸ A Polícia Nacional é uma força militarizada competindo-lhe fundamentalmente: (1) – A defesa da legalidade democrática; (2) – A manutenção da ordem e tranquilidade públicas; (3) – O res-

- Os membros de outras forças paramilitares quando no exercício das suas funções e demais pessoas que a lei expressamente determinar.

É desses crimes e agentes que se ocupa a Jurisdição Militar.

4. Os *Sistemas de informação na Justiça*, matéria da maior relevância prática na actualidade da Justiça apresentam-se inegavelmente como uma alternativa única para a resolução da enunciada questão da divulgação da jurisprudência da jurisdição militar, máxime do Supremo Tribunal Militar, com competência, como se viu, sobre todo o território nacional angolano.

A utilização das Tecnologias do Informação na gestão e uso de sistemas de informação na área da Justiça, permite hoje o acesso aos mais recentes avanços tecnológicos, em termos do seu impacto, na gestão de dados de informação jurisprudencial, em confronto com a necessidade de responder aos novos desafios que, são colocados por um novo meio ambiente, informático, digital e tecnológico.

Em concreto, permite a construção de **Bases de Dados Jurídicas**, ou seja, um *conjunto de informação legislativa, jurisprudencial ou de doutrina do direito, memorizada e tratada automaticamente em ordem à sua exploração conversacional*, no caso especificamente visando a jurisprudência, o que vale por dizer as decisões dos tribunais quando aplicam o direito ao caso concreto.

Essas Bases de Dados Jurídicas **são disponibilizadas na Internet e consultáveis** em linha, em tempo real.

As características das decisões judiciais, cuja construção complexa e extensa foi sublinhada, e a linguagem utilizada, com um vocabulário por vezes opaco para o cidadão comum, decorrente do uso de um vocabulário técnico, que implica inevitavelmente a polissemia interna e externa, que tem de ser recenseada e classificada antes da transposição das decisões para o computador, o mesmo sucedendo com o tratamento das relações de sinonímia¹⁹, antonímia²⁰, genera-

peito pelo regular exercício dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos; (4) – A defesa e protecção da propriedade estatal colectiva, privada e pessoal; (5) – A prevenção à delinquência e o combate à criminalidade; (6) – Colaborar na execução da Política de Defesa Nacional, nos termos que forem estabelecidos por lei (art. 1º do Estatuto Orgânico da Polícia Nacional, aprovado pelo Decreto nº 20/93).

¹⁹ *Sinonímia* é a relação entre palavras de significado semelhante, como por exemplo entre *bonito e lindo*, entre *alfabeto e abecedário*, entre *preto e negro*. Estas palavras de significado semelhante chamam-se *palavras sinónimas* ou simplesmente *sinónimos*.

²⁰ *Antonímia* é o contrário da sinonímia. É a relação entre palavras de significado oposto, como por exemplo entre *frio e quente*; *ordem e desordem*; entre *mal e bem*, *bom e mau*, *bonito e feio*. Por isso dizemos que *frio e quente*, *bom e mau*, etc., são palavras *antónimas*, ou simplesmente *antónimos*, porque têm significado *contrário*.

lidade/especialidade e vizinhança, atendendo à viabilização da pertinência das futuras pesquisas.

A extensão e complexidade do texto, em ordem à sua compreensibilidade e apreensibilidade pelos seus leitores exige um tratamento que pode e deve conduzir à elaboração de **sumários** (*abstracts*) que sintetizem o conteúdo de cada um dos documentos inseridos nas bases de dados, por forma a permitir a mais fácil e efectiva recuperação da informação aquando da pesquisa e a avaliação mais rápida da pertinência, para a pesquisa concreta que se realiza, de cada um dos documentos encontrados no seu âmbito.

Com efeito, através do sumário, num resumo do documento, procura-se sintetizar, em algumas frases, o conteúdo essencial desse documento. E a sua principal vantagem, já foi dito, reside na celeridade que proporciona à pesquisa, permitindo a concentração nos documentos que porventura mais interessarão ao utilizador.

São-lhe apontados os riscos de deixar escapar elementos úteis da fonte integral, se for demasiado sintético e de revelar escolhas subjectivas infieis ou distorcidas do seu redactor, que não sobrelevam as suas vantagens, tanto mais que pode ser conjugado com a inserção do texto integral pesquisável. Mas esses riscos podem ser afastados procurando retirar todos os elementos úteis do documento analisado e seguindo-se a técnica de proceder a transcrições, sem deixar de lado o encadeamento e justificação do raciocínio elaborados no documento.

Devem ser levados ao sumário essencialmente os **elementos de direito**, mas também os **elementos de facto** que sejam significantes no contexto. O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, passou a incluir, desde o ano de 2000, no sumário os elementos de facto a que atendeu na medida concreta da pena, numa contribuição para a melhor aplicação do princípio da igualdade dos cidadãos e ilustração das instâncias, quanto ao *sentencing*.

Mas, o conteúdo dos documentos inseridos na Base de Dados é revelado não só pelo sumário, mas também e primordialmente pelas **palavras-chave** ou **descritores**²¹.

*“O analista extrai do texto as noções expressas, explicita as noções implícitas e transpõe para um certo nível de conceptualização ou de generalização os factos ou as proposições jurídicas. No fundo, é retirar do texto as ideias, fixando-as em síntese de uma metalinguagem”*²².

²¹ Usa-se a expressão “Key Word in context” (KWIC), palavras-chave no contexto, para designar os índices actualizados para automatização de documentos, o método ou técnica que consiste em escolher os termos significativos de modo a que o seu conjunto represente o mais completamente possível os assuntos tratados no texto.

²² MARTINS, LOURENÇO, SALGADO, LUÍS, *Bancos de Dados Jurídicos em Portugal, a experiência do Ministério da Justiça*, BMJ, Documentação e Direito Comparado, 41/42, 1990, p. 67.

Mas para que essa metalinguagem não se disperse pela acção dos vários analistas e seja, pois, acessível aos utilizadores das bases, torna-se necessário estabelecer algumas *regras de utilização comum*, como as seguintes:

- os descritores são positivos e não negativos, p. ex. deve usar-se constitucionalidade e não inconstitucionalidade;
- os descritores são masculinos e não femininos, seguindo a regra da língua portuguesa;
- tratando-se de conceitos usados pela lei, ou de factos invocados pela norma, deve usar-se como descritor a expressão da própria lei;
- os descritores, diversamente do que sucede com o sumário, não tem que indicar o sentido da decisão jurisprudencial, mas tão só a matéria que trata.

Quanto mais precisos forem os descritores, mais afinada pode ser a pesquisa e mais próximo do desejado é o resultado obtido.

Estes descritores podem estar ou não constituídos em *Thesaurus*, com as relações e hierarquia que se referiram, mas são muitas as dificuldades em constituir uma equipa que reúna juristas, linguistas e informáticos para elaborarem esse *Thesaurus* ou *Thesauri*²³, que implica também a existência de um “software” capaz de o gerir automaticamente, além de ser controversa a sua necessidade.

No Ministério da Justiça de Portugal e em relação às Bases de Dados de Jurisprudência dos Tribunais Superiores ultrapassou-se a inexistência do *Thesaurus*, através da criação²⁴, extremamente cuidada, dos descritoras e as questões inerentes à polissemia, poderão considerar-se em parte resolvidas pela existência de áreas temáticas associadas a cada documento. As questões levantadas pela sinonímia, que o *Thesaurus* resolve, podem também ser solucionadas automaticamente no sistema que está implantado, o que ainda não sucedeu²⁵. Na verdade, existem Léxicos fechados, por exemplo para os tribunais judiciais, aplicáveis a todos eles controlados por uma equipa que admite a sua alteração por proposta dos analistas e que estão acessíveis aos utilizadores em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/desc?OpenPage>.

A análise pode, e deve a nosso ver, conduzir ao preenchimento dos campos da área temática e da **legislação interpretada** pelo documento, que, permitindo afinar a pesquisa, a tornarão mais operativa e eficaz.

²³ De que podem ser encontrados vários exemplos no site da União Europeia.

²⁴ Com o contributo significativo de um dos Autores.

²⁵ O Léxico em uso nas Bases de Dados contém indicações para o utilizador, esclarecendo questões de sinónimos: p. ex. nesse Léxico aparece ABORTO use INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ e INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ use for ABORTO, indicando ao utilizador qual o descritor a usar.

Hoje, com o embaratecimento da memória de massa, é cada vez mais comum a introdução do **texto integral**²⁶ do documento, também ele hoje pesquisável.

Além de aumentar as possibilidades de pesquisa em matérias de escasso tratamento, este campo das bases de dados tem a vantagem de constituir um **arquivo digital da jurisprudência**, mas que pode exigir cautela, quando se trata de matéria crime, quanto aos nomes dos intervenientes.²⁷

A aplicação pode ser desenvolvida como sistema de descritores, texto integral, ou misto, sendo que, nos dois últimos casos, qualquer palavra (com exclusão das “palavras vazias”²⁸) poderá servir para indexar o documento.

Importa lembrar que, sempre que a aplicação implique análise jurídica prévia, o analista deve ter acesso à globalidade do documento que vai servir de fonte à criação das bases de dados informáticas.

É necessário que a base de dados contenha “campos” destinados à informação administrativa: nome da decisão, número do processo, identificação do Tribunal, data da decisão, nome do relator, tipo de acção ou recurso, local de publicação (em papel) e desejável que contenha “campos” específicos reservados a informação especial (tais como legislação invocada, jurisprudência internacional invocada, etc.) que deve obedecer a critérios de normalização no modo de ser explicitada, ainda que no texto do documento apareça tal como o autor a escreveu.

Importa acautelar, através de mecanismos de segurança para o acesso às bases de dados, o seu acesso e a sua alteração, por utilizadores não autorizados e entre os autorizados inibir a visualização de alguns documentos ou parte dos documentos, se isso se mostrar relevante.

Podem ser criados procedimentos internos de avaliação contínua para determinar a “performance” do sistema, no que diz respeito a tempos de resposta, factores de ruído, eficácia do sistema, etc.²⁹

²⁶ Anteriormente distinguia-se na designação informática “texto completo”, com um significado diferente do texto integral (total) do documento. “Texto completo” estava associado à técnica informática que permite pesquisar um texto por qualquer palavra e podia incidir sobre a totalidade do documento ou não.

²⁷ O STJ de Portugal tem um programa informático que substitui automaticamente os nomes por siglas no respectivo texto, ficando as correspondências num campo designado de NOMES, não acessível ao utilizador comum..

²⁸ É, assim, importante a existência de uma lista de “palavras vazias” com o duplo objectivo de evitar o “ruído” durante a pesquisa e de diminuir o espaço em memória magnética que é ocupado pelos índices remissivos para o documento.

²⁹ Para além da auscultação dos utilizadores das bases de dados para avaliar a sua qualidade.

À semelhança do que aconteceu em Portugal com as Bases de Dados Jurídicas de Jurisprudência dos Tribunais Superiores (www.dgsi.pt), é desejável que num mesmo país se verifique, em relação às Bases de Dados a uniformização das linguagens de interrogação quando um utilizador acede a diversas bases de dados, produzidas por diferentes organismos ou, ao menos criar um único centro difusor da informação a que todos os utilizadores se ligassem, e que teria também a incumbência da normalização da linguagem de pesquisa.

A aplicação deveria disponibilizar o Léxico utilizado e um **Manual de Instruções para a Utilização da Base de Dados** que permita o conhecimento dos utilizadores da estrutura e funcionamento das bases com vista ao seu melhor aproveitamento.

5. Feita esta análise, foi a mesma aplicada no Supremo Tribunal Militar de Angola e produzida uma aplicação informática de Base de Dados de Jurisprudência do mesmo Tribunal, com os seguintes campos: processo, relator, descritores, data de acórdão, tribunal recorrido, votação texto integral, votação, privacidade, decisão, área temática, doutrina, meio processual, legislação nacional, sumário, decisão texto integral.

Permite pesquisa simples e pesquisa complexa com conjugação de todos os campos e os operadores lógicos ou lógicos ou booleanos AND, NOT, OR.

Está integrado na aplicação um *backoffice* com processador de texto para introdução e correcção de dados.

Essa aplicação está já instalada e disponível na Internet e acessível a partir do sítio do Supremo Tribunal Militar de Angola (www.supremotribunalmilitar.ao) (provisoriamente em <http://juris.herokuapp.com/>).

Foi também elaborado um *Manual de Instruções para a Utilização da Base de Dados* e teve lugar no mês de Julho de 2015 uma acção de formação de analistas de informação jurídica e operadores de dados³⁰, tendo sido já introduzida uma selecção de acórdãos dos anos de 1995 a 2010 do Supremo Tribunal Militar, que estão disponíveis para consulta.

Esta aplicação foi desenvolvida tendo em vista a possibilidade de replicação noutros Tribunais Superiores de Angola ou de outros países da Lusofonia.

Esperamos que essa informação em primeira mão possa proporcionar neste **III Congresso Internacional “Direito na lusofonia”** uma proveitosa discussão sobre a matéria.

³⁰ Conduzida pelo primeiro Autor.

A CONSENSUALIDADE NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE CONTROLE EXTERNO

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Doutorando em Ciências Jurídicas Publicistas com área de concentração em Direito Administrativo na Universidade do Minho. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, Brasil

1. Introdução

No atual século, num viés jurídico-institucional da Administração Pública moderna finalisticamente volvida à prevenção de desvios e conflitos, surge o papel consensualista da atividade administrativa não só na boa gestão da Administração Pública, mas também nos órgãos de controle externo.

Superando a ideia da função estatal sancionatória e coercitiva como únicas facetas decorrentes do poder de império, dentre as formas de controle externo da Administração Pública destaca-se a ação administrativa da consensualidade, como somatório de esforços para fazer face aos novos desafios e tarefas estatais atuais. Esse pensamento já era difundido por Norberto Bobbio¹ no século passado, expressando que o Estado daquela época era muito mais propenso a exercer uma função mediadora e garantidora, do que detentora do poder de potestade imperialista.

O dever constitucional na implementação de políticas públicas sob responsabilidade do ente estatal prestador, por intermédio de uma Administração Pública eficiente, impõe a efetivação de um vasto rol de direitos fundamentais e de uma nova postura preventiva do Estado garantidor.

¹ BOBBIO, Norberto, *Estado, governo e sociedade*. 4.º edição Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice, 2000), em seu artigo 41², remete a direitos dos concidadãos europeus exigirem dos órgãos e entidades, um conjunto de posturas garantidoras (p. ex. contraditório, reparação de danos, etc...).

No Brasil, a Constituição da República de 1988, notadamente em seu artigo 5º - Dos Direitos e Garantias Fundamentais – enumera diversas garantias em favor de seus nacionais e estrangeiros que se encontrem sob a égide do ordenamento jurídico pátrio, nos remetendo a premissa de que um Estado garantidor faz decorrer logicamente uma atividade administrativa garantidora.³

A função estatal da consensualidade *exsurge* justamente da propagação da mediação e democratização administrativa, extramuros do exercício da política, decorrente do alargamento das bases de legitimação do exercício de poder⁴, por meio de uma atividade administrativa que não suplanta as atribuições originárias do administrador público implementador, nem a substitui nos novos fins de boa gestão da *res*, comprometida à eficiência estatal.

A interlocução da gestão da atividade administrativa com indivíduos e grupos sociais – decorrente da atividade de democratização –, deve ser agregada aos métodos preventivos e de controle externo já experimentados por meio da utilização de mecanismos de prevenção de desvios, correção, orientação e soluções compartilhadas.

Tanto os órgãos e entidades da Administração Pública garantidora, quanto os órgãos e entidades da Administração Pública controladora, possuem convergência de atividade administrativa no norte da eficácia e efetividade das políticas públicas que deverão ser implementadas.

Assim, este trabalho pretende demonstrar, em breves linhas, que a ideia de monopólio de um determinado órgão estatal componente do Estado deve

² *Ex vi* Artigo 41 da Carta de Nice. Art.º 41. Direito a uma boa administração: 1. *Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.* 2. *Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe referiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.* 3. *Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.*

³ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo, Malheiros, 2007.

⁴ Nesse sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino de., SCHWANKA, Cristiane. *A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública do Séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação*. Disponível em: www.publicadireito.com.br, p.127, acesso em 30.03.2016.

abandonar o fundamento imperialista e hierarquizada do ente, substituindo-o pela consensualidade na tomada de decisões por variadas vertentes, como: a) o contratualismo (acordo, conciliação e transação administrativos); b) a substituição de mecanismos lastrados na hierarquia das relações internas da Administração (órgãos ou entidades vinculadas); c) participação do destinatário na tomada de decisões (democratização do processo densificação do interesse público), e; d) emprego de técnicas de prevenção de ilícitos ou solução de conflitos (ajustamentos de conduta e de gestão).

2. Da travessia da atividade administrativa imperativa à consensual

Classicamente o ato administrativo decorria da atividade interventiva e autoritária que fundamentava o Direito aplicável ao súdito no caso *in concreto*. Assimilava-se, portanto, o ato administrativo a uma sentença judicial, vez que ambos constituíam manifestações do poder de potestade, com definição do direito aplicável a uma situação jurídica individual.⁵

Não sem razão, tal ato poderia ser visto como ato administrativo de polícia, quando desfavorável ao particular, destinando sua constituição à manutenção da ordem pública e da paz social, marca das orientações dogmáticas autoritárias e interventivas clássicas liberais, tanto francesas, quanto alemãs.⁶

Nesse sentido, a Administração Pública do Estado Liberal - de fundamento autoritário -, se tornou sede de meio coercitivo distante dos administrados, bem como dos demais poderes do próprio Estado, impermeando-se a interferências externas.

Já no Estado Social, a dependência do administrado relativamente à Administração Pública intensificou o clamor interventivo dos poderes públicos como condição de existência do cidadão - destinatário das prestações públicas -, sujeito de direitos e obrigações almejados ininterruptamente.

Surge a pretensão de manutenção das vantagens declaradas ao cidadão por meio das garantias, não apenas desejando uma atuação administrativa, passando a perquirir que aja por si próprio, como nos ensina Vasco Silva⁷, *in litteris* “*Nesse cenário, tornam-se relevantes juridicamente as ‘recusas de prestação’, ao contrário da doutrina clássica, pois a Administração, assim, está negando vanta-*

⁵ SILVA, Vasco Pereira da, *Em busca do ato administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1998, pp.67-68.

⁶ Crf. SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca...*, cit., p.100.

⁷ Crf. SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca...*, cit., pp.100-101.

gem ao particular que depende de tais prestações, devendo caber-lhe, em consequência, direito de recurso contencioso. Daí porque a jurisprudência e a doutrina europeia começam a admitir a recorribilidade de atos negativos. Na Alemanha, por exemplo, a possibilidade de reação jurisdicional contra atitudes omissivas ilegais da Administração passa pelas “ações de cumprimento de dever” (*Verpflichtungssklage*), enquanto que, em Portugal, Espanha, França e Itália, o administrado conta com a figura do “ato tácito”.

Com tal advento da administração prestacional típica do Estado Social, tornou-se necessário formatar a noção de ato administrativo prestacional, passando de outrora agressão à esfera individual (desfavorável ao cidadão), para mecanismo de satisfação de interesses individuais (favorável ao cidadão).

Tal atividade da Administração Pública prestadora, diferentemente da administração pública interventiva, flexibilizou e diversificou sua atuação de forma menos imperialista, de modo à consensualizar seu *modus* na busca de fonte do Direito Privado (acordo de vontades) para realização de suas tarefas por meio da privatização, contratualização e tecnicização.⁸

Nesse sentir, a privatização tendencia a “fuga para o direito privado”, satisfazendo-se necessidades coletivas por meios jurídico-privados, quer em nível de organização administrativa (entidades de caráter público sob regime de gestão privada), quer em nível da atuação do gestor público (atividade administrativa clássica, prestacional ou constitutiva).

Há de se destacar que a maior aplicabilidade do Direito Privado se dá na faceta prestacional da Administração Pública, sem, contudo, excluir sua incidência nas atividades típicas do poder estatal de polícia, com aplicação conjugada de regras de gestão privada *in casu*, em que pese às críticas de parte da doutrina de que o poder estatal não comporta regras de consenso.

Entretanto, a contratualização da Administração Pública se tornou meio cada vez mais comum, sendo intitulada como “administração concertada” ou “administração pública consensual” que tanto favorece a celebração de contratos com os administrados, quanto possibilita que as próprias autoridades administrativas celebrem acordos de vontades de interesse público entre si.⁹

Longe de desnaturar a figura pública do Estado, o contratualismo na atividade administrativa empresta-lhe novas tendências e atenta para a eficiência dos serviços públicos.

⁸ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p.42.

⁹ Crf. SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca...*, Cit., p.105.

3. Instrumentos administrativos na era da consensualidade

Os instrumentos administrativos lastrados na atividade administrativa de caráter consensualista se fundam em premissas que enaltecem o uso de técnicas, métodos e instrumentos negociais, que tem por escopo o atingimento de resultados mais rápidos, eficazes e seguros, tanto para o gestor público titular da ação impositiva da Administração Pública, quanto para o destinatário que são os membros da sociedade.

Assim, a concertação administrativa ou suas técnicas de contratualização podem ser indicadas como formas de Administração Pública consensual.

Define-se concertação administrativa como fenômeno de renúncia de poderes administrativos lastrados na imperatividade e unilateralidade, com transação perante aos destinatários da aplicação concreto dos poderes¹⁰, bem como com os demais órgãos da administração pública representados por suas autoridades administrativas competentes.

A regulação do procedimento administrativo torna-se forte preocupação da dogmática moderna, possibilitando não só a democratização da atividade administrativa com participação do administrado, mas, sobretudo, favorecendo o controle externo, e com isso inaugurando uma nova legitimação da atividade administrativa de natureza consensual.¹¹

Quer se trate de decisão unilateral ou não, o que se busca com a atividade administrativa consensual é um meio mais rápido e de melhor aceite pelos destinatários, eficaz sobretudo na ótica do controle externo que participa do momento da elaboração da vontade de todos, em sede de exame preventivo de legalidade, acompanhando por meio do controle concomitante – de também critério técnico –, para esparcar a ineficiência ou desarrazoabilidade presentes nos atos administrativos derivados exclusivamente do autoritarismo, em tese.

Assim o ato administrativo dotado de pura imperativa perde sua exclusividade na administração pública clássica, deixando de ser manifestado por exercício de mera excelência, oportunizando uma visão precedente, concomitante e finalística; esta última não só como realidade última, absoluta e perfeita como antes.¹²

Essa é a visão do Estado Democrático de Direito pluralista e infra-estrutural, configurado pela atividade administrativa com menos manifestação de poder, e mais como aparelho burocrático de implementação de direitos, renovando

¹⁰ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed., 1999, v. 1, p.661.

¹¹ Crf. SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca...*, Cit., pp.106-107.

¹² Crf. SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca...*, Cit., pp.109-110.

a sua legitimação para atendimento das complexidades sociais e programáticas do próprio Estado.

A coercibilidade deixa de retratar uma única via para perseguir o melhor interesse público possível, exceto quando a lei preveja uma necessária observância de forma.

No direito brasileiro há de buscar uma regra explícita de competência dos órgãos e entidades administrativas para exercício da consensualidade administrativa. Subsidiando tal afirmação elencaremos diversos diplomas legais autorizativos do exercício da atividade administrativa consensual e seus motivos determinantes, senão vejamos:

- a) o artigo 10, do Decreto-Lei n. 3.365/41 (que disciplina a Desapropriação), segundo o qual “*a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente*”, mediante ato da própria autoridade administrativa competente;
- b) o §6º do artigo 5º da Lei federal n. 7.347/85 (que disciplina a Ação Civil Pública), segundo o qual autoriza os órgãos públicos legitimados a sua propositura, inclusive os de controle externo como o Ministério Público e Associações Cíveis organizadas na forma da Lei, a faculdade de “*tomar dos interessados compromisso de ajustamento de suas condutas às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*”;
- c) a Lei federal n. 8.666/93, a Lei federal n. 8.987/95, a Lei federal n. 11.079/04 e a Lei federal n. 11.107/05 que disciplinam os acordos no âmbito da execução dos contratos administrativos;
- d) o artigo 53 da Lei federal n. 8.884/94 que disciplina “*o compromisso de cessação de prática sob investigação*”, nos processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – órgão estatal executivo;
- e) o §8º do artigo 37 da Constituição da República de 1988, que prevê a possibilidade de firmamento de contratos de gestão como instrumento de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos ou entidades da administração direta e indireta, a ser firmado entre os gestores públicos e poder público;
- f) o artigo 16, da Lei federal n. 12.846/2013 (que disciplina a Responsabilização de Pessoas Jurídicas pela prática de ato ilícito), permitindo aos entes federados e órgãos da administração pública, inclusive Ministério Público e Defensoria Pública, em “*celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados*”, reduzindo ou mitigando as cominações que dispõe;
- g) o artigo 4º da Lei Federal n. 12.850/2013 (que disciplina Organização

Criminosa), permitindo ao juiz homologar “*acordo de colaboração premiada*”, reduzindo ou mitigando as cominações que dispõe ao réu colaborador/delator premiado;

- h) por fim, sem esgotar as hipóteses, temos o artigo 93-A, da Lei Complementar estadual n. 102/2008 e suas alterações posteriores (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), que prevê a possibilidade do órgão de controle externo celebrar “*Termo de Ajustamento de Gestão para regularizar atos e procedimentos dos poderes, órgãos ou entidades por ele controlados*”.

Como pode se extrair das hipóteses e dos instrumentos elencados acima, a consensualidade tempera a tomada de decisão democrática e responsável pelo bom administrador público, em nome da necessidade de melhor persecução possível do bem-comum; aparece o ato administrativo como instrumento imprescindível na atividade jurídico-administrativa decisória, sem prejuízo das decisões correntes serem lastradas na contratualização administrativa.

4. Considerações finais

Nas últimas décadas o Estado contemporâneo remodelou-se do providencialismo estatal à perspectiva consensual e dialógica. Agregou-se a função até então imperativa e monológica, um processo de abertura de tomada de decisões, sem se usurpar as atribuições originárias da autoridade administrativa constituída.

Uma nova estatura jurídico-institucional se erigiu sob a Administração Pública, agora consensual, inclusive com a participação de órgãos de controle externo visando à edificação de decisões mais justas, razoáveis e que atentem ao verdadeiro interesse público geral, gravando de certeza a implementação de políticas públicas mais eficientes, melhor assimiladas pelos administrados.

Cada órgão ou entidade atua dentro dos estritos limites de suas atribuições, num somatório de esforços para uma gestão mais aberta e democrática, que contempla a multilateralidade e compartilhamento da elaboração da tomada de decisões, propiciando um controle externo prévio, concomitante e posterior à implementação de políticas públicas em matéria de decisões correntes. Tal método se apresenta mais seguro e eficaz, atingindo objetivos programáticos do Estado de forma mais eficaz e eficiente.

O procedimento administrativo passou a se encarregar dos múltiplos interesses públicos envolvidos, afastando-se da abstrata vontade coletiva que a todos não comprometia e desresponsabilizava. A via unilateral autoritária é

abandonada na formação do ato administrativo, ficando a cargo do sistema coercitivo-sancionatório a última instância, se não restar consensualidade na conformação de atos ou contratos administrativos que primem pela legalidade, legitimidade, economicidade, razoabilidade e eficiência da decisão administrativa, tudo sob enfoque do atendimento de interesses públicos múltiplos.

Eis aqui exercício da boa governança fundada em pedra de toque da segurança jurídica, multilateralidade, democratização e convergência dos interesses públicos coletivos, voltada a excelência da atividade administrativa eficiente e preocupada com o bem comum da coletividade.

O DEPOIMENTO INDIRETO E O DIREITO DE DEFESA DO ARGUIDO: UMA LEITURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Margarida Santos
Professora da EDUM e do ISMAI

1. Considerações iniciais

O depoimento indireto previsto no artigo 129.º do Código de Processo Penal (CPP) afigura-se um meio de prova que assume grande relevância no contexto da prova testemunhal, atendendo, desde logo, à frequência com que surge na prática judiciária.

Apesar da estabilidade da redação do artigo 129.º do CPP que mantém a sua versão inicial, verificam-se, sobretudo na jurisprudência, algumas divergências na interpretação deste normativo, sustentadas em fundamentações que suscitam dúvidas de um ponto de vista jurídico-constitucional.

Com a presente comunicação pretende-se especificamente analisar o tema do âmbito subjetivo do depoimento indireto, sobretudo no confronto com o direito de defesa do arguido. Almeja-se, de uma forma especial, refletir em torno da problemática de saber se é aplicável o regime do artigo 129.º do CPP (o regime do depoimento indireto) a uma conversa informal tida entre um terceiro/testemunha e o arguido e se a valoração deste depoimento é admissível, sobretudo nas situações em que o arguido se remete ao silêncio, e se for admissível, em que termos.

Neste sentido, depois de se dar conta, a traços largos, de alguns aspetos do regime legal do depoimento indireto e do entendimento doutrinário e juris-

prudencial em torno deste, indaga-se se a fundamentação utilizada sobretudo por alguma jurisprudência, refletida nalgumas fundamentações da matéria de facto das sentenças penais, se afigura (in)compatível com o exercício do direito ao silêncio do arguido, que constitui uma manifestação do seu direito de defesa constitucionalmente garantido (artigo 32.º, n.º1, da CRP; artigo 61.º, n.º1, al. d) e 343, n.º1, ambos do CPP) e com a presunção da inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP).

2. O regime legal do depoimento indireto - brevíssimas considerações

O depoimento indireto consiste na revelação processual de factos que não foram objeto de conhecimento direto da testemunha (relativamente a conhecimentos obtidos extraprocessualmente)¹.

O modelo acolhido no ordenamento processual penal português, consagrado no CPP de 1987² e que ainda permanece, é o da “*admissibilidade condicionada*”³ do testemunho de ouvir dizer. A divergência reside, desde logo, no âmbito subjetivo de aplicação do artigo 129.º do CPP. Com efeito, o legislador português não estabeleceu uma proibição de prova mas uma proibição de valoração do depoimento indireto, na parte em que a fonte da informação não seja chamada a depor (porque a testemunha se recusa a identificar a fonte ou não sabe identificá-la). Na esteira do disposto no artigo 129.º, n.º1, do CPP, apenas é possível a valoração do depoimento indireto sem audição da fonte da informação em três situações de impossibilidade de esta ser chamada a depor: morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de a mesma ser encontra-

¹ Se o conhecimento for obtido no âmbito do processo, por exemplo, porque se assistiu a uma diligência, poderemos estar ao invés perante uma proibição de prova prevista nos artigos 356.º, n.º 7 e 357.º, n.º 3, ambos do CPP.

² Para uma análise do testemunho de ouvir dizer no quadro da Constituição de 1976, nos primeiros anos da sua vigência, v. ANDRADE, Manuel da Costa, *Parecer*, “Coletânea de Jurisprudência”, Ano VI, T. 1, 1981, p. 11 e seguintes.

³ A caracterização do modelo português como incluída no modelo de “admissibilidade condicionada”, onde igualmente se situam, em diferentes graus, os ordenamentos jurídicos alemão, italiano e o espanhol, é feita por TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Admissibilidade e Livre Valoração versus proibição de Prova*, “Revista do CEJ”, n.º 2, 2005, pp. 131 e 132. O Autor “cataloga” os regimes jurídicos em três sistemas: o de “admissibilidade irrestrita” (onde se insere, tendencialmente, a tradição francesa); a “admissibilidade condicionada” e o da “proibição geral” (enformada pelos acusatórios anglo-americanos). Para uma análise da resposta processual presente nos diversos ordenamentos jurídicos, v., entre nós, ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 159 e seguintes.

da⁴. Ou seja, o legislador cingiu o âmbito da prova testemunhal ao conhecimento direto da testemunha⁵ e estabeleceu a possibilidade de prestação de depoimento indireto, com a sua valoração condicionada à convocação judicial da fonte da informação ou a um caso de impossibilidade fáctica de esta ser inquirida.

Os fundamentos principais subjacentes à proibição da valoração do depoimento indireto prendem-se sobretudo, como acentuou Costa Andrade, com o cumprimento do princípio da imediação e com a necessidade de ser assegurado o contraditório quanto aos meios de prova relevantes para a decisão, princípios que seriam colocados em causa pela ausência da fonte primária da informação⁶.

Pode acrescentar-se que, se fosse possível valorar um depoimento indireto fora das condicionantes legais, além de estarmos, naturalmente, perante uma ilegalidade processual por violação das regras de prova testemunhal contempladas nos artigos 128.º e 129.º do CPP, por outro lado, estaríamos a atribuir relevância testemunhal ao conhecimento da fonte primária que não foi sujeita às regras de certificação de credibilidade da inquirição de testemunhas.

Importa, agora, perscrutar como a doutrina e a jurisprudência têm tratado o tema do âmbito subjetivo do depoimento indireto, sobretudo no confronto com o direito de defesa do arguido.

Podemos dizer que há essencialmente duas linhas de pensamento: uma que entende ser aplicável o artigo 129.º do CPP às situações em que a fonte é o arguido e outra linha que defende não ser aplicável este regime.

A doutrina tem entendido, de forma consensual, que o artigo 129.º do

⁴ Controversa é a possibilidade de estender-se o âmbito de aplicação da lei a outras situações não previstas expressamente no artigo 129.º do CPP. A estes casos, e concordando, nesta parte, com TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Admissibilidade e Livre Valoração versus proibição de Prova*, “Revista do CEJ”, n.º 2, 2005, p. 142 e, por exemplo, com PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Depoimento indirecto, legalidade da prova e direito de defesa”, in ANDRADE, Manuel da Costa, SOUSA, Susana Aires de, ANTUNES, Maria João, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 1066 e seguintes., realizando uma interpretação extensiva das cláusulas de impossibilidade fáctica de inquirição previstas no artigo 129.º do CPP podem acrescentar-se outros casos que apenas não estão expressamente consagrados “por deficiente previsão legislativa ou pela sua desactualização perante a realidade social” (p. 1069).

⁵ De acordo com o prescrito no artigo 128.º, n.º1, do CPP: “A testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento directo e que constituam objecto da prova”.

⁶ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Parecer*, “Coletânea de Jurisprudência”, Ano VI, T. 1, 1981, p. 6 e ss. e SANTOS, Manuel Simas/ LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Código de Processo Penal Anotado*, I, 3.ª Edição, Rei dos Livros, 2008, pp. 928 e 929; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição Actualizada, Universidade Católica Editora, 2008, p. 343 e ss., acentua que o artigo 129.º deve ser lido à luz do princípio da imediação, acrescentando e, no caso de depoimento de ouvir dizer a arguido, a limitação do direito ao silêncio do arguido, consagrado entre as garantias de defesa do arguido (artigo 32.º, n.º1, da CRP).

CPP não se aplica quando a fonte seja o arguido. Não obstante, constata-se a existência de distintas percepções quanto à possibilidade ou não de valoração destes depoimentos e quanto à argumentação utilizada⁷.

Desde logo, num enquadramento mais restritivo, defendido por exemplo por Damião da Cunha⁸ e por Paulo Pinto de Albuquerque⁹, que entendem que quer o depoente tem de ser uma testemunha, quer a fonte primária tem de ser chamada a depor enquanto testemunha. Ou seja, o depoimento indireto só é um meio de prova válido no âmbito do artigo 129.º do CPP se for feito por uma testemunha que identifica como fonte alguém que irá depor enquanto testemunha. Neste sentido, na esteira destes Autores o artigo 129.º do CPP nem se aplicaria às declarações do arguido, do assistente, da parte civil, nem estes podem ser as fontes dos depoimentos indiretos.

Paulo Pinto de Albuquerque¹⁰ entende que uma vez que o artigo 129.º do CPP constitui uma norma excepcional, não é admissível a sua aplicação analógica ao depoimento de uma testemunha sobre o que ouviu dizer ao arguido, ao assistente e às partes civis, em prejuízo do princípio constitucional da imediação, na medida em que o regime legal que disciplina a inquirição das testemunhas é distinto daquele que rege as declarações do assistente e da parte civil, bem como o interrogatório do arguido, sendo que a o artigo 129.º do CPP refere-se, efetivamente, à inquirição das pessoas indicadas. Além disso, às limitações do regime do depoimento indireto decorrentes do princípio constitucional da imediação acrescem, no caso de depoimento de ouvir dizer a arguido, as limitações decorrentes do direito do arguido ao silêncio, consagrado entre as garantias de defesa do artigo 32.º, n.º1, da CRP.

Na senda do Autor, as testemunhas apenas poderiam depor sobre aquilo que ouviram dizer ao arguido durante a prática dos factos ilícitos a que assistiram (e aqui estaríamos perante prova direta do facto criminoso), mas já não poderiam depor sobre conversas tidas com o arguido depois da prática desses factos (aqui estaríamos perante um verdadeiro depoimento indireto cuja valoração pelo

⁷ Seguimos aqui a divisão operada por PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Depoimento indirecto, legalidade da prova e direito de defesa”, in ANDRADE, Manuel da Costa, SOUSA, Susana Aires de, ANTUNES, Maria João, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 1076 a 1078, que identifica três entendimentos doutrinários: uma “solução restritiva”, uma “linha intermédia” e uma “solução ampla”.

⁸ CUNHA, Manuel Damião da, *O regime processual da leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)*, “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, Ano 7, Fasc. 3 (Jul.-Set.), 1997, pp. 438 e seguintes.

⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição Actualizada, Universidade Católica Editora, 2008, p. 344 e seguintes.

¹⁰ *Idem*, p. 344.

tribunal no processo penal colocaria em causa o direito ao silêncio do arguido).

Numa tese intermédia, defendida por exemplo por Carlos Adérito Teixeira, a fonte do conhecimento indireto revelado por uma testemunha pode ser alguém que deporá na qualidade de testemunha, de assistente ou de parte civil, mas não de arguido. Advoga, entre outros argumentos, que o arguido “*já* *jamais* *poderia assegurar o procedimento, legal e doutrinário, que constitui a condição de admissibilidade e valoração do depoimento indirecto*”¹¹. Desde logo, além do elemento literal (“*pessoa determinada*”; “*depor*”), como aduz o Autor, seria “*um contra-senso ‘chamá-lo’ [ao arguido] para se pronunciar sobre o depoimento indirecto, quando tal não sucede quanto à prova directa...*”¹². O Autor defende, no entanto, que nada impede que o depoimento da testemunha seja apreciado à luz da regra geral da livre apreciação da prova (mesmo que o arguido se remeta ao silêncio)¹³.

Costa Pinto perspetiva que o artigo 129.º do CPP é inaplicável quando a pessoa fonte seja o arguido, podendo o depoimento ser valorado à luz dos artigos 127.º, 140.º e ss. e 340.º, n.º 1, todos do CPP. É de entendimento, na linha de Paulo Pinto de Albuquerque e de Damião da Cunha, que o artigo 129.º do CPP não se aplica quando a fonte seja um arguido, assistente ou parte civil. No caso de a fonte ser o arguido, perfilha o entendimento de que estamos perante um depoimento direto não sujeito ao artigo 129.º do CPP, sublinhando que “*... cabe ao arguido decidir se se pronuncia ou não sobre os factos revelados pela testemunha que ele alegadamente conhece*” e que “[o] silêncio do arguido não significa uma confirmação tácita dos factos relatados pela testemunha mas também não impede que, na parte em que esta relata um conhecimento direto, o mesmo seja enquanto tal (...) livremente valorado pelo tribunal...”¹⁴. Alega que “[a]s declarações de arguido, assistente ou parte civil nunca podem ser convertidas em prova testemunhal por força do impedimento constante do art.º 133... Esse meio de prova não pode ser ignorado se for relevante para a descoberta da verdade material devendo o Tribunal promover a audição da fonte nomeada sempre que tal se revele possível”¹⁵. Se bem interpretamos, o Autor acaba por defender que, ressaltando o direito ao silêncio e à presunção da inocência, deve haver promoção da audição do arguido com base no artigo 340.º do CPP.

¹¹ TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Admissibilidade e Livre Valoração versus proibição de Prova*, “Revista do CEJ”, n.º 2, 2005, p. 161.

¹² *Idem, ibidem.*

¹³ *Idem*, p. 164.

¹⁴ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Depoimento indirecto, legalidade da prova e direito de defesa”, in ANDRADE, Manuel da Costa, SOUSA, Susana Aires de, ANTUNES, Maria João, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp., p. 1084.

¹⁵ *Idem*, p. 1088.

Do lado oposto, há ainda uma tese ampla, que tem sido seguida por grande parte da jurisprudência, que permite a aplicação do regime do depoimento indireto nas situações em que o arguido é a fonte¹⁶. Neste sentido, grande parte da jurisprudência segue a tese da admissibilidade da valoração do depoimento da testemunha que ouviu dizer ao arguido e que este configura um depoimento sujeito à disciplina do artigo 129.º do CPP.

Ainda que exista jurisprudência que não espelhe o seguimento desta tese, refletindo o entendimento de não estarmos diante de um depoimento indireto, uma maior aproximação prática da questão leva-nos a ter a impressão de que poderá assumir alguma expressão na jurisprudência, no contexto da fundamentação da matéria de facto, a ideia de que o arguido foi *confrontado* com o depoimento da testemunha, optando ou não pelo exercício do direito ao silêncio.

Chegados aqui, descritas as teses, cumpre referir que não parece assistir razão à tese perfilhada por grande parte da jurisprudência, devendo antes o depoimento da testemunha ser valorado no âmbito do artigo 127.º do CPP.

Cumpre, ora, suscitar a questão de saber se, quando o arguido se remete ao silêncio, este “modelo dinâmico de indagação” que se chama à colação - seja por quem defende a tese da utilização do depoimento indireto quando a fonte é o arguido, seja por quem o avoca apenas no contexto do artigo 340.º do CPP - não poderá comprometer o próprio exercício do direito ao silêncio e o princípio da presunção da inocência.

Ora, a concretização desta tese (ampla) parece-nos que pode, desde logo, colocar em causa o direito ao silêncio do arguido. Se é verdade que o arguido pode pretender prestar declarações, não é menos verdade que se este sujeito processual não pretender fazê-lo não tem de ser “confrontado” sucessivamente com o depoimento da testemunha.

¹⁶ Há vários Acórdãos neste sentido, incluindo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 213/94 de 2 de março e o n.º 440/99 de 8 de julho. A este respeito, v. a jurisprudência citada PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Depoimento indirecto, legalidade da prova e direito de defesa”, in ANDRADE, Manuel da Costa, SOUSA, Susana Aires de, ANTUNES, Maria João, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 1078. Só a título meramente exemplificativo e elucidativo pode ler-se no Acórdão do STJ de 12.12.2013 o seguinte: “na medida em que plenamente sujeito ao contraditório do arguido, foram dadas todas as oportunidades de o arguido se pronunciar sobre este meio de prova e de o confrontar; se não o quis fazer, no exercício do direito ao silêncio, do que se trata é de uma verdadeira impossibilidade de interrogar os arguidos”. Ou o Acórdão do TRE de 25.2.2014: “[a] quele depoimento encontra-se sujeito ao regime previsto no art.º 129.º, o que significa que o arguido deverá ser chamado a depor (...) embora só preste declarações se quiser e na medida em que o que quiser fazer, sem que o seu silêncio obste á valoração do depoimento. A presença efetiva do arguido no momento das declarações satisfaz o dever imposto ao tribunal pelo art.º 129.º, n.º1, do CPP de o chamar a depor, enquanto declarante fonte ou de referência”.

Com efeito, o direito ao silêncio constitui uma manifestação do seu direito de defesa constitucionalmente garantido (artigo 32.º, n.º1, da CRP; artigos 61.º, n.º1, al. d) e 343, n.º1, do CPP). Além do mais, para aqueles que entendem, como por exemplo, Costa Pinto, que o arguido poderia ser confrontado, não nos termos do artigo 129.º do CPP, mas nos termos, desde logo, do artigo 340.º do CPP, parece-nos, ainda assim, que sempre estará sempre do lado do arguido a opção de querer ou não intervir, devendo o Tribunal apenas promover a sua “intervenção” nos momentos processualmente consagrados. Ou seja, não deve haver promoção da audição do arguido ao abrigo do artigo 340.º do CPP (descoberta da verdade material), se este se remeteu ao silêncio e não solicitou, durante a audiência, a sua audição. É que, se o arguido optou pelo direito ao silêncio, a menos que o solicite, ou que lhe seja concedida a última palavra, a sua promoção ao abrigo do artigo 340.º do CPP poderá colocar em causa o exercício do direito ao silêncio sem entraves e, eventualmente, o próprio princípio da presunção da inocência. Numa palavra, se o arguido optou por exercer o seu direito ao silêncio, não deverá promover-se este jogo dinâmico de declarações do arguido.

3. Considerações finais

Em jeito de notas finais podemos sintetizar que a melhor posição é aquela que entende que o artigo 129.º do CPP não se aplica quando a fonte é o arguido (bem como quando é o assistente ou parte civil), sendo que aquele depoimento deverá ser valorado no contexto do artigo 127.º do CPP, em conjunto com a demais prova.

Concordamos também que o ponto de partida para sustentar esta consideração há de assentar, naturalmente, como tem sido apontado, na distinção entre a prova testemunhal e a prova por declarações do arguido (bem como, do assistente e da parte civil), que não têm o valor da prova testemunhal, mas da prova por declarações. Com efeito, está em causa alguém que tem um interesse específico no desfecho da causa; que não presta juramento e sobre o qual não há vinculação jurídica consequente à verdade¹⁷.

Parece-nos que para a prática judiciária que entende que se aplica o regime do artigo 129.º do CPP quando a fonte é o arguido e decide “chamá-lo”, contraditando a prova, ainda que assuma como pano de fundo a possibilidade de o arguido não responder, remetendo-se ao silêncio, poderá colocar em causa o

¹⁷ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Depoimento indirecto, legalidade da prova e direito de defesa”, in ANDRADE, Manuel da Costa, SOUSA, Susana Aires de, ANTUNES, Maria João, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 1080.

exercício pleno do direito ao silêncio e, eventualmente, o princípio da presunção da inocência.

Com efeito, as declarações do arguido concentram-se apenas no exercício do seu direito de defesa). Além de a prova testemunhal ter uma regulamentação específica, autónoma relativamente à prova por declarações, vale também aqui o regime dos impedimentos previsto no artigo 133.º do CPP.

Por outro lado, também não deve haver promoção da audição do arguido ao abrigo do artigo 340.º do CPP (descoberta da verdade material), se este se remeteu ao silêncio e não solicitou, durante a audiência, a sua audição. É que, se o arguido optou pelo direito ao silêncio, a menos que o solicite, ou que lhe seja concedida a última palavra, a sua promoção ao abrigo do artigo 340.º do CPP poderá colocar em causa a presunção da inocência e, eventualmente, o próprio exercício do direito ao silêncio sem entraves. Claro que se poderia argumentar que desde que não se valere negativa ou positivamente o silêncio se afigura cumprido o exercício do direito ao silêncio. Contudo, parece-nos que a constante promoção, depois de uma opção, poderá já ser uma limitação do próprio direito ao silêncio. Ou seja, cremos ser incompatível com o exercício do direito de defesa do arguido concretizado no silêncio o modelo dinâmico de indagação do arguido que se possa, ainda que por cautela, levar a cabo.

O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO E O DIREITO DE PROPRIEDADE TERRITORIAL DOS POVOS INDÍGENAS: UMA LEITURA A PARTIR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Maria Creusa de Araújo Borges

Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, Brasil.

1. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e a interpretação do direito de propriedade territorial indígena

Uma questão relevante no exame da proteção normativa do direito de propriedade territorial indígena é saber se os instrumentos interamericanos de direitos humanos consagram expressamente os direitos dos povos indígenas sobre seus territórios. Uma questão fundamental, pois, diz respeito a uma relação especial dos indígenas com suas terras, e se essa relação especial é considerada nos instrumentos normativos e no exame da matéria pelos órgãos do sistema, tais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Primeiramente, é importante enfatizar que nem a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948) nem a Convenção Americana sobre

Direitos Humanos (1969) consagram expressamente o direito de propriedade territorial indígena. Entretanto, os órgãos do sistema têm realizado uma interpretação desse direito amparada nos artigos XXIII da Declaração e 21 da Convenção. Não obstante as especificidades da relação dos povos indígenas com suas terras, estas compreendidas em termos de território, um espaço étnico-cultural necessário e em íntima conexão com a reprodução física, cultural e material desses povos, a CIDH e a Corte IDH têm adotado uma interpretação evolutiva dos instrumentos interamericanos de direitos humanos.

A CIDH reconhece o direito de propriedade territorial indígena, nos marcos da propriedade comunal, com amparo no art.º 21 da Convenção Americana. Enfatiza-se que o direito de propriedade reconhecido nos artigos supracitados da Declaração e da Convenção devem ser interpretados e aplicados no contexto das comunidades indígenas com a devida consideração das especificidades, em consonância com a proteção das formas tradicionais de propriedade e sobrevivência cultural.

Nessa perspectiva, a Corte IDH ressalta que os termos de um tratado internacional de direitos humanos têm um sentido autônomo. Assim, não podem ser interpretados no sentido atribuído pelo direito interno dos Estados singularmente considerados. Tanto o significado como o fundamento do direito de propriedade territorial são autônomos, no sentido de não ser vinculados a interpretações particulares segundo o sistema jurídico doméstico. Por essa razão, quaisquer distinções legais que privilegiem os direitos de propriedade de não indígenas frente ao direito de propriedade territorial são incompatíveis com os instrumentos interamericanos de proteção.

Em análise de um caso concreto, em Suriname, a Corte IDH¹ concluiu que o sistema jurídico daquele país realiza distinções legais no sentido de privilegiar o direito de propriedade de terceiros em detrimento do direito dos povos indígenas. Assim, os termos “direitos de fato” e “direitos *de jure*” foram utilizados para estabelecer distinções. Os “direitos *de jure*” considerados os direitos de propriedade baseados no registro de títulos, reconhecidos e emitidos pelo Estado. Nesse ponto, existe uma diferença substancial concernente aos direitos de propriedade territorial indígena, cuja titularidade é de natureza comunal ou coletiva. A dimensão coletiva traduzida na conexão particular entre as comunidades dos povos indígenas e as terras e recursos que têm ocupado de forma tradicional. Assim, enfatiza-se que o regime jurídico a ser considerado como parâmetro na distribuição e uso das terras comunais é o do próprio direito consuetudinário, valores, usos e costumes dos povos indígenas.

¹ Corte IDH. Caso *del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, “Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 28 de noviembre de 2007., Serie C N° 172, p.91.

2. Os fundamentos e o conteúdo específico dos direitos de propriedade territorial indígena

No exame do direito de propriedade territorial dos povos indígenas, a caracterização dessa forma de propriedade comunal faz-se necessária. A propriedade territorial fundamenta-se no uso e na posse tradicionais das terras e dos recursos. Trata-se de um uso e ocupação ancestral, no sentido em que se baseia nas culturas jurídicas indígenas e em sistemas ancestrais de propriedade, que, por essa razão, independe de título². Essa propriedade territorial existe ainda sem a necessária formulação de atos estatais que a precise, ou sem um título formal de propriedade. A titulação e a demarcação reconhecem e garantem um direito pré-existente, pois que baseia-se no uso consuetudinário, nos usos e costumes próprios dos povos indígenas. Estes se configuram como critérios, parâmetros norteadores da identificação e da garantia dos direitos originários³ dos indígenas.

Nesse âmbito, duas questões emergem. Uma questão diz respeito ao alcance geográfico do direito de propriedade comunal indígena e a concernente à titulação jurídica e ao registro da propriedade. No tocante à primeira, considera-se que os territórios indígenas se estendem sobre as terras e recursos que esses povos usam atualmente⁴, e sobre aquelas terras e recursos que possuíam e dos quais foram despojados⁵, com os quais mantêm uma relação especial. Esta última compreendida como um vínculo cultural de memória coletiva, com consciência de pertencimento, de conformidade com as próprias regras culturais dos povos indígenas.

² Os direitos indígenas sobre seus territórios, na Constituição Federal brasileira de 1988 (CF, 1988), são reconhecidos como direitos originários (CF, 1988), consagrando uma relação jurídica baseada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial (art. 231, § 2º, CF, 1988). Sobre essa questão ver: SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à constituição*. 8ª edição, São Paulo, Malheiros, 2012.

³ O reconhecimento constitucional (CF, 1988) dos direitos originários dos povos indígenas sobre seus territórios consolidaram o instituto do indigenato, uma instituição jurídica luso-brasileira cujas raízes remontam aos primeiros tempos do Brasil Colônia, mais especificamente ao Alvará de 1.4.1680, onde se firmara o princípio, quando da outorga de terras aos particulares, seria reservada as terras dos indígenas, primários senhores delas. Sobre a matéria, ver: SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à constituição*...Cit.

⁴ Veja, por exemplo, o Caso Raposa Serra do Sol, discutido no Supremo Tribunal Federal (Brasil), em que se considera a posse atual dos indígenas para fins do procedimento da demarcação das suas terras.

⁵ Veja que, no caso da Constituição brasileira, arts. 231 e 232 (capítulo constitucional indígena), há o reconhecimento da proibição da remoção forçada, à exceção das hipóteses excepcionais.

No Caso *Awás Tingni*⁶, a Corte IDH caracterizou a extensão material do direito de propriedade comunal. Enfatizou que é dever do Estado proteger, por intermédio da delimitação e demarcação, a zona geográfica onde esses povos habitam e realizam as suas atividades. Em outro caso, o Caso *Yakye Axa*⁷, a Corte elucidou a extensão territorial do direito de propriedade comunal, afirmando que abarcava seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram.

Conclui-se que, para fins de identificação do território tradicional de uma comunidade ou povo determinado, os órgãos do sistema interamericano examinaram: provas da ocupação e uso históricos das terras e dos recursos por membros da comunidade; a realização de práticas tradicionais de subsistência, rituais e da questão do território reclamado ser necessário para o desenvolvimento da comunidade (critério da reprodução física e cultural); a topografia do lugar, do espaço étnico-cultural; estudos e documentos técnicos, a exemplo dos laudos antropológicos⁸. Enfatiza-se que é considerado como território tradicional relevante, para efeitos de proteção do direito de propriedade comunal, não o dos seus antepassados, mas, sim, o da própria comunidade.

Outra questão relevante diz respeito à titulação jurídica e ao registo da propriedade. Nesse âmbito, considera-se que o reconhecimento oficial (por parte do Estado) dos territórios dos povos indígenas não é um ato discricionário, mas, sim, uma obrigação estatal⁹. Segundo a CIDH, a falta desse reconhecimento estatal viola os artigos 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁰.

O direito coletivo de propriedade sobre as terras indígenas implica a titulação coletiva do território. Nos casos de compra de terras, os títulos devem ficar em nome da comunidade indígena e não do ente estatal¹¹. Assim, o Estado tem a obrigação de identificação e de demarcação dessas terras, protegendo a relação única, amplamente reconhecida na normativa internacional de direitos humanos, que os povos indígenas têm com seus territórios, considerados como

⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*, “Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 79.

⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, “Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125, p. 135.

⁸ Corte IDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Hásek Vs. Paraguay*, “Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C Nº 214, pp. 93-107.

⁹ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, Doc. OEA-Ser. L-V-II. 102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, p. 19.

¹⁰ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awás Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*, “Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 79, p. 109.

¹¹ Veja que, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 protege uma propriedade da União reservada aos indígenas para a sua reprodução física e cultural (propriedade reservada).

a base fundamental de suas culturas e de sua sobrevivência econômica. Trata-se de uma relação fundamental para o gozo de outros direitos que não, apenas, o direito de propriedade comunal¹². Dessa vinculação decorrem outros direitos os quais integram o núcleo duro dos direitos dos povos indígenas, como o direito ao reconhecimento da diversidade sociocultural, o direito à educação intercultural, entre outros.

3. O princípio da autodeterminação e sua relação com o direito de propriedade territorial indígena: apontamentos iniciais

Parte-se do pressuposto de que o princípio da autodeterminação aplicado aos povos indígenas constitui um princípio fundamental, constituindo um parâmetro em torno do qual as demandas desses povos têm se articulado. Esse princípio constitui parâmetro norteador do reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas na normativa internacional, com destaque à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como também consiste em princípio que informa a interpretação realizada pelos órgãos do sistema interamericano, CIDH e Corte IDH, no sentido de reconhecimento do direito de propriedade comunal.

Assim, o princípio supracitado, no que diz respeito ao reconhecimento da propriedade territorial dos indígenas, atua informando a regulação da matéria, sobretudo na consideração dos usos, costumes e tradições dos próprios indígenas como critério caracterizador da propriedade como territorial. A própria noção de território remonta à ideia de espaço étnico-cultural, fundamental para a sobrevivência econômica e para a reprodução física e cultural dos povos indígenas e que os mesmos têm consciência de seu pertencimento, se identificando como indígenas.

Nessa ótica, na esteira dos ensinamentos de Silva¹³, encontram-se, na base do conceito de *terras tradicionalmente* ocupadas pelos indígenas, quatro critérios norteadores: terras habitadas pelos indígenas em caráter permanente; utilizadas por eles para as suas atividades produtivas; terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários à reprodução física e cultural dos indígenas segundo seus usos e costumes, isto é, a presença do princípio da autodeterminação como critério informador da normativa.

¹² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C Nº 172, p.91.

¹³ SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à constituição...* Cit.

Nesse âmbito, a relação especial entre os povos indígenas e seus territórios assume relevância jurídica adicional, no mínimo, em dois aspectos. Um aspecto diz respeito ao fato de que o reconhecimento do estreito vínculo material e cultural entre esses povos e seus territórios constitui o fator fundamental para a determinação de direitos, sobretudo em casos de conflitos de propriedade com terceiros, não indígenas. Os Estados, dessa forma, têm que considerar as implicações dos direitos territoriais sobre a identidade cultural e sobrevivência material dos indígenas.

Outro aspecto refere-se à questão de determinar reparações, por parte da Corte IDH, nos casos de comunidades removidas forçosamente de seus territórios, fato que impacta na comunidade, provocando lesões de âmbito emocional, espiritual, cultural e económico. Essas lesões devem ser consideradas quando da apreciação do cálculo das indenizações às comunidades atingidas.

Conclui-se, assim, que a relação especial dos povos indígenas com as suas terras, pensadas em termos de território, tem implicações na reprodução física, cultural e material desses povos, requerendo, cada vez mais, que Estados e órgãos do sistema interamericano estejam mais atentos no monitoramento das violações no âmbito do direito de propriedade territorial.

4. Considerações finais

O exame do direito de propriedade territorial dos povos indígenas, a partir de uma leitura da interpretação dos instrumentos e da normativa interamericana de direitos humanos, com forte atuação da CIDH e da Corte IDH, indica, primeiramente, que não obstante a Declaração Americana (1948) e a Convenção Americana (1969) não regular, explicitamente, a matéria nos marcos da propriedade comunal, os órgãos do sistema têm realizado uma interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos de forma a considerar as especificidades desse direito.

Nessa interpretação, a CIDH e a Corte IDH reconhecem os direitos de propriedade territorial, explicitando a relação especial entre os povos indígenas e seus territórios, nos termos de que são necessários à reprodução física, cultural e material dos indígenas. Além disso, caracterizam a extensão dos territórios imprescindíveis a essa reprodução.

Com aporte nas sentenças da Corte IDH, verificou-se o reconhecimento do direito de propriedade territorial, sua extensão e a estreita vinculação dos indígenas com seus territórios. Estes considerados como espaços étnico-culturais. A ruptura dessa vinculação traz impactos em termos de violações dos direitos humanos dos povos indígenas, pondo em risco a sua reprodução física e cultural.

*O Princípio da Autodeterminação e o Direito de Propriedade Territorial dos Povos Indígenas:
uma leitura a partir do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*
Maria Creusa de Araújo Borges

Conclui-se que o princípio da autodeterminação aplicado aos povos indígenas encontra-se intimamente articulado ao direito de propriedade territorial, informando a normativa e as interpretações dos órgãos do sistema interamericano.

MERCOSUL: INTERGOVERNABILIDADE E DESAFIOS À SUPRANACIONALIDADE. UMA ANÁLISE SOBRE AS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-PARTES E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

Maria Elisabeth Guimarães Teixeira Rocha

Professora de Direito Constitucional no Centro de Ensino Unificado de Brasília. Professora Convidada das Faculdades de Direito da Universidade de Buenos Aires- Argentina e da Faculdade Javeriana – Bogotá- Colômbia. Ministra do Superior Tribunal Militar do Brasil

1. Introdução

Em 26 de março de 2016 o Mercosul completou vinte e cinco anos de existência, mas bem antes, a Sul América já buscava a integração com a Região como forma de ampliar os mercados nacionais e incrementar o aproveitamento das economias de escala, e isto desde a primeira metade do século XX, sem embargo da assinatura dos acordos bilaterais de livre comércio remontarem a séculos anteriores. Os modelos de integração se multiplicaram pelo globo e têm passado por processos de adaptação e modernização, conforme os contextos geopolíticos.

Na América Latina o fenômeno adquiriu contornos próprios, originando diversos organismos de domínio específico tais como: a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (1960), a Associação Latino-Americana de Integração (1980), o Grupo Andino (1969), convertido depois em Comunidade Andina de Nações (1996); a Comunidade e Mercado Comum do Caribe (1972);

o Mercado Comum do Sul (1991); a Iniciativa para a Integração da Infra-Estrutura Regional Sul-Americana (2000); e a Comunidade Sul-Americana de Nações (2004), que se tornou a União de Nações Sul-Americanas (2008).

Assumindo a forma de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum ou união econômica, a integração regional é um processo emergente nas relações internacionais contemporâneas que se espalhou pelo cone sul.

Nos seus primórdios, as tentativas titubaram no tocante a definição de políticas regionais e no êxito comercial relativo.

O próprio Mercosul, pouco antes de aniversariar sua primeira década, sofreu um forte embate econômico quando presenciou o surgimento de diversas controvérsias entre seus sócios, o que ocasionou a perda de credibilidade diante da sociedade civil.

Contudo, nos últimos 12 anos, encontra-se em um momento de convergência favorável com os parceiros, devido à retomada do compromisso integracionista pelos Estados-Partes, desta vez, com feição mais social. Não se olvide, porém, que ao longo de seu funcionamento, o Mercado Comum do Sul revelou-se um importante foro de diálogo intrabloco, um relevante condutor das negociações extra regionais e uma rica fonte de normas internacionais.

Nesse sentido, a ênfase primordial para o seu aperfeiçoamento está na superação das assimetrias, nomeadamente as jurídicas, com vistas a buscar-se paulatina transladação do modelo de intergovernabilidade para o da supranacionalidade, única possibilidade de fazer o bloco consolidar-se e vir a tornar-se um mercado comum de fato.

Para tanto, entre outras medidas, a adoção das normas derivadas pelos Estados Partes é fundamental. Conceber um conjunto de regramentos comunitários sem efetividade, não apenas revela-se inútil, como descortina a incipiência do processo integracionista. Alicerce jurídico-institucional, a transposição das regras emanadas pelos órgãos decisórios do Mercosul para as ordens positivas nacionais é imperiosa para o implemento das obrigações e a coerência sistêmica do processo comunitário.

2. O direito do Mercosul

O Tratado de Assunção¹ e o Protocolo de Ouro Preto² definiram a estrutura institucional do Mercado Comum do Sul, integrado por órgãos decisórios de caráter intergovernamental, por um sistema consensual de tomada de decisões e por um sistema arbitral de soluções de controvérsias.

Conforme disposto no artigo 1º do Protocolo, a estrutura interna do Mercosul é composta pelo Conselho do Mercado Comum (CMC); o Grupo Mercado Comum (GMC); a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); Comissão Parlamentar Conjunta (CPC); o Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) e a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

O órgão decisório máximo é o Conselho do Mercado Comum, ao qual se subordinam os demais órgãos de execução e coordenação, hierarquicamente escalonados e detentores de autonomia de natureza intergovernamental.

Inicialmente, cumpre destacar, a existência de um verdadeiro ordenamento legal autônomo no âmbito do Mercado Comum do Sul, caracterizado como um conjunto estruturado de regras comunitárias que possui fontes próprias e encontra-se dotado de órgãos e procedimentos aptos a produzi-las.

Mais, é possível estabelecer-se um escalonamento normativo verticalizado após a edição do Protocolo de Brasília, que têm no ápice da pirâmide o direito regional originário; a saber; os tratados constitutivos e seus protocolos adicionais, seguidos pelas normas regionais de direito derivado que deverão observar a lógica instituída pelo Tratado de Assunção, quais sejam; as decisões do CMC, as resoluções do GMC e as diretrizes do CCM, conforme identificados pelo Protocolo de Ouro Preto.

A dificuldade reside em ter, o referido o Protocolo, apontado somente as fontes internas mercosulinas em enumeração meramente exemplificativa, sabido que os princípios gerais do direito internacional público, as normas positivas dos Estados Nacionais membros, os tratados da OMC e a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, igualmente são fontes externas do Mercosul. E, para agravar, ao contrário da União Europeia, o Mercado Comum do Sul não dispõe de princípios gerais de direito regional comunitário, nem, tampouco, jurisprudência vinculativa.

¹ Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Assunção, 26/03/1991)

² Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a estrutura institucional do Mercosul (Protocolo de Ouro Preto, 17/12/1994)

2.1. Da Incorporação e aplicação das normativas Mercosul

O obstáculo que se impõe acerca da aplicabilidade das normas mercosulinhas não respeita ao Direito regional originário, vez que os instrumentos constitutivos devem acatar os procedimentos estatuídos pelas Constituições nacionais em matéria de tratados; respeita, sim, à aplicação do direito derivado por suscitar questões de ordem constitucional que evoca a compatibilidade das Leis Fundamentais dos Estados com a organização internacional. O maior desafio é, pois, a estruturação de um sistema que as imponha de forma cogente nos ordenamentos domésticos, como também estabeleça mecanismos para sua aplicabilidade direta e eficácia imediata com efeitos *erga omnes*.

Sobre a matéria, estatui o capítulo IV do Protocolo de Ouro Preto que “[...] as normas emanadas dos órgãos do Mercosul [...] terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos de cada país.” A expressão “**quando necessário**,” deixa bem claro que a incorporação não se aplica a todos os casos; pior, da inteligência da *ratio* extrai-se que cada país poderá internalizá-las em conformidade com seus ordenamentos legais. Para além, o Protocolo dispõe de um procedimento de policronia relativamente moroso para a entrada em vigor da legislação secundária que, sinteticamente, pode ser assim descrito:

- a) uma vez aprovada a norma regional, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para sua incorporação *interna corporis* e comunicarão à Secretaria Administrativa do Mercosul quando já estiverem inseridas;
- b) quando todos já houverem informado, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o fato a cada Estado membro, e por fim;
- c) as normas entrarão em vigor simultaneamente 30 dias depois da data de comunicação efetuada pela SAM. Dentro deste prazo, os membros darão publicidade ao início da vigência das mencionadas normas comuns por intermédio de seus Diários Oficiais.

À evidência, tal forma de adição constitui verdadeiro atentado à viabilidade do bloco, já que a ausência de supranacionalidade não pode implicar na submissão de todas as decisões, resoluções e diretrizes à expressa internalização de cada partícipe. “*Os Estados são, portanto, guardiões de seus próprios compromissos. A eficácia das normas comunitárias depende de diligência dos Estados Membros em adotar medidas que permitam sua aplicação*”³. Detêm, eles, ade-

³ VENTURA, Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia*, São Paulo, Manole, 2003, p. 13

mais, verdadeiro poder de veto, que se apresenta de formas variadas e nas várias fases do processo legislativo.

A *priori*, o direito mercosulino derivado é obrigatório por força determinante do Tratado de Assunção e seus Protocolos complementares, e ainda, em atendimento ao art. 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Nessa toada, a incorporação só caberia quando estivesse submetida a condições constitucionais e legais para tanto, do contrário, haveria de prevalecer a chamada doutrina do “*self executing*” ou da autoexecutividade das normas provenientes de órgãos tanto supranacionais quanto intergovernamentais; porém, o Protocolo de Ouro Preto, afastou a possibilidade de aplicação imediata ao especificar *iter* procedimental a seguido pelos Estados e ao estatuir a “vigência simultânea” em suas normatividades, *ex vi* do *caput*, do art. 40 do POP.

Atente-se: a mera ausência ou abstenção de um partícipe nas reuniões deliberativas permite bloquear ou retardar o processo decisório, podendo causar a crise da “cadeira vazia”. Depois, caso o Estado Parte não comunique à Secretaria do Mercosul (SAM) a inclusão da normativa internamente, sua entrada em vigor praticamente inviabiliza-se. Decorre daí, poder ele impedir ou manipular datas de vigência simplesmente adiando a informação à Secretaria. Por tal razão, na prática, as normas mercosulinas produzem seus efeitos em cada país após a promulgação *interna corporis*. Nenhum espera a comunicação da SAM para aplicá-las, pois seria mais um empecilho à sua vigência.

Imprescindível, face ao exposto, a instituição de mecanismos implementadores para a adoção das normas secundárias, questão fulcral para a integração. De fato, a complexidade da transposição das normativas para as ordens domésticas, vez os governos terem o controle nos limites de suas respectivas jurisdições, condicionou a eficácia das regras comuns à diligência dos Estados, nomeadamente devido a abstenção legal que preveja um procedimento específico, célere ou privilegiado para tanto.

Lamentavelmente, nem o Protocolo de Ouro Preto, nem as Constituições Nacionais, admitem a possibilidade de aplicação direta ou eficácia imediata do direito derivado, pelo que, mister a estruturação de um sistema jurídico que propicie “[...] o jogo de hierarquias alternativas e permita a expansão do processo de geração do direito que crie um enredamento de normas entre sistemas não hierarquizados”⁴

Tal como exposto, a adoção das regras comunitárias, acabam por provocar a conhecida síndrome de Janus, possibilitando uma transposição à *la carte*, sabido que a abstenção não resulta em sanção ao Estado faltoso, que restará im-

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille, *Por um direito comum*, Tradução Maria Ermantina de Almeida Padro Galvão, São Paulo, M. Fontes, 2004.p.103.

pune⁵. Esclareça-se inexistir no âmbito do Mercosul o “recurso em carência” ou a “ação por falta”, nos moldes da União Europeia. E ainda, ser a transmutação da norma internacional em norma doméstica, susceptível ao princípio *lex posteriori derogat priori* e *lex specialis derogat generali*.

Nesse ponto, convém pontuar o papel do Direito Internacional frente aos sistemas normativos dos Estados Partes, bem como inferir a amplitude das cláusulas constitucionais integracionistas dos parceiros do bloco.

Para já, enfatize-se que as Leis Fundamentais do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Venezuela, indicam a adoção do dualismo como sistema norteador para a incorporação das regras internacionais nas suas positivities.

No marco do Mercosul, as Cartas Políticas diferenciam-se no tocante ao reconhecimento de certa singularidade à integração e ao próprio ajustamento de relações entre os Estados e a Comunidade Internacional.

O estudo das Leis Fundamentais do Brasil, do Uruguai, da Argentina, do Paraguai e da Venezuela, contém dispositivos que respaldam o Direito regional, embora em diferentes dimensões de juridicidade, sendo as duas primeiras mais refratárias e menos permeáveis ao compartilhamento da soberania.

A Constituição venezuelana – arts. 73 e 153 - é a que apresenta redação mais consentânea com o espírito comunitário, ou seja, é a que melhor propicia a formação de uma base mínima transversal. Mas, a abertura das estatuições máximas argentina – arts. 27 a 31 -, e paraguaia – art. 145 -, facilitam e contribuem sobremaneira para o desenvolvimento da proposta mercosulina e, certamente, auxiliarão a superação de um direito transitoriamente integracionista.

No tocante às Constituições brasileira e uruguaia, apesar de não contemplarem possibilidade jurídica semelhante seus artigos 4º, parágrafo único, e 6º, respectivamente, restaria viável, em tese, conformações hermenêuticas por meio de interpretações jurisprudenciais favoráveis à integração regional, expressamente refutadas pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. Por isso, alterações deveriam ser procedidas nestes textos magnos com vistas a atribuir maior relevância aos pactos internacionais gerais, conferindo-lhes *status* de supralegalidade, tal qual o fez a Argentina no art. 75, 22, e o Paraguai nos arts. 137 e 141, bem assim estabelecer *quorum* parlamentar privilegiado para a sua adesão e renúncia.

Efetivamente a adoção de tais medidas prestigiaria a união entre Nações irmãs e inspirariam o sonho de Bolívar quando aclamou em lutas heroicas pela independência da Latina América: “*Não sei como não se levantaram ainda todos estes povos e soldados ao concluírem que os seus males não vêm da guerra, mas de leis absurdas!*”⁶.

⁵ VENTURA, Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia...*Cit.,p.141.

⁶ Citação extraída da obra Simón Bolívar, *Apud*: HERRERA TORRES, Juvenal. *El hombre de América: presencia y camin* Medellín, Convivencias, 2000.

Referências bibliográficas

- BAPTISTA, Luiz Olavo, “As instituições do Mercosul: comparações e prospectiva”, in: FREITAS, Deisy de (Coord.), *O Mercosul em movimento*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, 16. ed. São Paulo, Saraiva, 1994.
- CICCIO FILHO, Alceu José e CORTEZ, Cynthia Coelho, “Solução de Controvérsia”, in RIBEIRO, Elisa de Sousa (Coord.) *Direito do MERCOSUL*, Curitiba: Editora Appris, 2013, pp. 147 a 163.
- DALLARI, Pedro, *Constituição e relações exteriores*, São Paulo, Saraiva, 1994.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Por um direito comum*, tradução Maria Ermantina de Almeida Padro Galvão, São Paulo, M. Fontes, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2006.
- DELPIAZZO, Carlos, *Armonización jurídica e incorporación de normas comunes al derecho interno en el Mercosur*, in “Revista de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, n. 14, 1993.
- DELPIAZZO, Carlos. *El derecho de la integración del Mercosur*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999.
- DROMI SAN MARTINO, Laura, *Derecho constitucional de la integración*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à constituição brasileira de 1988*, vol.1, São Paulo: Saraiva, 1990.
- GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1991.
- LABRANO, Roberto Ruiz Diaz, *Mercosur integracion y derecho*, Buenos Aires, Intercontinental, 1998.
- MIZUTANI, Larissa Caetano, *Direito da integração: a transitoriedade jurídica no Mercosul*, Dissertação (Mestrado)-Programa de Iniciação Científica: Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006.
- PEROTTI, Alejandro Daniel, *Habilitación constitucional para la integración comunitária: estudio sobre los estados del Mercosur*, 2. ed. Montevideo: K. Adenauer Stiftung, 2004.
- REIS, Rafael Nascimento, *Mercosul: soberania e supranacionalidade*, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)-Curso de Bacharel em Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006.
- RIBEIRO, Elisa de Souza, Órgãos Executivos, in RIBEIRO, Elisa de Sousa, *Direito do MERCOSUL*, Curitiba: Editora Appris, 2013, pp. 95 a 123.
- ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira, *A incorporação das normativas mercosulinas e as constituições dos estados partes: o desafio das superações da normatividade estatal*, in “Revista Universitas Relações Internacionais”, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais- FAJS, Brasília, 2011, jan/julho, v.9, nº 1, pp. 1 a 37, disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/relacoesinternacionais>.

- ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; DOMINGUES, Leyza Ferreira; RIBEIRO, Elisa de Sousa, *A adesão da Venezuela ao MERCOSUL. O manifesto da expansão integracionist*, in “Revista de Informação Legislativa do Senado”, Brasília, n. 177, jan./mar. 2008.
- TORRES, Juvenal Herrera, *Bolívar, el hombre de América*, presencia y Camin. Medellín, Convivencias, 2000.
- VENTURA, Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia*, São Paulo, Manole, 2003.
- VIGNALI, Heber, “Las estructuras de las organizaciones económicas y otras” in *Derecho Internacional Público*, Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1994. p. 396-397, Sección III, Tomo V.

Referência jurisprudencial

- Brasil, Supremo Tribunal Federal., Carta Rogatória-AT nº 8.279-4. DJ de 14/05/98.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 87.585.8-TO. DJ 10/08/2000.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480-3/DF. DJ de 08/08/2001.
- Uruguai, Senado, Comisión Especial de la Reforma de la República, *Distribuido* 2510, *Carpeta* 1300, 1993, p.6.

Outras referências

- Tratado para a Constituição de um mercado comum entre a República da Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República do Uruguai (Assunção, 26/03/1991).
- Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a estrutura institucional do Mercosul (Protocolo de Ouro Preto, 17/12/1994).
- Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul.
- Protocolo para a solução de controvérsias (Brasília, 17/12/1991).
- Protocolo de Olivos para solução de controvérsias no Mercosul (Olivos, 18/02/2002).
- Tratado de Montevideo de 1980
- Argentina: Constitución de la Nación Argentina, de 22 de Agosto de 1994.
- Brasil: Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988.
- Paraguai: Constitución de la República de Paraguay, de 20 de Junho de 1992.
- Uruguai: Constitución de la Republica Oriental del Uruguay 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994 y el 8 de diciembre de 1996.
- Venezuela: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 15 de dezembro de 1999.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ESTRANGEIROS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Maria Hylma Alcaraz Salgado

Investigadora colaboradora da Universidade do Minho

1. O reconhecimento de direitos como via de integração dos estrangeiros

O desenvolvimento económico dos países membros da União Europeia é um fator de atração para os fluxos migratórios internacionais. A chegada de imigrantes nos países da União Europeia exigiu a adoção de novas políticas imigratórias e a implantação de medidas de integração.

O objetivo atual das políticas comunitárias no âmbito imigratório é integrar os imigrantes na sociedade de acolhida, por intermédio da equiparação em direitos. Deste modo, o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais dos estrangeiros são essenciais no processo de integração.

Portugal, que historicamente foi um país de emigração, passou a ser um país recetor de imigrantes. A nova realidade impôs a necessidade de realizar reformas na legislação de estrangeiros e de adotar medidas públicas para integrar os novos membros na sociedade portuguesa.

A Constituição da República Portuguesa estabelece, como princípio, a equiparação em direitos entre estrangeiros e cidadãos portugueses, com ampla garantia dos direitos fundamentais. Não obstante o princípio constitucional, a legislação infraconstitucional teve que ser reformada tanto para o reforço da orientação constitucional, como para realizar a transposição das diretrizes comunitárias.

Como resultado, Portugal alcançou altos níveis de excelência na adoção de medidas de integração dos estrangeiros extracomunitários e ocupa, atualmente, o segundo posto no *ranking* do *Migrant Integration Policy Index*. Portugal é hoje referência no reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais dos estrangeiros.

2. Os direitos fundamentais dos estrangeiros no ordenamento jurídico português

Os direitos fundamentais dos estrangeiros são reconhecidos pela Constituição da República Portuguesa em seu artigo 15º.

Conforme o preceito contido no inciso 1º do artigo 15º, a Constituição Portuguesa adota, como princípio geral, a equiparação entre estrangeiros e portugueses.

O princípio da igualdade constitui um pilar fundamental do sistema constitucional português e é extensível a todas as pessoas, independentemente de sua ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, formação, situação econômica, condição social ou orientação sexual. A igualdade é um princípio aplicável a todos em razão do reconhecimento da dignidade social.

A extensão dos direitos fundamentais a todos, incluídos os estrangeiros, evidencia a orientação universalista adotada pela Constituição portuguesa. Esta orientação está consubstanciada na norma do inciso 2º do artigo 16º, do referido Texto Legal, que prescreve: “*os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”.

Como consequência desta disposição, Canotilho e Vital Moreira consideram que se os preceitos sobre os direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal, por princípio devem valer para todas as pessoas, independente de sua cidadania.¹

A extensão dos direitos fundamentais da pessoa, como direitos inerentes à dignidade humana, resulta da incorporação das normas de Direito Internacional pelo sistema jurídico português, em particular do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A dignidade humana é um valor sobre o qual se erige o sistema interna-

¹ MOREIRA, Vital, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 134.

cional de proteção dos direitos do homem e, por sua vez, serve de vetor hermenêutico para a aplicação das normas cujo objeto é a garantia dos direitos fundamentais.

Por força das normas de Direito Internacional protetivas dos direitos humanos, o princípio da equiparação se aplica a qualquer estrangeiro, independente de sua situação administrativa. Por outro lado, a equiparação se estende até onde não haja restrições expressas ao exercício dos direitos fundamentais pelos estrangeiros.

A igualdade de tratamento é garantida também pelo Código Civil português que estabelece em seu artigo 14º a equiparação como princípio condutor da condição jurídica do estrangeiro, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário.

As restrições incidentes sobre o exercício dos direitos fundamentais dos estrangeiros devem observar dois princípios básicos: a legalidade e a proporcionalidade. A imposição de limites ao exercício dos direitos fundamentais deve resultar de uma prescrição constitucional que autorize o legislador a restringir os direitos dos estrangeiros. Além de estarem fundamentadas em uma norma constitucional, as restrições devem respeitar a proporcionalidade, ou seja, deve existir um fundamento racional que justifique a exclusão dos estrangeiros do âmbito de exercício de direitos reconhecidos aos portugueses.

O princípio da equiparação entre estrangeiros e cidadãos portugueses não é, portanto, absoluto. De fato, a própria Constituição portuguesa enumera as hipóteses de exclusão dos estrangeiros da titularidade de determinados direitos fundamentais, exceção expressamente enunciada no inciso 2º do artigo 15º. De acordo com as prescrições constitucionais são exceções ao princípio de equiparação o exercício dos direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham caráter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados com exclusividade aos cidadãos portugueses pela Constituição e pela lei.

2.1. As restrições aos direitos fundamentais dos estrangeiros

Como observa Jorge Pereira da Silva² a Constituição Portuguesa faz uma reserva expressa em favor dos cidadãos portugueses quanto ao exercício dos direitos políticos, das funções públicas de natureza predominantemente técnica e dos demais direitos que o próprio texto constitucional exclusivamente lhes

² SILVA, Jorge Pereira da. *Direitos de cidadania e direito à cidadania: princípio da equiparação, novas cidadanias e direito à cidadania portuguesa como instrumentos de uma comunidade constitucional inclusiva*, Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME). Lisboa, Observatório da Imigração, 2004, p. 36.

outorga, razão pela qual o legislador somente pode estender esses direitos aos estrangeiros nas hipóteses e nos termos previstos nos números 3, 4 e 5 do artigo 15º. O legislador dispõe de certa liberdade na configuração legal de referidas categorias, mas esta liberdade não inclui a possibilidade de modificar o conteúdo essencial dos direitos, tampouco sua titularidade, uma vez que estes elementos já se encontram pré-determinados pela Constituição.

Os direitos políticos, no seu conjunto, permitem a participação na vida pública e, por isso, são considerados fundamentais. Os direitos políticos incluem o direito ao voto, o direito a ser eleito, o direito de participar no Governo, o direito a ser admitido a cargos públicos, o direito de petição política, o direito de associação com fins políticos e o direito de reunião com fins políticos.

Os direitos de participação política reservados aos cidadãos portugueses correspondem aos direitos, liberdades e garantias enumerados no Capítulo II, do Título I, da parte I da Constituição e são os seguintes: a participação na vida pública (artigo 48º); direito ao sufrágio (artigo 49º); direito de acesso a cargos públicos (artigo 50º); direito de constituir partidos políticos (artigo 51º); direito de petição (artigo 52º); direito de ação popular (artigo 52º); direito de iniciativa legislativa popular (artigo 167º); e, direito de iniciativa popular de referendo (artigo 167º, 1 e 240º,2).

A exclusão dos estrangeiros do exercício dos direitos políticos tampouco é absoluta. Por força das diretrizes comunitárias os estrangeiros podem participar da vida pública em âmbito local, pelo fato de ser reconhecido o direito de sufrágio ativo e passivo, desde que haja reciprocidade. Esta orientação está refletida no inciso 4º do artigo 15º.

As condições nas quais o estrangeiro extracomunitário pode exercer algum direito político são, na prática, excessivamente limitadoras, porque a vinculação do exercício do direito com a exigência da reciprocidade é um requisito que reduz, de modo considerável, as possibilidades de um estrangeiro ter acesso a referido direito. Isso se deve à ausência, em muitos casos, de acordos entre os Estados. O resultado é a exclusão do estrangeiro da cidadania.

Não obstante os limites impostos ao exercício dos direitos políticos, os estrangeiros têm assegurados os seguintes direitos políticos em Portugal: direito de petição para a defesa de seus direitos e interesses legitimamente protegidos³; direito de constituir associações representativas de seus interesses⁴; e, direito de promover ação popular por intermédio das associações de imigrantes.

Outra exceção ao princípio da equiparação é a exclusão dos estrangeiros

³ Artigo 4º da Lei nº 43/90, com as modificações introduzidas pelas Leis nºs 6/93 e 15/2003.

⁴ PORTUGAL. Lei nº 115/99 de 03 de agosto. Regime jurídico das associações de imigrantes. *Diário da República* nº 179/1999, Série I-A de 1999-08-03.

do exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico.

A compreensão do que constitui o exercício de funções públicas sem carácter predominantemente técnico não é simples. Segundo Vital Moreira e Canotilho, a Constituição pretende “*excluir os estrangeiros de funções públicas que impliquem no exercício de poderes públicos, seja no âmbito interno da Administração (funções de direção e de mando em geral), seja com relação a terceiros (atos de autoridade)*.”⁵

Jorge Pereira da Silva assinala que a expressão “*funções públicas sem carácter predominantemente técnico*” corresponde a um conceito indeterminado e, por esta razão, fonte de incerteza em sua aplicação prática. Em virtude de sua indeterminação, o conceito teve os seus contornos definidos pela Procuradoria Geral da República, pelo Supremo Tribunal Administrativo e pela doutrina. A conclusão sobre o sentido do referido conceito é que a referência constitucional sobre “*funções de natureza predominantemente técnica*” não deve ser contraposta a “*funções sem carácter técnico*”, mas sim a “*funções em que haja um domínio de prerrogativas de autoridade pública*”.

Excluídas as funções públicas que investem ao estrangeiro de poderes públicos, as funções técnicas, que são as que exigem uma habilitação especial como as de um médico, por exemplo, podem ser exercidas pelos estrangeiros. Assim sendo, o estrangeiro, ainda que autorizado a exercer uma função técnica, não pode ter acesso a funções públicas que de algum modo lhe autorizem a assumir um componente político relevante, que impliquem na participação ativa de atividades vinculadas às funções soberanas, que exija um vínculo de fidelidade com o Estado, ou que permita o exercício autónomo de prerrogativas públicas.

A terceira restrição que impõe a Constituição ao princípio da equiparação se refere ao tratamento mais favorável estendido aos nacionais de Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal, para os quais a legislação portuguesa pode reconhecer direitos especiais não incidentes aos estrangeiros extracomunitários procedentes de outros países, sempre e quando haja reciprocidade.

A aplicação desta exceção se encontra no Estatuto da Igualdade, concedido pelo Ministro de Administração aos brasileiros residentes em Portugal mediante requerimento. O Estatuto da Igualdade está fundado no Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre Brasil e Portugal, conhecido também como Acordo de Porto Seguro.⁶

⁵ MOREIRA, Vital. CANOTILHO, José Joaquim Gomes...Cit.,p. 135.

⁶ PORTUGAL. Resolução da Assembleia da República nº 83/2000. Estatuto da Igualdade. Aprovado em 28 de setembro de 2000.

A extensão de direitos próprios dos cidadãos portugueses aos nacionais de países de língua portuguesa está sujeita aos limites estabelecidos pela Constituição, os quais determinam a exclusão deste grupo do acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro Ministro, Presidente dos tribunais supremos, assim como estabelecem a impossibilidade de acesso ao serviço das Forças Armadas e à carreira diplomática e dos direitos exclusivos dos portugueses.

O princípio da universalidade adotado pela Constituição Portuguesa determina a inclusão de todas as pessoas no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Como visto antes, referido princípio deve harmonizar-se com o princípio da equiparação, implicando na igualdade entre todos.

Em virtude dos vetores constitucionais, os direitos fundamentais dos estrangeiros estão amplamente protegidos pelo ordenamento jurídico português. Os direitos reconhecidos a este grupo incluem os direitos fundamentais da pessoa (os direitos humanos e os direitos civis) e alguns direitos fundamentais do cidadão (direitos sociais). A atribuição parcial dos direitos fundamentais do cidadão aos estrangeiros é consequência da exclusão deste grupo dos direitos políticos.

O exercício dos direitos políticos, de modo geral, está reservado aos cidadãos portugueses e, excepcionalmente, são reconhecidos alguns direitos desta classe aos estrangeiros. A exceção que permite aos estrangeiros o exercício do direito de sufrágio ativo e passivo nas eleições municipais não garante o pleno exercício dos direitos políticos; tampouco garante o exercício de *algum* direito político porque o desfrute deste direito está condicionado à reciprocidade.

A reciprocidade, por sua vez, impõe a existência de um acordo entre Estados que regule as condições do exercício do direito, o que depende da coincidência de duas Nações democráticas. Considerando que os estrangeiros são procedentes de distintas sociedades, com diferentes formas de organização política, nem sempre é possível conseguir que se reúnam as condições necessárias para que o estrangeiro possa exercer o direito de sufrágio, seja ativa ou passivamente. Como consequência, o número de estrangeiros que têm acesso aos direitos políticos é, na prática, bastante reduzido. E, a ausência de participação política impede a plena integração dos estrangeiros na sociedade portuguesa.

3. A integração dos estrangeiros na sociedade portuguesa

No âmbito comunitário o principal objetivo das políticas imigratórias é promover a integração dos imigrantes na sociedade de acolhida. Para alcançar este objetivo, a União Europeia estabeleceu as diretrizes que devem orientar a adoção de medidas de integração pelos países membros.

De modo geral, as medidas de integração adotadas devem ter presente que a aquisição de direitos é essencial no processo de integração. O grande desafio da integração é permitir que o estrangeiro conquiste a cidadania, ou seja, que possa ser um membro de pleno direito da sociedade. Atualmente, este ideal está distante de sua concretude. Entretanto, as ações empreendidas pelos países membros podem aproximar-se ou afastar-se das metas estabelecidas. Tudo depende da maneira como são estruturados os planos nacionais de integração e a efetividade dos mesmos.

De acordo com as políticas sociais do Governo português, uma das prioridades é a integração dos imigrantes na sociedade portuguesa. Para concretizar este objetivo foi aprovado o II Plano para a Integração dos Imigrantes.⁷

Este Plano está constituído por medidas que objetivam alcançar a plena integração dos imigrantes mediante a intervenção estatal para a promoção do emprego, da formação profissional, do acesso à habitação, da inserção cultural e linguística, da diversidade e interculturalidade, e da proteção dos imigrantes idosos.

As medidas adotadas neste Plano aperfeiçoam e dão continuidade às medidas anteriormente desenvolvidas pelo Governo português, as quais foram reconhecidas pela comunidade internacional como medidas de vanguarda e receberam o primeiro lugar nas políticas públicas de integração pelo Informe de Desenvolvimento Humano 2009 das Nações Unidas.⁸

De acordo com a avaliação realizada pelo *Migrant International Policy Index*⁹, Portugal ocupa o segundo lugar no *ranking* das políticas de integração.

Portugal ocupa a primeira posição no grupo de novos países de imigração, com melhores condições de acesso ao mercado de trabalho e ao reagrupamento familiar. Apresenta progressos significativos na resposta da situação laboral dos imigrantes, inclusive para equacionar os problemas gerados pela crise. Possui a melhor Lei de Nacionalidade, que permite a construção de uma cidadania comum. Conta também com melhores políticas educativas, maiores oportunidades de participação política e leis antidiscriminatórias. Em termos educativos, os alunos estrangeiros têm acesso facilitado aos centros formativos e uma educação intercultural.

⁷ PORTUGAL. Resolução do Conselho de Ministros nº 74/2010. Aprova o II Plano para a Integração dos Imigrantes. *Diário da República* nº 182/2010, Série I de 2010-09-17.

⁸ ONU. Relatório de Desenvolvimento Humano 2009. Ultrapassar barreiras: mobilidade e desenvolvimento humano, consultado em <http://hdr.undp.org>, em 12.01.2015.

⁹ HUDDLESTON, Thomas *et alii*. *Migrant Integration Policy Index*, 2011.

4. Considerações finais

A cidadania inclusiva é, hoje em dia, fundamental no processo de integração dos imigrantes. A plena integração dos novos membros da sociedade de acolhida, estabelecida como objetivo das políticas de imigração e integração, somente é possível se o imigrante desenvolve o sentimento de ser parte do grupo social. Por esta razão, a exclusão dos imigrantes da titularidade dos direitos de cidadania constitui uma barreira para alcançar o objetivo da plena integração. Neste sentido, é possível afirmar que sem cidadania não há integração, e sem o reconhecimento da totalidade dos direitos fundamentais não há acesso à cidadania.

Para permitir o acesso aos direitos cidadãos é essencial contar com políticas adequadas e medidas de integração eficazes.

Considerando os critérios utilizados pelo *Migrant Integration Policy Index* para a avaliação das políticas de integração, Portugal destaca-se por facilitar a inserção dos estrangeiros no mercado de trabalho, com respostas adequadas à realidade da crise. É referência na integração dos familiares reagrupados, tanto na inserção laboral quanto no acesso à educação. Portugal adota a interculturalidade como orientação filosófica da educação, o que se reflete na formação dos professores, nos métodos de ensino e na prática educativa. Em Portugal, os imigrantes têm mais acesso à participação política porque as oportunidades oferecidas aos imigrantes, neste setor, são comparáveis aos países tidos como modelo no reconhecimento político aos estrangeiros, como os países nórdicos. Não obstante os bons resultados da política de integração, Portugal tem a possibilidade de aperfeiçoar as medidas adotadas e conquistar o primeiro posto no *ranking* internacional das políticas de integração.

POR UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E PLURALISTA – UMA PERSPECTIVA DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA EM SUA RELAÇÃO COM O MUNDO LUSÓFONO

Maria Lucia de Paula Oliveira

Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

1. Introdução

Tradicionalmente, o termo “Constituição” era relacionado com o direito interno dos Estados. O termo vem, desde o constitucionalismo moderno, associado a um conjunto de normas fundamentais pertinentes a organização dos poderes do Estado e a relação entre o Estado e os cidadãos. Mas, a teoria contemporânea refere um constitucionalismo global: transpõe-se noções como democracia, igualdade, separação dos poderes, *rule of law* e direitos fundamentais para o âmbito internacional e global. Isso supõe uma nova perspectiva da própria noção da soberania estatal. A emergência de um constitucionalismo global não coloca, ao contrário do que a teoria de Kelsen poderia supor, em xeque a soberania dos Estados. A complexidade da ordem jurídica internacional e a própria afirmação dos Estados como instâncias importantes de afirmação do próprio direito internacional permite afirmar um caminho alternativo, mas que não reduza às instituições políticas internacionais a meros espectros do poder político prevalente, apostando no poder das instituições jurídicas de buscar uma justiça global.

O propósito do presente estudo é ilustrar esse momento novo do constitucionalismo com exemplos tirados da experiência brasileira, especialmente em

uma repercussão do constitucionalismo lusófono. Gostaríamos de referir, especialmente, a importância dada às fontes estrangeiras (especialmente do espaço lusófono) no direito brasileiro.

2. Por um constitucionalismo global e pluralista: pluralismo jurídico e soberania estatal.

Adota-se no presente texto a transposição para o plano internacional da terminologia constitucional, permitindo-se falar em constitucionalismo no plano global. Tal transposição suscita, ainda hoje, talvez num apego à sua associação tradicional com o Estado e soberania estatal. Há quem refira, por exemplo, certo “*modismo intelectual*”, já que “...os poderes e o nível de organização política da comunidade internacional estão muito longe daqueles desfrutados pelo Estado...”¹. Outra dificuldade decorreria do déficit democrático no plano internacional: a opinião pública internacional ainda se encontraria em formação e não haveria instituições políticas suficientemente institucionalizadas para garantir o autogoverno popular.

Tal cautela na adoção da terminologia constitucional para o plano global decorre não só de um apego à visão mais tradicional da soberania estatal, como da pluralidade de sentidos que pode ter a afirmação da constitucionalização além da esfera estatal.

A concepção de um direito constitucionalizado ou em constitucionalização no plano global supõe a transposição de noções como democracia, igualdade, separação dos poderes, *rule of law* e direitos fundamentais para o plano supranacional, com a consecução de instituições e mecanismo para salvaguarda dessas ideias². Essa transposição se torna crucial em decorrência mesmo da assunção pela ordem internacional de um papel relevante na tomada de decisão pública, deixando essas decisões de estarem centradas exclusivamente no Estado-nação.

A constitucionalização da ordem internacional se traduz numa ampliação dos atores da comunidade internacional e num reforço da dimensão ética da juridicidade internacional, nos moldes do já ocorrido no âmbito do direito interno (noções como a de democracia e de direitos fundamentais se tornaram referenciais para uma releitura do direito a partir de uma perspectiva da mora-

¹ SOUZA NETO, Cláudio, PEREIRA DE SARMENTO, Daniel, *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*, Rio de Janeiro, Ed. Forum, 2012.

² PETERS, Anne, *Global Constitutionalism*. in “The Encyclopedia of Political Thought”. Ed. Michael T. Gibbons. 1a. Ed. John Wiley & Sons Ltd, 2015.

lidade política). Assim, existiriam normas *jus cogens* e obrigações *erga omnes*: o que está em jogo é a concepção de que determinadas obrigações são universais e, mais do que isso, universalmente obrigatórias. E a existência de um *jus cogens* não é uma petição de princípio ou um ideal; e o esforço teórico e prático para concretização dos direitos humanos. Cuida-se de ir além das cláusulas gerais que os afirmam e encontrar pontos de convergência que permitiram a formulação de um sistema de direito objetivo que possa ser, de forma democrática, aceita por todos os envolvidos. Nesse propósito, é indispensável o reforço do sistema político e jurídico que subjaz à ordem constitucional internacional. Um constitucionalismo internacional ou global, a ser buscado por meio de novas iniciativas políticas, é fundamental para prevenir o processo de descontrolada desformalização do direito internacional, com prejuízo da estabilidade legal e da própria legitimidade das decisões jurídicas, como lembrado por Jürgen Habermas.

O processo de constitucionalização global não é linear, mas uma constante emergência e deliberada criação de elementos constitucionais na ordem internacional³. Existiria um processo de constitucionalização em curso que se definiria justamente pela mudança dos arranjos institucionais no mundo global não constitucionalizado que passariam a ter qualidade constitucional. Falar em “*constitucionalismo global*”, de outro lado, supõe uma abordagem teórica que visaria estudar esse processo de constitucionalização. Mas, não haveria uma Constituição global ou mundial, já que existe um processo de constitucionalização em curso? Um constitucionalismo global aponta ao reconhecimento progressivo de normas constitucionais no plano internacional, em geral, associadas com a própria afirmação dos direitos humanos.

Uma das consequências desse processo é uma nova perspectiva da própria noção da soberania estatal. Numa perspectiva constitucionalista, a noção deve ser revista, mas não especialmente abandonada. A emergência de um constitucionalismo global não coloca, ao contrário do que se poderia imaginar de um ponto de vista mais informado pela teoria de Hans Kelsen, em xeque a soberania dos Estados que continuam instância importantes de construção desse mesmo constitucionalismo global. Certamente, o princípio da subsidiariedade é importante, bem como o princípio de uma igualdade soberana dos Estados, pois eles permitem respeitar o pluralismo da ordem constitucional internacional.

Grandes mudanças sofreu o conceito de soberania, desde a sua clássica formulação por Jean Bodin. A teoria política de Bodin, como é de conhecimento, foi fundamental para a concepção de que o direito tiraria sua força não da tradição histórica, mas da soberania. O soberano teria o poder mais elevado para

³ PETERS, Anne, *The Merits of Global Constitutionalism*. in “Indiana Journal of Global Legal Studies”. Vol. 16, Parte 2, 2009. <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/2>.

comandar, sendo um poder perpétuo e absoluto.⁴ Essa concepção absolutista da soberania não admite limitação do poder do soberano, sendo esse poder a origem das leis do Estado e o poder constituinte. Daí porque, no desenvolvimento da ideia, se diz que o poder é uno, ainda que exercido por vários poderes, em decorrência do princípio da separação dos poderes. O poder de declarar guerra e firmar tratados são inerentes ao poder do soberano nessa ótica. Daí surge a concepção de que um Estado é soberano se exercita efetivo poder dentro de seu território e população, mantendo a lei e a ordem dentro das fronteiras. Verificando-se tal circunstância, ter-se-ia o reconhecimento internacional desse Estado pelos demais Estados soberanos. Esse seria o modelo “Westfaliano”, no qual o reconhecimento internacional, não se dá aos cidadãos ou entes não estatais, mas ao Estado, como sujeito do direito internacional⁵

A teoria “legalista” de Hans Kelsen, como chama Jean Cohen, contesta essa explicação tradicional, já que não existiria, do ponto de vista do normativismo, poder que não seja regulado pelo direito. Compatibiliza-se o poder soberano do Estado com a noção de Estado de Direito e do próprio constitucionalismo. Se o Estado não mais é do que uma ordem jurídica, tal assertiva nada tem a ver com algum fato empírico de afirmação do poder estatal, mas com a própria identificação do Estado com o sistema normativo, sendo esse sistema soberano. O sistema escalonado de normas, a partir do qual se exerce o monopólio da força, se constitui na própria forma de expressão do poder soberano. O fundamento da validade dessa ordem normativa decorre da própria ordem constitucional, fundada, por sua vez, na norma fundamental.⁶ Essa formulação traz, do ponto de vista da teoria pura do direito, duas consequências importantes: o direito internacional só pode existir, se reconhecido pela ordem normativa doméstica, pois não seria possível, considerando a unidade da ordem jurídica, a existência de dois sistemas jurídicos com validade ao mesmo tempo e, de outro lado, como só é possível reconhecer uma norma fundamental e ela funda o sistema normativo doméstico, não seria possível para um Estado reconhecer outro Estado como igualmente soberano, já que isso contraditaria o próprio fundamento do Estado. Estabelece-se, assim, a primazia do direito doméstico do Estado sob o direito internacional. Existiria, porém, para Kelsen, outra alternativa que preservaria o monismo de sua teoria: a unidade entre sistema doméstico e internacional decorreria dos sistemas domésticos fundamentarem sua validade no sistema internacional, estabelecendo-se o primado da ordem internacional: “*Se partirmos*

⁴ FLEINER-GESTER, Thomas, *Teoria Geral do Estado*, Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2006.

⁵ COHEN, Jean. *Globalization and Sovereignty – Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

*do Direito Internacional como uma ordem jurídica válida, o conceito de Estado não pode ser definido sem referência ao Direito Internacional. Visto dessa posição, ele é uma ordem jurídica parcial, imediata em face do Direito internacional, relativamente centralizada, com um domínio de validade territorial e temporal jurídico-internacionalmente limitado e, relativamente à esfera da validade material, com uma pretensão à totalidade apenas limitada pela reserva do Direito internacional”.*⁷

Mas, somente uma teoria monista seria possível? Uma concepção que admita a validade de sistemas jurídicos diversos, ao mesmo tempo, não seria possível? A conclusão de Kelsen decorre da adoção de um conceito de validade jurídica, cujo fundamento seria o sistema escalonado de normas e, em última instância, na norma fundamento e, portanto, desconectado da efetiva prática social por parte da comunidade jurídica e da legitimidade da prática à luz do reconhecimento social. A rigor, porém, uma teoria dualista preponderou no Século XX, de um lado havia um sistema de direito doméstico e de outro o sistema de direito internacional, havendo interseções, que foram se aprofundando especialmente após a Carta da ONU de 1945, com a progressiva institucionalização de uma ordem jurídica global que passa a clamar, em muitos casos, por uma supremacia em relação ao direito doméstico, especialmente diante de ferimentos aos direitos humanos. A globalização econômica começa a produzir uma expansão e uniformização dos modelos contratuais, com a necessidade de convencionar as regras jurídicas para o comércio mundial. A inviolabilidade do cidadão torna-se um critério relevante a partir dos anos noventa, relativizando, inclusive o clássico princípio da não-intervenção. Há uma crescente legalização da ordem internacional.

Em geral, tal quadro levou justamente a passar-se a advogar uma constitucionalização global, concluindo-se, porém, por uma superação da soberania estatal em favor dessa nova ordem internacional, dotada de unidade, universalidade e supremacia.⁸ Algumas concepções são relevantes nesse propósito, como a da subsidiariedade e de um sistema de governo de vários níveis. Algumas dessas teorias admitem uma ordem jurídica descentralizada, harmonizada por meio da organização de cortes, que estariam no centro desse constitucionalismo global. Como lembram bem os seus críticos pluralistas, não haveria necessidade de uma ordem jurídica unitária e hierarquizada no plano global; aliás essa ordem assim concebida acabaria por gerar um sistema que não dá conta da diversidade, se tornando refém das relações de poder e de expressão do domínio econômico no plano internacional.

⁷ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2006, p.377.

⁸ COHEN, Jean. *Globalization and Sovereignty*, Cambridge. Cambridge University Press, 2012, p.49.

Parece-nos bastante interessante a perspectiva de um pluralismo constitucional no plano internacional⁹. Essa perspectiva não implica e nem deve implicar, no momento atual, em abandono da soberania dos Estados em prol de uma ordem jurídica global, seja qual for a compreensão que se tenha dela. Conectando legalidade e legitimidade, os Estados soberanos se tornam especialmente importantes em determinados momentos, como guardiões da cidadania e dos direitos humanos no plano interno. A complexidade da ordem jurídica internacional e a própria afirmação dos Estados como instâncias importantes de afirmação do próprio direito internacional permite afirmar um caminho alternativo, mas que não reduz às instituições políticas internacionais a meros espectros do poder político prevalente, apostando no poder das instituições jurídicas de buscar uma justiça global. Por outro lado, não se busca construir generalizações artificiais, fora dos contextos políticos específicos e, portanto, sempre arbitrárias. Mas, com exercício de prudência política, construir caminhos de institucionalização jurídica comprometidos com a explicitação de situações de marginalização, opressão e de sofrimento decorrentes de uma ordem jurídica pouco ou nada compromissada com a democracia e com os direitos humanos.

3. Um exemplo da constitucionalização do direito em âmbito global: utilização de decisões estrangeiras por Cortes Constitucionais

Na ilustração desse processo de constitucionalização do direito em âmbito geral, gostaria de trazer à baila dois exemplos. No primeiro caso, se tratará da invocação de decisões estrangeiras por Cortes Constitucionais, que se tornam uma constante em alguns sistemas jurídicos. O foco não é sobre a invocação de tratados ou convenções internacionais celebrados pelo Estado, mas na utilização de decisões estrangeiras na fundamentação de decisões judiciais constitucionais, ou seja, aquilo que Marcelo Neves identificou como “*transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais*”.¹⁰ Essa interferência entre os vários sistemas constitucionais pode ser uma dimensão extremamente positiva; para tanto, é indispensável pensar o complexo normativo não somente do ponto de vista hierárquico, na sua perspectiva tradicional, mas de “...*problema de articulação em nível transnacional, de presença efetiva de conteúdos substanciais divididos...*”, nas expressi-

⁹ COHEN, Jean, *Globalization and Sovereignty*, Cambridge. Cambridge University Press, 2012, p.60.

¹⁰ NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2009.

vas palavras de Alfonso de Julios-Campuzano.¹¹ Essas interações constitucionais poderiam constituir-se também em interações democráticas, em que processos complexos de argumentação pública, deliberação e troca por meio de invocações de direitos universalizáveis, nos quais esses direitos seriam contestados e contextualizados, na definição de Seyla Benhabib.¹² O cotejo do direito doméstico com o direito estrangeiro pode trazer novas luzes ao processo de interpretação e aplicação da Constituição de determinado Estado. Não nos deteremos aqui sobre a experiência em outros sistemas jurídica quanto à medida em que se dá essa circulação de decisões estrangeiras com a prática constitucional doméstica. Alguns sistemas jurídicos são mais propensos a fazer tal importação, em outros há, em geral, uma postura bastante cautelosa.¹³

Essa utilização por uma Corte Constitucional de jurisprudência de outra corte coloca algumas questões relevantes que merecem um desdobramento teórico a respeito, do ponto de vista da teoria jurídica. Algumas dessas questões merecem uma reflexão como as seguintes: a) quando seria necessário trazer soluções de fora do sistema doméstico; b) como escolher esses parâmetros normativos na jurisprudência estrangeira; c) onde colher esses parâmetros e porquê; d) como checar a “relevância” ou a “compatibilidade” de tais parâmetros extra-sistêmicos e os assuntos submetidos a disputas legais internas, inclusive quanto a avaliação científica quanto ao sentido no sistema legal original da decisão estrangeira.¹⁴ Fica claro que não se trata de invocar simplesmente decisões estrangeiras, mas de torná-las um elemento relevante na crítica e compreensão da questão examinada no direito interno.

É possível elaborar uma tipologia das formas como são utilizadas as decisões estrangeiras. Poder-se-ia identificar três tipos possíveis de incorporação: simples exposição, uso empírico da experiência judicial estrangeira, ou a relevância do conteúdo constitucional da decisão estrangeira frente ao direito doméstico. No primeiro caso, bastante comum no direito brasileiro, cuida-se simplesmente de recurso explicativo para explicar o direito doméstico, na interpretação adotada. Nesse caso, a fonte estrangeira simplesmente corrobora a solução tomada à luz do direito doméstico. No uso empírico da experiência

¹¹ JULIS-CAMPUZANO, Alfonso, *Constitucionalismo em Tempos de Globalização*, Trad. de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2009, p.78

¹² BENHABIB, Seyla, *Dignity in Adversity- Human Rights in Troubled Times*. Cambridge, Polity Press, 2011.

¹³ Para um mapeamento a respeito, Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2009.

¹⁴ LOLLINI, Andrea, *The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns Based on Foreign Law*, <https://www.utrechtlawreview.org/>, Volume 8, Issue 2 (May) 2012/ URN:NBN:NL:UI:10-1-101441.

judicial estrangeira se atenta aos resultados no direito estrangeiro que resultaram de determinada decisão judicial como elemento a ser considerado na interpretação do direito estrangeiro. Aqui se amplia o escopo da pesquisa necessária e da argumentação indispensável para tal incorporação. A terceira possibilidade é, sem sombra de dúvida, a mais complexa pois compreende, efetivamente, a utilização da decisão estrangeira como parâmetro relevante para a decisão no plano doméstico, considerando o conteúdo da decisão. Ora, essa última circunstância supõe um trabalho comparativo bastante atencioso, até para se aferir similitude das circunstâncias nacionais e estrangeiras.¹⁵

A invocação e aplicação de decisões judiciais estrangeiras por Cortes Constitucionais pode ir além, portanto, do mero papel coadjuvante de corroboração da interpretação jurídica construída à luz do direito interno. Mas, para tanto, é indispensável um trabalho mais denso com o material importante e uma argumentação judicial mais consistente na sua incorporação ao direito doméstico.

4. Conclusão: Desenvolvimento de tais questões no mundo lusófono, em sua correlação com o direito brasileiro

Esse processo de diálogo entre as cortes constitucionais nos países da lusofonia já é uma realidade e deve ser ainda mais difundida. A língua e traços culturais comuns facilitaria essa aproximação. Talvez a melhor explicitação desse processo, ainda embrionário, mas irrefreável, de constitucionalização do direito na lusofonia seja a existência no sítio do Supremo Tribunal Federal do Repositório de Jurisprudência Constitucional dos Países da CJCPLP, onde é possível acessar decisões de Angola, Moçambique, Brasil, Portugal, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné Bissau e Timor Leste.

Ainda na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontramos referência nas ementas dos Acórdãos às legislações e decisões estrangeiras invocadas. Em pesquisa no sítio do STF, identificou-se 13 remissões à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português. Registre-se, desde já, que dentre elas, doze referem o Acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional Português para a defesa, em nome do princípio da proibição do retrocesso, de políticas sociais. Na sequência desse estudo, seria relevante tomar essas decisões e fazer uma análise mais acurada da forma como se deu essa incorporação.

¹⁵ LARSEN, Joan, *Importing Constitutional Norms from a "Wider Civilization": Lawrence and the Rehnquist Court's Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation*. Ohio State Law Journal, Vol. 65, p. 1283.

*Por um Constitucionalismo global e pluralista – uma perspectiva da experiência brasileira
em sua relação com o mundo lusófono*
Maria Lucia de Paula Oliveira

Em conclusão, a utilização de jurisprudência estrangeira entre países de língua portuguesa se assemelha importante alternativa para se buscar as “interações democráticas” indispensáveis no momento atual de constitucionalização global e pluralista.

ADMISSIBILIDADE E VALOR PROBATÓRIO DAS DECLARAÇÕES DO COARGUIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: ENTRE O CONTRADITÓRIO E O SILÊNCIO

Pedro Miguel Freitas

Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho

A resposta à questão da admissibilidade e valor probatório das declarações do coarguido em desfavor de outro coarguido no ordenamento jurídico português passa, *maxime*, por uma referência ao artigo 345.º, n.º 4, do Código de Processo Penal (CPP)¹, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto. Esta norma prevê que “*não podem valer como meio de prova as de-*

¹ Com relevância para o objeto do estudo, o artigo 140.º do Código de Processo Penal (CPP) ocupa-se das regras gerais aplicáveis às declarações do arguido. Optámos por não devotar a nossa atenção a esta norma simplesmente porque, com a entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, que introduziu o número 4 do artigo 345.º, passou a existir um preceito legal voltado especificamente para as declarações de coarguido contra outro coarguido, o que, em turno, fez com que o artigo 140.º, a par de outras normas como, por exemplo, o artigo 133.º, n.º 1, al. a), do CPP, perdesse a exclusividade hermenêutica que detinha antes de 2007. Dito isto, não se deve, porém, negligenciar a circunstância de o artigo 345.º se encontrar sistematicamente no livro do Código de Processo Penal relativo à fase processual do julgamento, o que circunscreve o seu âmbito material de aplicação a esta fase. Cf., sobre as declarações do arguido como meio de prova no CPP de 1987, antes da entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, o estudo de SANTIAGO, Rodrigo, *Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no código de processo penal de 1987*, “Revista portuguesa de ciência criminal”, 4:1, 1994, pp. 27–62.

declarações de um co-arguido em prejuízo de outro co-arguido quando o declarante se recusar a responder às perguntas formuladas [por cada um dos juízes, jurados, Ministério Público, advogado do assistente ou *defensor*]². Num raciocínio *a contrario sensu*, arrimado no princípio da legalidade da prova, previsto no artigo 125.º do mesmo diploma legal, não será desacertado sustentar-se que as declarações do coarguido podem constituir meio de prova legalmente admissível. Sê-lo-ão sempre que não se preencha a referida hipótese de o coarguido declarante se remeter ao silêncio quando seja interpelado para responder às questões formuladas pelos juízes ou jurados. Apesar de ser indiscutível, pelo menos de um ponto de vista normativo, a admissibilidade deste tipo de declarações, pode, no entanto, continuar a fazer sentido, pelo menos para certa doutrina, questionar-se a conveniência de uma solução jurídica deste género, nomeadamente se atendermos aos princípios constitucionalmente consagrados em matéria criminal. Trata-se de um *topos* que há muito suscita controvérsia, mas com intensidade maior quando não existia uma norma jurídica com uma indicação definitiva sobre a admissibilidade ou não das declarações de coarguido, forçando o intérprete da lei a valer-se do princípio genérico da admissibilidade da prova (art.125.º do CPP). Não que na redação atual se tenha plasmado a regra da sua admissibilidade pela positiva. O legislador, em lugar de firmar direta e imediatamente a possibilidade processual de o coarguido prestar declarações contra outro coarguido, preferiu partir do princípio da admissibilidade da prova e apontar a(s) hipótese(s) em que as declarações não são admissíveis. Certo é que, apesar da aparente problematicidade da técnica legislativa adotada na criação deste regime jurídico em particular, a conclusão a extrair é aquela que parte de um raciocínio arrimado nos artigos 125.º e 345.º, n.º 4.º do CPP e que leva à defesa da admissibilidade das declarações (contra Rodrigo Santiago ²). A opção do legislador português poderia ter sido outra, porventura menos tímida e mais assertiva, mas isso não deve retirar mérito à conclusão a que chegamos acerca da admissibilidade atual deste meio de prova. Temos para nós que o artigo 345.º, n.º 4, do CPP, é expressão de um contributo especialmente positivo para a dilucidação das aporias que anteriormente se colocavam a este propósito.

² Em abono da verdade, embora grande parte da doutrina e da jurisprudência continuem a citar Rodrigo Santiago como um Autor contrário à admissibilidade das declarações de coarguido em prejuízo de outro coarguido, a sua opinião, de que “*nem sequer as declarações dos co-arguidos podem ser validamente assumidas como meio de prova, por banda de um ou mais deles, relativamente ao outro ou outros*” crf. SANTIAGO, Rodrigo, *Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no código de processo penal de 1987*, Cit.,pp.49 e seguintes. É produzida num contexto legislativo que, entretanto, tal como dissemos, sofreu algumas, mas importantes, alterações. A nossa reflexão tomará, necessariamente, em consideração esta circunstância,

Para uma compreensão mais cabal dos problemas colocados pela admissibilidade (e, bem assim, a valoração) das declarações de coarguido impõe-se, em primeira linha, o recurso ao texto da nossa Lei Fundamental. Quer porque o processo penal serve de sismógrafo da Constituição de um Estado³, quer porque é eminentemente direito constitucional aplicado^{4/5}, não convocar os princípios constitucionais de monta e relevância para o objeto do nosso estudo seria, no final de contas, metodologicamente tão pernicioso quanto olvidar os preceitos jurídicos constantes do próprio CPP. Assim sendo, um dos princípios constitucionais que, desde logo, deve ser chamado à colação é o do contraditório ou contraditoriedade. A Constituição da República Portuguesa (CRP), no artigo 32.º, n.º 5, epígrafado de “*Garantias de processo criminal*”, dita que o “*processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*”, o que, no que ao arguido diz respeito, implica não só a previsão normativa, como também a exequibilidade prática de garantias e direitos como o de audiência relativamente às decisões que o afetem, o da possibilidade de contribuir probatoriamente para o processo, o da oportunidade de contradizer material probatório que tenha sido carreado para o processo, o de intervenção processual e, finalmente, o da capacidade de influência no decurso do processo^{6/7}.

Como dissemos *supra*, o Código de Processo Penal garante a concretização destes comandos constitucionais⁸. Apresentam especial destaque num dos momentos mais importantes do processo penal, a fase de julgamento, quando se acomete ao presidente do tribunal, no âmbito dos seus poderes de disciplina e de direção, o dever de garantir a contraditoriedade durante os trabalhos de audiência (artigo 323.º, al. f) do CPP). Mas nem sempre se divisa um exercício efetivo e pleno do contraditório ao longo de todo o processo penal. Na verdade, este princípio, corporificado nos brocados latinos *audiatur et altera pars* e *nemo inauditus damnari censetur*, expande-se e contrai-se na sua aplicação em diferentes

³ ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal.*, trad. da 25.ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 10

⁴ ANTUNES, Maria João, “Direito processual penal - direito constitucional aplicado”, in MONTE, Mário Ferreira et al. (Eds.), *Que futuro para o direito processual penal* Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 745–754.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I. 4.ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.515.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I. Cit., pp.522-523

⁷ GASPAR, António Henriques, *Código de Processo Penal comentado*, Coimbra, Livraria Almedina, 2014, p.210-211.

⁸ Encontram-se afloramentos do princípio do contraditório ao longo de todo o Código Processo Penal. Veja-se, p. ex., os artigos 82.º-A, n.º 2, 139.º, n.º 3, 165.º, n.º 2, 289.º, n.º 1, 298.º, 301.º, n.º 2, 321.º, n.º 3, 322.º, n.º 2, 323.º, al. f), 327.º, n.º 2, 387.º, n.º 6.

momentos do decurso processual penal por força dos interesses processuais que, *pro re nata*, exijam um juízo de compatibilização⁹. O que se mostra interessante de destacar no contexto das declarações do coarguido contra outro coarguido é o facto de o exercício do contraditório funcionar como pressuposto da validade jurídica das declarações, ao mesmo tempo que serve de catalisador para a adesão do arguido ao modelo do contraditório, respondendo às questões formuladas e renunciando ao seu direito ao silêncio (art. 343.º, n.º 1 do CPP)¹⁰. Naturalmente que continua o arguido a ter liberdade para responder (ou não) às questões ou pedidos de esclarecimento que lhe sejam formulados. O direito ao silêncio não lhe é negado nesta situação. Mantém-se uma garantia de defesa¹¹ de emanação normativa constitucional e infraconstitucional (art.º 32.º, n.º 1, da CRP e 61.º, n.º 1, al. d), 141.º, n.º 4, al. b), 343.º, n.º 1, do CPP) perfeitamente válida e disponível. No entanto, tanto quanto nos é dado a perceber, quando o coarguido opta por depor em prejuízo de outro coarguido, querendo manter intato o valor probatório das suas declarações, tem obrigatoriamente de se conformar com o abandono irrestrito do silêncio relativamente à matéria fáctica que se relacione com o que é dito. Poder-se-ia questionar se as palavras empregues pelo legislador no artigo 345.º, n.º 4, *in fine*, permitem uma interpretação diferente, designadamente uma que habilite o arguido, por sua própria vontade ou a recomendação do defensor, recusar responder a perguntas ou a fornecer esclarecimentos sobre as declarações prestadas¹². Parece-nos porém que uma tal interpretação esvaziaria de conteúdo o preceito em causa. Mais acertado será pugnar por uma interpretação de natureza sistemática que logre manter intatos os propósitos que nortearam a introdução do número 4. Queremos com isto significar que a remissão expressa do número 4 para o número 1 e 2 quer abranger apenas a descrição do modo como as perguntas ou pedidos de esclarecimento deverão realizar-se: por iniciativa de

⁹ CARVALHO, Paulo Marques, *Manual prático de Processo Penal*, 8.ª. ed. Coimbra, Almedina, 2014, p. 18

¹⁰ Exceção ao direito ao silêncio pode ser encontrada no artigo imediatamente anterior: “O presidente adverte o arguido de que a falta de resposta às perguntas feitas [sobre o nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e residência] ou a falsidade da mesma o pode fazer incorrer em responsabilidade penal” (art. 342.º, n.º 2, do CPP).

¹¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ª. ed. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p.188.

¹² Encontra-se o seguinte trecho no artigo 345.º, n.º 4, *in fine*: “[não podem valer como meio de prova as declarações de um coarguido] quando o declarante se recusar a responder às perguntas formuladas nos n.os 1 e 2”. Por seu turno, o número 1 diz que “[s]e o arguido se dispuser a prestar declarações, cada um dos juízes e dos jurados pode fazer-lhe perguntas sobre os factos que lhe sejam imputados e solicitar-lhe esclarecimentos sobre as declarações prestadas. O arguido pode, espontaneamente ou a recomendação do defensor, recusar a resposta a algumas ou a todas as perguntas, sem que isso o pode desfavorecer”.

um dos juízes ou dos jurados (n.º 1) ou pelo presidente do tribunal a pedido dos restantes sujeitos processuais (n.º 2).

Diremos então que, no final de contas, o exercício do contraditório que vem imbricado no artigo 345.º, n.º 4, do CPP, acaba por ser consequência mediata de uma estratégia processual do arguido (e do seu defensor) no âmbito da qual orça os ganhos e os custos processuais advenientes da abdicação do silêncio. Naturalmente que uma ponderação da mesma espécie é consequentemente interpretada pelo coarguido que é visado nas e pelas declarações incriminatórias. A este propósito, não podemos deixar de mostrar alguma sensibilidade ao argumento daqueles que dizem que se o coarguido visado se remete ao silêncio ante as declarações incriminatórias acabará, em certa medida, por ficar prejudicado de modo efetivo, dado que tivesse ele *“disposto a declarar, bem [poderia] ter abalado a eficácia de convicção atribuída que, com verdade ou contra a verdade, concordou em prestar declarações”*¹³. No entanto, temos para nós que este argumento não procede por diversas ordens de razão. A primeira, mais débil enquanto contra-argumento, é a de que o direito ao silêncio não pode funcionar em desfavor do arguido (art. 343.º, n.º 1, do CPP). A decisão de não prestar declarações não pode desfavorecer o coarguido. Obviamente que é igualmente razoável que se diga que o silêncio também não o favorece. Aqui se encontra a pré-anunciada debilidade do argumento: o resultado do julgamento é conformado pelos contributos probatórios apresentados ou produzidos, ou não!, ao longo do processo. Ora, se perante as declarações incriminatórias de um coarguido o outro coarguido decide não as rebater, por sua própria pessoa, oferecendo uma visão (pessoal) distinta e, eventualmente, incompatível com aquela expressa pelo coarguido a verdade é que o julgador (ou jurados) formará a sua convicção sem ter a possibilidade de o ouvir, de viva voz. Esta realidade das coisas é objetiva e inescapável. O que não é tão certo assim é saber se das declarações de um coarguido em desfavor de outro decorre necessariamente um prejuízo efetivo para o segundo, nomeadamente se este se remeter ao silêncio. Esta questão relaciona-se, como se adivinha, com o valor probatório que deve ser atribuído a estas declarações. Em certa doutrina grassa o entendimento de que, não estando o arguido obrigado a depor com verdade e a prestar juramento (art. 140.º, n.º 3 do CPP), contrariamente ao que se passa em relação às testemunhas, as quais, antes de serem ouvidas, prestam juramento perante autoridade judiciária (art. 91.º, n.º 1 e n.º 3, art. 132.º, n.º 1, al. b, art. 132.º, art. 323.º, al. d) e 348.º, n.º 1, todos do CPP), estar-se-á, no caso de se lhe reconhecer valor probatório, a permitir a conversão da mentira (*“ou sua mera incoercível possibilidade*) em meio de pro-

¹³ SANTIAGO, Rodrigo, *Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no código de processo penal de 1987*, Cit., p.59.

va¹⁴. Com todo o respeito de que nos merecem os ilustres juristas que integram as fileiras de um tal entendimento, não podemos deixar de enxergar nele uma visão profundamente maniqueísta que não encontra respaldo nem na realidade jurídica nem na realidade judiciária. Nem as testemunhas se pronunciam sempre com verdade, nem o arguido é intrusão por natureza. É demasiado simplista adjetivar-se um indivíduo tendo por simples referência a sua posição processual, negligenciando que a complexidade inerente à natureza humana não se compadecede com categorias jurídico-processuais. A mentira, não apenas como direito do arguido – uma proposta jurídico-substantiva-processual que alguns autores consideram merecedora de amparo –, mesmo que explicável pela condição de especial fragilidade em que ele se encontra diante da ameaça punitiva estatal e que, por esse motivo, se presta a desencadear os instintos de autopreservação e sobrevivência, mas sobretudo como atributo com que é substantivado o seu discurso a partir do momento em que assume essa condição processual é em toda a medida intolerável. O quadro de valores constitucionais que conformam a estrutura e sentido do processo penal no âmbito de um Estado de Direito Democrático impõem o absoluto respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Este implica, no particular assunto que nos ocupa, a salvaguarda efetiva do direito constitucionalmente assegurado ao silêncio e de não colaboração para a sua própria incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*)¹⁵, propiciando ao arguido chance para livremente decidir, à margem de pressões exógenas, sobre a sua participação probatória, no tempo e modo mais adequados. Mas o mesmo princípio traduz-se, de igual modo, na necessidade de asseguramento de que o seu contributo para a descoberta da verdade não seja laivado, sem qualquer dado objetivamente sustentável, no momento de apreciar o seu intrínseco valor probatório, por pré-juízos ou pré-conceitos. O respeito pelo princípio de presunção de inocência isso o exige!

¹⁴ *Idem, ibidem*

¹⁵ Não queremos com isto tomar partido em questão particularmente complexa como a da natureza dogmática do privilégio contra a autoincriminação. A opção entre uma tese substantiva ou uma processualista não poderia, por razões que o leitor facilmente compreenderá, ser tomada, de jeito fundamentado, no parco espaço que nos foi atribuído para dedicarmos algumas palavras ao tema em análise. Consideramos porém ter mostrado com meridiana clareza que o ordenamento jurídico português não concede uma proteção absoluta, irrevogável e inultrapassável ao direito ao silêncio e ao privilégio contra a autoincriminação, havendo ainda de reconhecer que a seu montante se encontram exigências de ordem constitucional tanto substantiva como processual.

PODER LOCAL NO CONSTITUCIONALISMO LUSO-BRASILEIRO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Ricardo Hermany

Professor dos cursos de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC e das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA

Guilherme Estima Giacobbo

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC e Mestre Direito pela Universidade do Minho na modalidade dupla titulação. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande

1. Considerações iniciais

A temática do poder local, com os desafios à concretização do princípio da subsidiariedade, explicitado na Constituição da República Portuguesa e implícito na Constituição Brasileira, mostra-se tema de extremo relevo na análise da efetividade das políticas públicas. Isso porque, é no espaço mais próximo do cidadão que se potencializa a possibilidade de efetivo controle social na elaboração e posterior acompanhamento das decisões administrativas.

No aspecto vertical do princípio, o poder local na realidade portuguesa remete-nos ao entendimento de uma competência compartilhada, o que se observa claramente na jurisprudência do Tribunal Constitucional, especialmente em matérias inerentes ao ordenamento do território e ao urbanismo.

Além das dificuldades observadas no processo de densificação do conjunto de competências locais, o financiamento das autarquias – aspecto essencial para a existência de uma esfera de poder efetivamente autônoma – também apresenta aspectos a serem criticados. Tanto em Portugal, quanto no Brasil, em que

pese não se tratar de um estudo com metodologia comparada, observa-se um processo de concentração excessiva dos recursos públicos.

No Brasil, é na tríplice dinâmica – subsidiariedade, igualdade e democracia – que se devem verificar os limites e potencialidades de um federalismo municipalista. A previsão constitucional do Município como ente federativo não basta, *de per si*, para se concluir por uma maior descentralização da organização institucional brasileira frente a outras realidades institucionais, como, por exemplo, a portuguesa. Isso porque sua efetivação – seja na dimensão vertical, dada à indeterminação do conceito de interesse local – seja na perspectiva horizontal, considerando o incipiente grau de capital social dos Municípios Brasileiros, ainda está aquém de uma postura alicerçada na subsidiariedade.

2. O direito social de Gurvicht e a sua relação com o poder local

É a busca do estabelecimento de uma possível subsistência do pluralismo jurídico no atual contexto jurídico no Brasil e em Portugal sem, contudo, superar a normatividade estatal existente, que se busca fundamentar um novo paradigma de interação entre sociedade e estado, tornando a ordem jurídica e as instituições estatais permeáveis à participação social aberta em uma lógica de poder compartilhado entre poder público e sociedade.

Para tanto, é necessário que se realize uma contundente e radical crítica ao monopólio estatal e jurídico do direito, de modo a desenvolver uma teoria e práxis alternativa ao dogmatismo jurídico e ao positivismo do direito, tendo como objetivo uma concepção contundente de pluralismo jurídico, consciente da abrangência política do direito. Essa concepção de direito com base pluralista encontra-se evidenciada em diversas formas e diferentes espaços de sociabilidade, que podem assumir o papel de contraditório da sociedade, ou mesmo de complemento à atuação estatal, e atuar, simultaneamente, como fonte de poder: *“O direito, para ser exercido democraticamente, tem de assentar numa cultura democrática, tanto mais preciosa quanto mais difíceis são as condições em que ela se constrói. Tais condições são, efetivamente, muito difíceis, especialmente em face da distância que separa os direitos das práticas sociais que impunemente os violam. A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia.”*¹

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. Cortez, 2008, p.8.

Georges Gurvitch², um dos últimos pensadores modernos a propor de forma audaciosa todo um sistema próprio e genuíno de compreensão e explicação do fenómeno humano e de organização social, baseou suas premissas na conjugação de uma filosofia pluralista nos campos jurídico e social.

Para Gurvitch, o direito social é sempre um direito autónomo e é produzido originariamente por grupos sociais e jamais poderá ser imposto de forma externa. O direito social confere aos grupos e atores sociais um papel central, tornando-os operantes e refletindo-se no campo jurídico e no pluralismo social, bem como na existência de uma multiplicidade de centros de poder criadores de direito, em uma sociedade de relativa complexidade. É este pluralismo de centros de poder que vai conferir lugar central aos grupos e atores sociais operantes, de tal sorte que o direito social será sempre um direito de integração e nunca de exclusão – onde só admite-se o direito de coordenação inter-individual – e nem de subordinação – vertical, de tendências totalitárias e mecanicistas³.

Desse modo, portanto, o direito não se afigura mera normatividade, pois a experiência jurídica é o reflexo da vivência da coletividade autónoma, reconhecendo sua ordem e garantindo sua manutenção, tal que essa experiência jurídica dos próprios atores sociais e operadores do direito torna-os componentes de um processo de criação ou reconhecimento institucional que tem em si mesmo sua configuração, podendo ser concebida como uma (re)institucionalização do direito.

Em relação à ideia de cidadania ativa e democracia participativa, é possível afirmar que a mera outorga de feixes de poder à sociedade não pressupõe a existência de um Estado democrático, permeável ao direito social, afinal, o Estado só será verdadeiramente democrático quando os canais de participação propiciarem aos atores sociais o exercício de uma cidadania ativa na formação de uma vontade pública complexa, constituída pela participação ativa do povo e dos poderes estatais.

Dessa forma, em relação ao pluralismo jurídico pode-se afirmar, segundo Gurvitch, que a normatividade estatal é apenas uma das múltiplas manifesta-

² Georges Gurvitch, filósofo e sociólogo francês de origem russa, nasceu na cidade de Novorossisk, ainda nos tempos da Rússia Czarista, em outubro de 1894, vindo a falecer em Paris em dezembro de 1965. Gurvitch participou diretamente da revolução russa na organização dos Sovietes (conselhos operários) e dedicou grande parte de sua obra na oposição a concepção dogmática do Direito – o qual se baseava somente em um sistema de regras – defendendo a realidade social do Direito. - crf. MORAIS, José Luiz Bolzan de. *A idéia de direito social - O pluralismo de Georges Gurvitch*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

³ PEREZ, José Luis Monereo; PRIETO, Antonio Márquez. Studio Peliminar, “La “Idea del Derecho Social” en la Teoría General de los Derechos: El pensamiento de Gurvitch”, in GURVITCH, Georges, *La Idea Del Derecho Social*. Noción y Sistema Del Derecho Social, Granada, Comares S.L., 2005.

ções do direito, o qual se encontra disperso em inúmeros agrupamentos sociais, estando organizados ou não, independentes ou submetidos à tutela estatal e de natureza comum ou particular⁴. O Direito é, assim, um fenómeno social muito mais amplo e anterior à concepção de Estado.

Entre as várias espécies de Direito Social que Gurvitch enumera, nos importa destacar a espécie condensado: O Direito Social Condensado remete à ideia de que a ordem do direito estatal só se constituirá em uma espécie de direito de integração social quando se tratar de um estado verdadeiramente democrático, ou seja, se o direito constitucional do Estado for um sistema aberto e permeável pelo direito social e que se desprende da comunidade política subjacente. Faz-se referência a um direito social, que será condensado na ordem do direito estatal em razão de sua ligação com a coação incondicionada do Estado.

Esse Direito Social Condensado ao mesmo tempo em que reconhece a existência de outros atores, além do ente Estatal, permite que se mantenham importantes aspectos inerentes ao espaço público estatal, sem se desvincular dele, especialmente no que se refere à observância aos princípios fundamentais constitucionais que servem como mínimo referencial e deverá balizar as deliberações do corpo social. Os desafios presentes no ordenamento jurídico constitucional luso-brasileiro, face à abertura democrática presente em seus dispositivos legais, são justamente fazer cumprir com o potencial emancipatório do seu corpo social subjacente, especialmente no âmbito local, alargando a participação dos cidadãos para além da esfera da democracia participativa. Para tanto, os princípios da subsidiariedade e da descentralização administrativa, presentes nas constituições brasileira e portuguesa, afiguram-se como essenciais na tarefa de expansão democrática do espaço local e dos cidadãos de sua comunidade subjacente.

3. A descentralização e a subsidiariedade nas Constituições brasileira e portuguesa e a formação da decisão administrativa no espaço local

O Direito Social Condensado, no contexto da ordem constitucional democrática, faculta diversas formas de autorregulação social e um protagonismo efetivo dos atores sociais no processo de elaboração das decisões públicas (entre essas decisões, pode-se falar na formulação de políticas públicas, desde a criação até o processo final de implementação e avaliação). Ampliando-se, assim, a co-

⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan de, *A ideia de direito social - O pluralismo de Georges Gurvitch*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

munidade de atores e intérpretes que buscam a efetivação de valores e princípios constitucionais.

Essa ampliação de intérpretes é, inclusive, referida por Peter Häberle⁵, ao propor a adoção de uma nova hermenêutica constitucional que seja coadunada à sociedade pluralista, a qual denominou como “sociedade aberta”. Sustentando a tese de que como a Constituição exerce um papel fundamental para o Estado e a sociedade, todo aquele que vive a constituição, consubstancia-se como um legítimo intérprete dela.

Para que se efetive um Estado Constitucional verdadeiramente democrático, coadunado com a ideia de Direito Social Condensado, não basta estabelecer, no entanto, uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais. A permeabilidade dos fatos normativos de uma grande comunidade subjacente, equivalente à sociedade de um Estado Nacional, deve estar presente também em instâncias de poder estatal inferiores e descentralizadas. Para tanto, faz-se necessário redirecionar o foco do presente para uma abordagem da construção do Direito Social Condensado, a partir da articulação dos atores sociais no espaço público local, ou seja, a partir das menores instâncias de poder institucional existentes em um Estado Constitucional, o que corresponde à figura das autarquias locais, em Portugal, e à figura do município, no Brasil.

Por descentralização devemos compreender não apenas a transferência de atribuições, mas, sobretudo, redistribuição de poderes. Contudo, ao revés do que se tem associado nas últimas décadas, para que se concretize a ideia democratização do espaço público é necessário ir além da descentralização de competências, da garantia de eleições periódicas ou do estabelecimento de um desenho institucional com independência dos poderes. Consta-se que *“la democracia es mucho más que la sola elección popular de los gobernantes, que siempre tiene que ser mediante elecciones periódicas, libres y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión popular”*⁶.

Assim, importa dizer que a descentralização implica mais do que capacitar plenamente a gestão municipal, mas, sobretudo, deve abranger o alargamento da *“base do sistema de tomada de decisão e aproximar a função pública dos cidadãos, uma vez que não se constitui na simples transferência de competências, mas*

⁵ A obra de Häberle tomada como base nesse capítulo é a *“Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e”procedimental” da constituição”*. Cf. HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e”procedimental” da constituição*. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: SA Fabris, 1997.

⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R. *La descentralización del poder en el estado democrático contemporáneo*. Córdoba, 2003, p.2. Disponível em: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d-9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.874.pdf>, acesso em 05.03.2016.

*supõe, também, a distribuição do poder decisório entre o governo municipal e a sociedade*⁷

Por um lado a partilha de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas. Isto porque, se o fulcro da autonomia dos entes federados está primordialmente na capacidade de auto-organização e de autolegislação, ficaria destituído de sentido reconhecer esta capacidade sem se definir o objeto passível de normatização pelo poder central e pelos poderes estaduais. Por outro lado, se se quiser a preservação de um relacionamento harmônico entre o conjunto e as partes, é imprescindível delimitar as respectivas atribuições, sem o que seria inevitavelmente conflituosa sua convivência⁸.

A subsidiariedade, no contexto português, vai de encontro a uma administração centralizada, opondo-se à existência de autarquias locais desprovidas de autonomia, pois a subsidiariedade pressupõe, essencialmente, que *“a actuação caiba a entidades distintas, capazes e eficazes, sendo a medida da capacidade e eficácia de cada entidade verificada a nível das possibilidades da sua actuação.”*⁹. Nesse contexto, pode-se afirmar que a subsidiariedade é, antes de tudo, o princípio da autonomia do indivíduo e das entidades sociais no interior do Estado.

A subsidiariedade figura expressamente nas disposições gerais do Título I do Tratado da União Europeia, intitulado “Tratado de Maastricht”, o qual dispõe em seu artigo 5º, número 1, que *“a delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.”* A subsidiariedade se desvela como princípio de dupla função, resguardando, ao menos formalmente, a autonomia das autarquias locais em relação ao seus Estados, bem como, dos Estados em relação ao ente supraestatal da União Europeia.

Tanto em sede de mecanismos constitucionais, quanto na estrutura infraconstitucional, é possível se vislumbrar a preocupação em garantir a autonomia das autarquias locais, a efetivação do princípio da subsidiariedade e a intenção de criar uma gestão pública compartilhada. Portanto, é inequívoco o direcionamento de toda a estrutura política do Estado para a pessoa humana que é sua própria razão de existência, enquanto sujeito ativo da política: o cidadão tem ao mesmo tempo deveres para com o seu semelhante, para com a comunidade de que faz parte, utilizando, nomeadamente, as estruturas políticas

⁷ ALMEIDA, Lindijane de Souza Bento, *Gestão Pública e Democracia: Os Conselhos Gestores de Saúde da Região Metropolitana de Natal-RN*, in “Revista Democracia e Participação”, V.1, n.1. p. 44-72, Brasília, Secretaria Geral da Presidência da República, 2014, p.59.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira (Ed.). *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2013, p.110.

⁹ MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira, *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, Coimbra editora, 2003, p.443.

que, por isso, estão ao seu serviço. Estas considerações sobre a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente apoiadas, são fundamentais para entendermos devidamente o conceito de soberania popular (soberania do povo, vontade popular). A dignidade da pessoa humana fundamenta e baliza a ideia de soberania popular. A dignidade da pessoa constitui o sustento da ideia de soberania popular.¹⁰

Na Constituição Portuguesa, o Princípio democrático¹¹ se desvela multidimensional, podendo ser reconhecidas ao menos quatro dimensões em sua perspectiva da organização do poder político. A primeira dimensão consubstancia-se no viés da forma representativa, pois “*ela é a forma constitucionalmente estabelecida para a escolha de alguns dos mais importantes órgãos do poder político*”¹², dentre os quais a escolha da Presidência da República, Assembleia da República, assembleias regionais, assembleias das autarquias locais e câmaras municipais.

Já sua segunda dimensão materializa-se na dimensão participativa, que reflete a assunção pela CRP de diversas formas de democracia participativa. Disso decorre que a participação do povo enquanto governante não pode se subsumir a uma colaboração restrita ao sufrágio eleitoral, mas, sobretudo, pressupõe uma atuação permanente e incisiva que permita a perfectibilização de uma genuína democracia participativa¹³.

Portanto, o princípio democrático apresenta-se como princípio normativo complexo, onde o engendramento dessas duas dimensões o subsume como princípio multiforme, tendo em vista sua estrutura pluridimensional. Desse modo, a democracia figura como processo de democratização enquanto caminho de aprofundamento democrático de natureza política, socioeconômica e cultural.

¹⁰ OLIVEIRA, António Cândido de, *Direito das Autarquias Locais*, 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp.85-86.

¹¹ CRP, Art. 2º: “*A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.*” (itálico e negritos nossos).

¹² CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p.193.

¹³ São numerosos os dispositivos constitucionais relacionados à efetivação da democracia participativa, dentre os quais se pode destacar os art. 263º a 266º (que trata da constituição de organizações de moradores); o art. 63º/2 (que trata da participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários); e, art 65º/5 (onde é garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território).

4. Considerações Finais

As constituições brasileira e português, em razão de seu caráter democrático da previsão de inúmeros instrumentos legais de ampla abertura democrática, garantem participação dos administrados e a autonomia das autarquias locais em Portugal e nos municípios Brasileiros. Simultaneamente em que a Constituição da República Portuguesa comemora 30 anos de existência, se reforça a necessidade de cumprimento do potencial emancipatório contido em sua essência.

Isso ocorre, pois, ainda que formalmente se tenham os instrumentos necessários à democratização do espaço público, materialmente ainda se busca a construção de um empoderamento mais efetivo e pragmático dos cidadãos diante das ferramentas colocadas à sua disposição. O tecnicismo que envolvia o planejamento urbano não pode se esquivar de seu papel, devendo atuar de forma compartilhada, clarificando os temas e possibilitando a efetivação de uma decisão pública não apenas quantitativa e legitimada democraticamente, mas, sobretudo, qualitativa. Nesse ínterim, o espaço local ocupa posição de destaque na formação da decisão administrativa, de modo a ser gerida de modo compartilhado com os governos locais.

A gestão democrática do espaço local deve ser passível de produzir um ambiente plural, onde todos tenham espaço de atuação e que possam desenvolver suas atividades de forma sustentável, devendo, para isso, fiscalizar constantemente os espaços de participação para que a decisão popular esteja imune de cooptação por grupos de interesse ou, ainda, ser reduzida à atuação de uma parcela representativa de interesses corporativos. A formação da decisão administrativa, especialmente no espaço local, tem de ser realizada observando as duas dimensões do princípio da subsidiariedade: A subsidiariedade vertical – na qual faz cumprir o papel do princípio da descentralização, facultando ao governo local decidir tudo aquilo que ele estiver apto a decidir, de acordo com o interesse local; e, subsidiariedade horizontal – pois, não apenas ao governo municipal ou autárquico e suas assembleias legislativas deve recair o poder de decisão, mas, esse poder deve ser repartido e deve nascer da discussão e deliberação integrada e indissociável de sua comunidade adjacente, que nada mais é do que a sociedade, consubstanciada nos cidadãos do espaço local.

A PUBLICIDADE INFANTIL VS RELAÇÃO DE CONSUMO E AS REPERCUSSÕES NOCIVAS PARA A VIDA, INTEGRIDADE FÍSICA, SAÚDE MENTAL, EMOCIONAL E COMPORTAMENTAL DA CRIANÇA COMO SER HUMANO EM CONDIÇÃO PECULIAR DE DESENVOLVIMENTO

Rosemary Souto Maior de Almeida

Mestranda em Direitos Humanos da Universidade do Minho

1. Apresentação

1.1. Da temática

A partir do Século XX o sentimento de infância começa a repercutir, a criança deixou de ser humano, de segunda categoria, passou a ser visto como sujeito de direito e alvo de interesse económico, um mercado muito promissor e, objeto de publicidade no âmbito da relação de consumo. Por outro lado, concomitantemente, tem e fórum de pesquisas e estudos em varias áreas do conhecimento jurídico, em relevo do direito do consumidor, com produtos e serviços especiais, tendo como destinatária, essa fatia promissora de publicidade por parte das empresas.

Vários estudiosos passaram a pesquisar e refletir sobre o tema. Um deles foi *O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil*.¹ Outro trabalho interessante, na área em questão, foi o de Tâmara Amoroso Gonçalves².

A publicidade adentrou no mundo dos estudos, nas relações de consumo e relevância e atualidade das questões do cotidiano, a inspirar e fomentar as mais variadas facetas do tema, como: a publicidade³, estando à sociedade mundial, nos meios mediáticos, assistindo pela TV, filmes, propagandas subliminares, impressos, *outdoors* e publicidade de toda ordem no âmbito do privado e público.

Os pais e/ou responsáveis colocam as suas crianças desde a mais tenra idade (como os bebês), na companhia dos canais de TV aberta e privada, trazendo altos custos dos serviços. Além de estimular novas tendências e hábitos nocivos, assimilados ora de maneira repetitiva, ora por comodismo e aderência sob o pretexto de avanços e progressos tecnológicos.

As crianças, principalmente antes da idade escolar, por sua vez, entregues a própria sorte e dependente dos cuidados e limites a serem impostos pelos adultos, crescem com preferências em produtos, marcas ou modismos, que na maioria das vezes os prejudicam, tais como: brinquedos inadequados e/ou perigosos, produtos alimentícios prejudiciais à saúde e ao desenvolvimento no contexto de um consumo desenfreado, em vestuário, a apologia do “magro ou magra”, jogos eletrônicos e *smartphones*, tablets etc... Enfim tudo concorrendo para um crescimento de má alimentação, endividamento das famílias, um imaginário infantil doentio, egoístico, como apontam os especialistas no assunto.

A vida familiar está sendo afetada e todos têm pressa, e, a criança, que tem prioridade de tratamento na Convenção⁴ fica exposta a negligência, e, muitos casos de anorexia, bulimia, depressão, obesidade e outros transtornos comportamentais, se iniciam na primeira infância, se desencadeiam na segunda infância, acarretando um futuro não muito promissor. As crianças se acomodam, na maioria por ausência de escolha ou opção válida, aceitam tudo que lhes é imposto, pelos pais ou equiparados. Em consequência da inobservância de normas e limites impostos pelo Estado, a exemplo das aqui citadas⁵.

A reflexão profunda da publicidade infantojuvenil foi e continuará sendo, aspecto relevante para os estudiosos, imprescindível, também, por parte dos

¹ “Revista LusoBrasileira de Direito do Consumo (RLBDC)” N.º 03, p. 107.

² GONÇALVES, Tâmara, *Impactos da publicidade de alimentos dirigidos a crianças: Questões éticas e legais*, “Revista LusoBrasileira de Direito do Consumo (RLBDC)”, p.187.

³ “Revista LusoBrasileira”, n.º14, junho de 2014.

⁴ A Convenção de 1997.

⁵ DL 66/2015 e Directiva 200765, que versam acerca da restrição da publicidade a alimentos não saudáveis para crianças.

Países da Lusofonia, das famílias e das escolas. A educação para o consumo, acompanhada de informações seguras e efetivas acarretarão, indubitavelmente, o consumo consciente, e, essa nocividade tenderá a diminuir consideravelmente.

A publicidade exacerbada e sem freios e controles, são antídotos eficientes para o enfrentamento do consumismo, aviltando uma compulsão, portanto, um distúrbio comportamental crescente, que se inicia no berçário e em cadeia crescente de situações, produtos e serviços, que impõe cuidados, além da assistência de especialista para lidar com o problema. O apelo publicitário desenfreado é um mal coletivo, que a médio e longo prazo proporcionarão novas síndromes. O renomado Jurista Igor Rodrigues Brito, publicou um artigo que se debruça sob o tema com racionalidade e eficácia⁶.

A extensão das medidas legislativas controladoras das mensagens publicitárias dirigidas aos menores varia entre os diversos sistemas jurídicos internacionais. O Brasil se destaca pelos pormenores que impõe o Código de Defesa do Consumidor, um diploma legal, destacado, pensado e construído por Doutrinadores de alto nível, graças ao zelo, compromisso e paixão pelo enfoque aqui suscitado, distingue muito bem uma propaganda abusiva e/ou enganosa⁷.

A relação Infância e Publicidade inspirou o antigo estagiário do CEDC (Centro de Estudos de Direito de Consumo de Coimbra) Igor Rodrigues Brito, que ofereceu um contributo nessa área, que foi motivo de elogio da NETCONSUMO, por meio do Prof. Mario Frota que “*saudou o promissor jusconsumeirista, apetecendo-lhe as maiores venturas*”⁸.

O Mestre e incansável Mario Frota nos outorga inúmeras obras sobre o tema aqui proposto e outros conexões e correlatos, contribuições de alta relevância Lusobrasileira, Europeia e Mundial⁹.

O Prof. Mário Frota por meio de sua luta diuturna e empenho incansável, ao longo de anos a fio, é característica de sua riqueza de obras, tais como: *A Publicidade InfantoJuvenil: Perversões e Perspectivas*, Editora Juruá (Brasil); *Política de Consumidores na União Europeia*, Editora Almedina; *Das Acções Colectivas em Portugal*, juntamente com Ângela Frota, Cristina Rodrigues de Freitas e Teresa Madeira, além de artigos e outras obras relacionadas na página eletrônica <http://www.netconsumo.com.2010/infanciaepublicidade>.

⁶ Controle da publicidade infantil em Direito Comparado, em 03/12/2010, consultado em <https://jus.com.br/artigo/17961/controlada-publicidade-infantilemdireitocomparado>, em 24/02/2016.

⁷ Lei n.º 8.078, de 11/09/1990.

⁸ Infância e Publicidade: Proteção dos Direitos Fundamentais da Criança na Sociedade de Consumo.

⁹ O Direito Europeu do Consumo. O reflexo da Política de Consumidores da União Europeia (ISBN 9788536216874, 272 pgs).

A Lei n.º 8069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) preceitua:

art.3º “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

art.º 4.º “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária.”

Em cumprimento ao mandamento Constitucional, o olhar, foco e destinação de recursos e políticas públicas para enfrentamento da questão, impõem diretrizes e iniciativas eficazes.

O Decreto n.º 678, de 06/11/1992 Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em 22/11/1969. O art.º 19 refere-se aos Direitos da Criança: (vide art.º 227 da CF e ECA): “*Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do estado*”

A expressão “menor” não significa inferioridade ou sujeito de direito de categoria inferior, muito pelo contrário, um ser humano em formação e desenvolvimento, que vai depender da proteção e das oportunidades a ele garantidas. Apesar de dispositivos legais a respeito do tema, há no mercado internacional vários produtos nocivos à vida, à saúde, como o cigarro, por exemplo, mas o Estado o acolhe como recolhido de impostos, sem questionar o mal que fará aos fumantes no futuro.

Assunto que acaba nos Tribunais com indenizações. Quem não se lembra das publicidades de cigarros e bebidas alcoólicas ou não, em meio à pseudoambiente saudável, vinculados a esportes, lazer em lanchas ou automóveis de luxo, onde as crianças desde mais terna idade, assistem, assimilam, e projetam padrões de condutas incompatíveis, falsos, ilusionais com o desenvolvimento saudável, talvez, o consumo de ambos os produtos como algo saudável no inconsciente, explicados pelas teorias de Piaget e Vigotsky¹⁰.

¹⁰ PIAGET, Vygotsky, LA TAILLE, Yves de, OLIVEIRA, Marta Kohl, Walon, Heloysa Dantas, *Teorias psicogenéticas em discussão* São Paulo, Ed. Summus, 1992.

Outra contribuição valiosa de Piaget, na obra *para Compreender, Uma Iniciação à Psicologia Genética Piagetian*.¹¹

Cada dia mais cedo crianças e adolescentes adentram no ciclo da droga lícita (cigarro) e em bebidas alcoólicas, na maioria das vezes proibida a menores, mas com criatividade, perspicácia e persistência, armas poderosas da juventude conseguem burlar as barreiras construídas, e, assim adquirir e fazer uso sem limites e fiscalização. Uma porta aberta para uso de drogas mais viciantes e destrutivas. As crianças de maneira generalizadas são diagnosticadas como TDAH (*Transtorno de déficit de atenção e/ou hiperatividade*), sendo hoje muito discutível a aplicação da substância ritalina nas crianças e nos jovens, por exemplo, com o remédio, largamente utilizado sem maiores pesquisas de eficiência no controle do problema, além de publicidade desmedida, sem alerta dos efeitos nocivos.

As colocações aqui suscitadas não têm o condão de ser conclusivas nem exaustivas muito pelo contrário, um esforço de reflexão coletivo para o que se faz hoje em desfavor das crianças, de 0 aos 12 anos incompletos, e, na infância, onde se sabe que não é sinônimo constante de alegria e felicidade para todos indiscriminadamente, e, se, quisermos construir um planeta melhor, uma sociedade pacífica, mais harmoniosa, solidária e saudável, precisamos nos unir àqueles que trabalharam, e, continuam na labuta em busca da concretização desse ideário.

2. Publicidade abusiva na alimentação, em sumos, leite e derivados e, outros produtos de consumo em geral

O universo do Marketing é inspirado no lucro. As substâncias prejudiciais à saúde, tais como: refrigerantes, *fastfood*, queijos e derivados com alto teor de gordura, glúten e outros ingredientes prejudiciais, tais como: sopinhas de legumes e carne *em conserva* de vários sabores em latas e vidros, e embutidos, além da lactose e outros derivados são consumidos pelas crianças sem muito critério, exceto o apelo em vendas casadas com jogos e outros brinquedos, sem uma maior avaliação do “maior interesse da criança” acolhido pelos ditames da Convenção Internacional de 1989 e demais ditames Constitucionais e Legais, sem qualquer reação contrária da humanidade, exceto em casos isolados.

A criança na prática não atingiu sua plenitude de cidadania, porque sua vida e sua educação estão inseridas em primeiro lugar na família. Os pais aderem aos conteúdos publicitários por comodismo e até por falta de tempo, mas os maiores prejudicados neste particular são os miúdos.

¹¹ PIAGET, Jean, *Uma Iniciação à Psicologia Genética Piagetin*, Tradução de Maria Jose J. G. de Almeida, Ed. Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1974.

A criança não tem o poder de decisão, não escolhe e muito menos tem como argumentar ou contrariar aquelas práticas alimentares, aderem coitadinhos e, a cada dia, mais obesos exacerbam as estatísticas em vários continentes. Por outro lado, as bonecas magérrimas, são estereótipos de perfeição e beleza, que as crianças do sexo feminino aderem como modelo e estilo de vida.

As alergias, doenças de pele, problemas respiratórios, apesar da maioria está em dia com a vacinação obrigatória e até facultativa, o certo é que um número crescente de crianças não se alimenta bem, não crescem de forma saudável, e, se tornam, potencialmente, adultos doentes, das mais várias patologias físicas e psíquicas.

As frutas, verduras, legumes e alimentos não industrializados não são consumidos como deveria, porque o controle da publicidade e até do fornecimento dos gêneros alimentícios são centralizados em grandes empresas, nas maiorias multinacionais ou transnacionais.

O mundo globalizado industrializa, e, usa os aparelhos ideológicos do Estado para o controle da exclusividade, fornecimento único e preços convidativos, ditamos pelos cartéis, oligopólios e demais anomalias, sem que o Estado intervenha em favor dessas pequeninas vítimas.

A proliferação de gripes, viroses e outras doenças inominadas apavoram e desequilibram a vida saudável das crianças do planeta. Logo que os sintomas desconhecidos se evidenciam, a palavra de ordem é *virose*, pois os pediatras não identificam especificamente aquela enfermidade, as denominam de **viroses**.

O pior de tudo isso é assistirmos passivos e sem nada dizer a respeito. Os pais que não tem mais tempo de cuidar integralmente dos filhos, terceirizam os cuidados, nas mãos das avós, que com excesso de amor e carinho visam satisfazer as necessidades dos netos, da maneira que eles gostam e até estimulam passeios a McDonald, Bobs e etc¹².

A ausência de limites proporcionam aos pequeninos, *status* de rei, mas na verdade um “rei em nudez” e sem riquezas, desprovidos de vitaminas A, B, D, B12, e substancias como ferro, cálcio e outros. Uma realidade grave, que precisa urgentemente de uma reação coletiva restauradora da alimentação saudável. Uma questão de saúde pública é só passar alguns instantes na emergência pediátrica para uma constatação.

A relação é inversamente proporcional, a criança nasce mais inteligente, mas se torna subnutrida ou obesa, com raras exceções no mundo atual, graças a ação pro ativa dos pais ou responsáveis.

¹² MARTINS FILHO, José, *A criança Terceirizada Os descaminhos das relações familiares no Mundo Contemporâneo*, 6ª edição, Campinas-SP, Ed. Papyrus, 2012.

3. Publicidade de brinquedos em geral

O brinquedo é um produto que dependa da moda, dos *slogans* e o apelo publicitário, por exemplo: Frozen, Barbie, Peppa, super-heróis (algo muito presente e desejado no imaginário da criança e suas memórias), na maioria das vezes sem qualquer propósito educativo. Os preços são altos e as crianças ao ver diariamente na TV, nas rádios, jornais e revistas, na escola e nos *shoppings Center*, *querem de todo jeito adquirir tais objetos*. Na verdade inicia-se aí uma compulsão consumista sem fim, dependendo do lançamento de novos brinquedos que poderá desencadear uma série de transtornos e desvios de conduta, que com a repetição continuada, se agravará ao longo dos anos até a idade adulta, podendo se inclinar para insegurança em suas relações intersubjetivas e/ou compulsivas, que causarão sentimentos de tristeza e até revolta latente, sem olvidar de sequelas e traumas de difícil superação.

Um desafio de grande proporção porque o vazio existencial e a vontade imediata de comprar traz uma sensação de bem estar imediato, contudo, passageira, mais que de logo, dispara um novo gatilho de apelo a novo objeto de consumo, e, assim, sucessivamente, causando um ciclo vicioso, que atormenta, porque na infância não conheceram o valor real do SER e o transitório do TER, muito menos, informada, educada para as armadilhas do consumo, em plena Sociedade do Século XXI¹³.

Para se vislumbrar esse SER, identificado e reconhecido como criança, e, na perspectiva multidisciplinar e interdisciplinar a Antropologia da Criança muito contribuiu para o universo das reflexões aqui comentadas: “... *Se quisermos realmente responder aquelas questões, precisamos nos desvencilhar das imagens preconcebidas e abordar esse universo (criança) e essa realidade tentando entender o que há neles, e não o que esperamos que nos ofereçam. Precisamos nos fazer capazes de entender a criança e seu mundo a partir do seu próprio ponto de vista. É por isso que uma antropologia da criança é importante. Ela não é a única disciplina científica que elege esse objeto de estudo: a psicologia, a psicanálise e a pedagogia tem lidado com essas questões há muito tempo. Mas é aquela que, desde seu nascimento, se dedica a entender o ponto de vista daqueles sobre quem e como quem fala, seus objetos de estudo*”¹⁴.

No contexto do tema aqui proposto, as idades da vida e suas consequências inexoráveis: fragilidade e força nos evidenciam que infância e velhice são realidades que o pensamento ocidental absolutiza, logo “*Viver a vida consiste, assim, desde que se nasce, num “trabalho! Que constrói a criança, o adulto, o velho,*

¹³ BARBOSA, Livia, 1949 *Sociedade de consumo*, Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 2004

¹⁴ COHN, Clarice, *Antropologia da criança*, Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 2005, p.8.

não como “seres” dotados de natureza, mas produto e produtores de experiências. Tais experiências decorrem de heterogeneidade social e cultural e são uma construção tanto individual como coletiva, já que o individual só existe quando reconhecido e partilhado pelos outros ^{15/16}.

São inúmeros e vastos trabalhos publicados na área em foco, inclusive, no caso de crianças, que devido a uma série de fatores, interrompem a condição de criança, em adulto com TBT, bem expostos e fundamentados, e, como prevenir essa situação: adulto “Borderline”¹⁷.

Estudiosos do Direito do Consumidor ou Jusconsummeristas contribuem diuturnamente na discussão, amplitude e caráter multidisciplinar e interdisciplinar, como um deles, citamos o Igor Rodrigues Britto na sua obra *Infância e Publicidade: Proteção dos Direitos Fundamentais da criança na Sociedade de Consumo*, Editora CRV, 2010.

Outra obra de referencia obrigatória em face da grandiosidade e amplitude dos aspectos vinculados a Publicidade Infante Juvenil, que nos apresenta fortes e inarredáveis fundamentos da necessidade de uma maior e constante tutela legal e maior fiscalização dos serviços públicos inerentes ao consumo e estudos científicos comprobatórios da nocividade de produtos e serviços entregues as crianças e adolescentes, sem quaisquer limites, só acarretando graves consequências, que vulnerabilizam essas criaturas, sem qualquer solução de continuidade concreta, ou quanto muito, de forma muito acanhada¹⁸.

Destacamos na aludida obra o Artigo: A publicidade e o cérebro da criança, de Jaderson Costa da Costa, na oportunidade tratam das etapas do desenvolvimento cerebral e a capacidade da criança perceber e entender a publicidade. O autor vai além ao ventilar a publicidade destinada a criança em si, e, suas influencias persuasivas no imaginário do ser humano em condições peculiares de desenvolvimento, bem como os potenciais efeitos “*colaterais da publicidade infantil*”¹⁹.

A Claudia Lima Marques e outro autor, como Jurisconsummerista de reconhecimento nacional e internacional, atuante e sempre em sintonia com os processos evolutivos do Direito do Consumidor no planeta, contribui com uma reflexão para a adoção de atitudes de enfrentamento da questão ora em discus-

^{15/16} GUSMAO, Neusa Maria Mendes de, “Infância e Velhice: pesquisa de ideias” in GUSMÃO, Neusa Maria Mendes de (org), Campinas, SP, ED. Alínea, 2003, p.18.

¹⁷ ADES, Taty e SANTOS, Eduardo Ferreira, Dr. Borderline, *Criança interrompida adulto borderline*, Ed. Isis Ltda, 2012.

¹⁸ ALVAREZ, Ana Maria Blanco, *Publicidade e proteção da infância*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2014.

¹⁹ *Idem*.

A publicidade infantil vs relação de consumo e as repercussões nocivas para a vida, integridade física, saúde mental, emocional e comportamental da criança
Rosemary Souto Maior de Almeida

são, trazendo, como é peculiar, Sugestões valiosas para a tutela legal das crianças consumidoras frente à Publicidade a elas destinadas²⁰.

4. Conclusão

As provocações aqui delineadas foram um exercício coletivo de enfrentamento de uma realidade complexa, difícil de ser encarada e controlada, mas que ao mesmo tempo, se debruçarmos com carinho e humildade, com o somatório de todas as contribuições, certamente nos tornará mais responsável a pensar o tema, constatar a nocividade que nossas crianças são expostas por produtos e serviços, por meio de publicidade teleologicamente voltada para o lucro excessivo e o desprezo com a causa. Se cada um de nós aqui nesse conclave pararmos e tomarmos as atitudes necessárias para esse desafio. Já terá valido a pena tentá-lo. A educação para o consumo desde a infância é o instrumento mais eficaz para prevenir a nocividade aqui comentada.

²⁰ *Idem.*

A UNIÃO DE FACTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA: ENTIDADE DIGNA DE QUE PROTEÇÃO?

Rossana Martingo Cruz

*Assistente convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho
e Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave*

1. Nota inicial

A problemática que urge nesta reflexão não é nova. Há muito que se discute o enquadramento da união de facto no nosso texto constitucional.

A Constituição da República Portuguesa dispõe, no n.º 1 do artigo 36.º, que “*Todos têm o direito constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.*”. A interpretação deste preceito tem suscitado alguma controvérsia entre nós. Já se chegou a preconizar que este n.º 1 do artigo 36.º consagrava somente um único direito. Todavia, parece inegável que constituir família será mais amplo e ultrapassará o direito ao casamento. Aliás, parece ser de entender que o legislador quis, efetivamente, distinguir família de casamento, atribuindo identidades diferentes a cada uma daquelas realidades. Contudo, se dúvidas já não existem que, além da família matrimonial, o legislador constituinte quis acautelar outras formas de família (como a natural ou a adotiva), já não tem sido tão claro se este preceito constitucional abrange, igualmente, a convivência *more uxorio*¹.

¹ A convivência «*more uxorio*» é a constatação de um tipo de vivência afetiva coincidente com a de pessoas casadas. Isto é, significa *viver como pessoas casadas*.

A união de facto é a figura do direito *convivencial*, por excelência. Merecerá esta convivência uma atenção por parte do legislador constituinte, idêntica à conferida ao casamento e a outras formas tradicionais de família? É o que nos propomos analisar.

2. A união de facto e a Constituição da República Portuguesa

A união de facto é uma relação *parafamiliar* onde duas pessoas vivem em condições análogas às dos cônjuges², isto é, numa comunhão de leito, mesa e habitação. Existe, portanto, uma plena comunhão de vida entre os unidos de facto, o que gera uma similitude à vivência das pessoas casadas.

A qualificação da união de facto como relação familiar tem sido discutida. Porém, a taxatividade do artigo 1576.º do Código Civil cria alguns embaraços a esta qualificação, uma vez que a união de facto não consta no elenco das relações jurídico-familiares³. Tal não significará, todavia, que não possa ser tida como relação familiar no âmbito da Constituição da República Portuguesa⁴. Até porque não é a legislação ordinária que conforma a amplitude constitucional, mas exatamente o oposto. Caberá à legislação ordinária secundar-se na Constituição, agindo na inteira dependência da sua baliza conceptual.⁵

Ora, o disposto no n.º 1 do artigo 36.º da Constituição (preceito idêntico ao artigo 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH e artigo 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - CEDH), tem provocado algum debate entre nós.⁶

² “A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.” - Artigo 1.º, n.º 2 da Lei 7/2001, de 11 de maio (com a redação das Leis n.ºs 23/2010, de 30 de agosto e 2/2016, de 29 de fevereiro).

³ Daí que seja apelidada de relação *parafamiliar*.

⁴ Aparentemente, em consonância TELMA CARVALHO quando defende que “a união de facto não pode deixar de ser reconhecida como uma relação jurídico familiar, face à actual redacção do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e face aos efeitos que são e vão sendo reconhecidos à própria união de facto.” CARVALHO, Telma, “União de Facto: a sua eficácia jurídica”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Volume I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, 2004, p.226.

⁵ Neste sentido, DIAS, Cristina M. Araújo, “Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 457.

⁶ Também estes preceitos supranacionais não são isentos de interpretação dúbia. Consultar a este propósito: DIAS, Cristina M. Araújo, *A jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem e as novas formas de família* in “Revista Jurídica da Universidade Portucalense”, n.º 15,

Em tempos, poder-se-á ter pensado que este n.º 1 consagrava somente um único direito⁷. Porém, é inegável que constituir família será um conceito vasto que superará o mero direito ao casamento^{8/9}.

Aliás, parece ser de entender que o legislador quis distinguir família de casamento, atribuindo identidades diferentes a cada uma daquelas realidades¹⁰. Porém, se dúvidas praticamente já não existem que, além da família matrimonial, o legislador constituinte quis acautelar outras formas de família, como a

Porto, 2012, p.40; BARLOW, Anne, *Cohabitants and the law*, Butterworths, London, 2001, p.4; LOWE, NIGEL V., *Bromley's family law* 10th edition, Oxford, New York, Oxford University Press, 2007, p.1.

⁷ “Por um lado, a conjunção ‘e’ que une (aparentemente) dois direitos conferidos é um pouco estranha. Constituir família e contrair casamento?(...) Os dois direitos reduzem-se a um só.” CASTRO, João de Castro, “Anotações diversas: Art. 36.º, n.º 1 (Família e Casamento)” in *Estudos sobre a Constituição*, 1.º volume, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, p. 372.

⁸ Sem prejuízo, naturalmente, de ao contrair casamento se constituir família.

⁹ Questão semelhante já ocupou o ordenamento jurídico espanhol, porém a jurisprudência do tribunal constitucional espanhol tem ido no sentido de considerar que a noção de família abrange também as uniões de facto. Vide LLEDÓ YAGÜE, Francisco [et al], *El matrimonio y situaciones análogas de convivencia: crisis y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, Cuadernos Teóricos Bolonia, Derecho de Familia – Cuaderno I, Dykinson, Madrid, 2012, p.18. O artigo 6.º da Lei Fundamental alemã (*das Grundgesetz*) prevê que o casamento e a família devem merecer especial proteção do Estado “*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.*” (art. 6.º da *Grundgesetz*). Repare-se que também existe a conceção dicotómica casamento/família neste ordenamento. Daí que se tenha discutido se tal significará uma recondução da família ao casamento. Cfr. KRIEWALD, Jessica, *Statusrelevante Erklärungen des Familienrechts*, Peter Lan, Frankfurt, 2009, p.38; e OSTNER, Ilona, *Cohabitation in Germany – Rules, Reality and Public Discourses*, in “International journal of Law, Policy and the Family”, Vol. 15, N.º 1, Oxford Univ. Press, Oxford, 2001, p. 99.

Já em Itália existe uma proteção unívoca de família e casamento. A Constituição italiana consagra, no art. 29.º, que são reconhecidos os direitos da família como sociedade natural fundada no matrimónio («*La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*»). Cfr. PROSPERI, Francesco, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, 1980, p.98.

A Constituição brasileira de 1988 reconheceu a união estável mas, durante algum tempo, não houve regulamentação ordinária clara e estável desta convivência (até à consagração no Código Civil de 2002). Cfr. IVANOV, Simone Oroschi, *União Estável: Regime patrimonial e direito intertemporal*, 2.ª edição, 2007, pp. 20-21; e LEITE, Eduardo de Oliveira, *Direito Civil Aplicado – Direito de Família*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, pp. 421 e seguintes.

A Constituição angolana também releva a união de facto (heterossexual) na constituição de família: «*A família é o nicho fundamental da organização da sociedade e é objecto de especial proteção do Estado, quer se funde no casamento, quer na união de facto, entre homem e mulher.*» (art. 35.º/1).

¹⁰ “*Julgamos que o propósito da disposição foi o de conceder efectivamente dois direitos e não apenas um(...)*” COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme De, *Curso de Direito da Família*, volume I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 115

natural ou a adotiva¹¹; já não tem sido tão claro se este preceito constitucional abrangerá, igualmente, a convivência *more uxorio* à margem do casamento.

Alguns autores entendem que a 1.ª parte do n.º 1 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa inclui a união de facto, na conceção de família, reconhecendo uma tutela constitucional a esta figura¹². A natureza da união de facto, conexas com a realidade familiar (e propiciadora desta), faz com esta esteja na esfera dos artigos 36.º e 67.º da Constituição.¹³¹⁴

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira o conceito constitucional de família não abrange somente a família *matrimonializada*, existindo uma abertura constitucional ao reconhecimento das uniões familiares de facto. Para estes autores, o casal decorrente da união de facto será, na ótica da Constituição, também família. Contudo, essa proteção não assaca um tratamento jurídico unitário, igual ao que é dado às famílias baseadas no casamento. Mas proibirá quaisquer diferenças que não sejam razoáveis ou proporcionadas¹⁵. Antunes Varela, apesar de crítico à solução legal e fazendo sobressair “*o sincretismo ideológico [que] é patente em vários preceitos [da CRP] que a revisão de 1982 não pode ou não quis eliminar*”, interpreta o disposto no n.º 1 do artigo 36.º no sentido de este visar proteger a união à margem do casamento¹⁶.

¹¹ Neste sentido, COELHO, Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso...Cit.*, pp. 116-117.

¹² “*Por todas estas razões parece-nos adequado abranger no art. 36.º, n.º 1, da CRP, como forma de constituição da família, a união de facto e, dessa forma, beneficiar de uma garantia institucional por força do art. 67.º da CRP.*” DIAS, Cristina M. Araújo, “Da inclusão ...Cit, p.460.

¹³ “*Todavia, no art. 67.º é a própria família, enquanto tal (e não as pessoas), que aparece como sujeito do direito à protecção da sociedade e do Estado.*” CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 561. “*E, ainda, no art. 36.º, a Constituição garante o direito das pessoas a constituir família; aqui [no art. 67.º] garante o direito das próprias famílias à protecção da sociedade e do Estado e à realização das condições propiciadoras da realização pessoal dos seus membros*”. *Idem*, p. 856

¹⁴ A par da proteção de uma norma preceptiva como a do artigo 36.º, existirá o amparo de uma norma programática como o art. 67.º “*Tirando as normas do art. 36.º, de carácter estatutário, quase todas as demais normas sobre a família reconduzem-se a normas programáticas. Isso não significa, porém, que não tenham eficácia jurídica, porque, enquanto integradas na Constituição, gozam da força jurídica a ela inerente.*” MIRANDA, Jorge, *Sobre a relevância constitucional da família*, in “*Scientia Iuridica*, Maio/Agosto 2015”, Tomo LXIV, Número 338, p. 277. É comum a existência de normas programáticas no âmbito do direito constitucional da família. «*A number of the 20th century constitutions contain programmatic provisions providing for the protection of the family*». GLENDON, Mary Ann, *International Encyclopedia of Comparative Law, Introduction: family law in a time of turbulence*, Vol. IV (Persons and family) Tübingen, J. C. B. Mohr Siebeck, 2006, p. 7.

¹⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO, J.J/ MOREIRA, VITAL, *Constituição...Cit.*, p. 561.

¹⁶ “*(...) o texto constitucional parece apostado em reconhecer a todos os cidadãos (solteiros, divorciados, viúvos ou casados) o direito de constituírem família à margem do casamento, nomeadamente através da relação de concubinato.*” VARELA, Antunes, *Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Livraria Petrony, Lisboa, 1996, p. 26.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira não se convencem com esta argumentação. Entendem que o direito a constituir família não contemplará a união de facto, mas se referirá à família natural e adotiva. Sendo, desta forma, preenchido o direito a constituir família, a par do direito a contrair casamento¹⁷.

Também Jorge Duarte Pinheiro entende que não caberá neste artigo 36.º a união de facto, uma vez que esta se constitui e se dissolve por mera vontade das partes, não estando sujeita à publicidade do registo ou a qualquer intervenção estatal¹⁸. Sem prejuízo de conceder a estas «*formas de organização de vida*» o abrigo constitucional do direito ao desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 26.º da Constituição da República Portuguesa.¹⁹

3. Qual o acolhimento constitucional mais adequado?

Face à evolução da união de facto, a sua crescente preponderância social e natureza análoga à convivência conjugal, será inadequado não lhe conceder uma proteção constitucional consentânea com a sua atual importância. Embora o tratamento do legislador ordinário seja distinto (desde logo, excluindo-a das fontes das relações jurídico-familiares presentes no disposto do artigo 1576.º e não regulando a sua proteção no Código Civil), o amparo constitucional deverá ser idêntico. A similitude com o casamento assim o exige, sob pena de existir uma discriminação desproporcionada entre os cidadãos que vivem a sua conjugalidade de forma praticamente igual, embora teoricamente distinta.

Claro que não se pode ignorar que, em certas situações, o alcance desta atenção constitucional não poderá ser exatamente o mesmo. Pois, tal como referido supra, a união de facto não é tão facilmente acompanhada pelo Estado e pelo Direito. Mas essa circunstância não pode pôr em causa o seu tratamento constitucional similar, pois igualdade implica tratar igual o que é igual e diferen-

¹⁷ Cfr. COELHO, PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso...* Cit, pp. 116-119.

¹⁸ “*Há nelas [relações parafamiliares], ainda hoje, um factor de incerteza adverso ao investimento que o legislador constituinte faz na tutela da família.*” PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, 2011, p. 111. Recordamos que situação diferente ocorre no apadrinhamento civil (também considerada relação parafamiliar) onde esta premissa não se aplica, pois é exarado um compromisso de apadrinhamento ou existe uma decisão judicial – art. 16.º da Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro. Duarte Pinheiro parece ir no sentido defendido por Castro Mendes quando defende que «*não faria sentido que a lei passasse um ‘cheque em branco’ a quaisquer formas de sociedade familiar, e tomasse de antemão os compromissos de promover a independência social e económica de quaisquer agregados que surjam e que, desempenhando funções da família, pretendam para si o qualificativo de ‘familiares.*» CASTRO, João de Castro, “Anotações diversas...” Cit., p. 373.

¹⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família...* Cit., p. 112

te o que é diferente.²⁰ Julgamos que a diferença será legítima no que ao regime jurídico propriamente concerne e não à proteção constitucional (essa entendemos ser de idêntica natureza, reclamando-se proteção consentânea).

O facto de se defender que a união de facto tem amparo no disposto no n.º 1 do art. 36.º, não significa que o tratamento desta figura seja igual ao casamento. O tratamento jurídico pode ser diferente, beneficiando ambos de abrigo constitucional²¹. Ou seja, não parece é que esta diferenciação possa legitimar, sem mais, interpretações que levem a desvantagens desproporcionadas a cidadãos que optem pela vivência de facto, ao invés da instituição formal do casamento. A natureza do princípio da igualdade é complexa, devendo atender-se à situação concreta dos cidadãos em situações similares e conferir-lhes proteção, considerando as suas idiossincrasias. Perante situações idênticas, somos da opinião de que o legislador constituinte não quis desprestigiar ou desproteger os unidos de facto face ao casamento²².

Em suma, defendemos que deve existir uma igualdade de proteção, ainda que esta nem sempre se traduza numa igualdade de tratamento. Porém, negar a mesma dimensão de proteção seria desproporcionado quando estão em causa realidades análogas, com o mesmo fundamento fáctico (ainda que com premissas formais distintas).

Esta dificuldade de harmonizar a proteção concedida à união de facto e ao casamento (dada a sua distinta forma de constituição e permanência no vínculo), poderia ser resolvida se o Estado criasse as condições necessárias para uma certeza na existência da união de facto.²³ Questão que deixaremos para outra sede por exceder amplamente os limites designados para esta reflexão.

Ademais, recorrendo a uma análise histórica, verificamos que a Constituição de 1933 preceituava que família assentava no casamento e na filiação legítima (art. 12.º)²⁴. Assim, podemos sustentar que se pretendeu um rompimento total com esta perceção de que o que não é fundado no casamento não é legítimo.

Há uma evolução significativa na distinção de casamento e constituição

²⁰ Sobre o princípio da igualdade, *vide*, designadamente, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1007/9, publicado no *Diário da República*, 2ª Série, de 12 de Dezembro de 1996, e também disponível também em www.tribunalconstitucional.pt, consultado em 02.02.2016. No mesmo sentido, cfr. os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 39/88, 325/92, 210/93, 302/97, 12/99 e 683/99, n.º 409/99, 245/00

²¹ Opinião vertida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 88/04, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, consultado em 02.02.2016.

²² Em consonância, COSTA, Marta, *Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito da família europeu: uniões homossexuais*, Coimbra Editora, 2011, p.106.

²³ Cfr. MIRANDA, Jorge, *Sobre a relevância...*Cit, p. 278

²⁴ VENTURA, Raúl, MARQUES, Raúl e SALCEDAS, Júlio, *Direito da Família (segundo as preleções do Prof. Doutor Paulo Cunha)*, Tomo I, Lisboa, 1941, p. 11.

de família, que deverá ir mais além do que a que advém da filiação natural e adotiva. E, se não era inteiramente clara esta entoação em 1976, parece que deverá ser assim entendido hoje, face à preponderância que a união de facto atingiu entre nós. Como bem se sabe, a interpretação da norma não pode ser alheia ao contexto de evolução social da mesma. A razão de ser da lei («*ratio legis*») não servirá apenas para auxiliar o intérprete no fim visado pelo legislador ao elaborar a norma. Conhecer o fim da norma, a par das suas circunstâncias (políticas, sociais, económicas, etc), dá-nos a conhecer a conjuntura que norteou a deliberação legislativa («*occasio legis*»), permitindo não só determinar o sentido daquela norma como, ainda, atendendo a essas coordenadas, deixa que o intérprete infra uma conclusão que delimite o sentido e alcance da norma num contexto socio-político distinto²⁵. Ou seja, conhecendo o contexto da altura e a evolução até aos dias de hoje, permitir-se-á a conclusão que, atualmente, o legislador pretendia, sem grande margem de dúvida, cobrir a união de facto com o manto constitucional de «constituir de família» disposto no n.º 1 do artigo 36.º. Poderemos chamar-lhe uma interpretação *evolutiva*^{26, 27}.

Se encararmos a união de facto como uma opção de vida familiar, igualmente válida ao casamento, não podem quedar dúvidas que a mesma merece um enquadramento constitucional condizente²⁸.

4. Nota final

A configuração jurídica da união de facto e do casamento é dissemelhante. A tal não é alheio o carácter de informalidade inerente à união de facto. Enquanto no casamento há uma solenidade na forma da celebração, a união de facto não exige qualquer forma na sua celebração. Não está sujeita a registo e não

²⁵ Consultar a este propósito, MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Porto, Coimbra Editora, 2012 (reimp.), pp.182-183.

²⁶ Embora a interpretação seja defendida por ilustres juristas como Carnelutti, Oliveira Ascensão entende que não é correto referir interpretação evolutiva, sem prejuízo de entender que o sentido da norma deve ser ditado pelo contexto onde esta se insere. “*A interpretação é sempre a mesma, e o que varia é o seu objecto. (...) Mas o que evolui é antes de mais esse ordenamento, e a fórmula toma objectivamente o sentido que lhe é dado pelo condicionalismo em que se integra.*” ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito: Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 390.

²⁷ “*As alterações e evoluções sociais são acompanhadas por modificações e actualizações constitucionais e o conceito de família patente na Constituição também deve acompanhar essas evoluções e não continuar a receber um conceito histórico desadequado à realidade social.*” DIAS, Cristina M. Araújo, “Da inclusão ... Cit, p. 454.

²⁸ O que não significa que não possa ter uma configuração jurídica diversa. Não se reclamam todos e os mesmos efeitos de um no outro.

altera o estado civil dos conviventes. Compreende-se a dificuldade de efetivar a abrangência de um direito fundamental a uma realidade que se forma e se dissolve por mera vontade das partes, não estando sujeita a qualquer intervenção estatal. Será razoável impor ao Estado uma ampla proteção a uma existência que não consegue controlar? Por outro lado, questiona-se se não incluir a união de facto no artigo 36.º não será ignorar a sua crescente existência, negando-lhe uma proteção digna.

Claro que a vivência em «família de facto» estará sempre protegida pelo direito ao desenvolvimento da personalidade, previsto no disposto do artigo 26.º da nossa Constituição. O direito da pessoa à sua singularidade, naturalmente que inclui o arbítrio no seu modo de vida²⁹. Todavia, esta proteção é genérica para qualquer forma (lícita) de vida. Enquadrar a união de facto somente aqui é torna-la demérita de um tratamento consentâneo com uma opção de vida cada vez mais comum. Sendo um fenómeno que tem medrado, com um crescimento sério e sustentado, não deveria a cobertura constitucional ser, igualmente, empenhada? Subsumir somente ao artigo 26.º será conceder uma proteção fragmentária e dispersa a uma existência que a realidade já demonstrou ser consistente e duradoura.

²⁹ A este propósito, *vide* CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição ...*Cit., p. 464.

A MODIFICAÇÃO DOS MODELOS DE GOVERNAÇÃO DO ESTADO: A UTILIZAÇÃO DAS «SUNSET CLAUSES»¹

Rui M. Zeferino Ferreira

Investigador na Universidade de Santiago de Compostela. Investigador e colaborador Estrangeiro no grupo de investigação “Teoria Jurídica do Mercado” da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

1. Introdução

A actual época civilizacional vem demonstrando a necessidade dos Estados se reinventarem e dos modelos de governação serem reformados como meio de fortalecimento do Estado democrático de direito. Esta necessidade não poderá ser desassociada da crise social e económico-financeira mundial, bem como da *revolução tecnológica* e da *globalização*, como “*factores externos que levarão obrigatoriamente à reinvenção do Estado*”². Neste contexto, embora os vários Estados do espaço lusófono tenham diferentes contextos económicos, sociais e políticos, a realidade demonstra a existência em todos eles de falhas no modelo de governação, com repercussões na qualidade das suas democracias.

Por um lado, o modelo de governação do Estado vem evoluindo nos países lusófonos com base em premissas erradas, que podemos sintetizar em quatro erros fulcrais. O primeiro deriva do entendimento que o Estado deve assumir o

¹ Por vontade do Autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

² MASSO, Fabiano Del; MIRANDA GONÇALVES, Rubén; FERREIRA, Rui, *A re(invenção) do Estado do Século XXI: O regresso ao liberalismo como suporte do sistema democrático*, in “Revista Internacional Consinter de Direito”, vol. I, Ano I, 2015.

monopólio que tudo que esteja relacionado com o interesse público. O segundo resulta da centralização do processo decisório. O terceiro resulta do desejo de uniformidade com base na fé e no culto pela igualdade, segundo o qual deve ser o Estado assegurar que ninguém receba menos do que aquilo a que tem direito, devido ao azar ou preconceito de classe. Por último, o quarto erro funda-se no pensamento que a mudança é sempre para pior, no qual a inovação vem sendo *diabolizada*. Por outro lado, o Estado vem sentindo uma enorme dificuldade em introduzir reformas, o que sucede entre outras razões pelo facto do gestor público se encontrar capturado pelo processo eleitoral e pela influência dos grupos de interesse. Porém, a crise económico-financeira que vem promovendo a falta de recursos financeiros dos Estados tem criado a consciência que a governação pode ser mais eficiente e de melhor qualidade. Como afirma Fabiano Del Masso [et. al.], «Será hoje consensual que não bastam reformas pragmáticas em face dos interesses e grupos instalados, pois vive-se numa época em que impera a crise de ideias e a dificuldade em adaptar o Estado a um “novo” mundo»³.

O modelo de governação deverá estar em harmonia com a *revolução tecnológica* e a *globalização*, com vista a tornar-se mais eficiente e a colocar a liberdade individual do cidadão no centro da ideia de Estado democrático de direito. Uma das questões em que o Estado deve concentrar a sua atenção é no sistema tributário, repleto de subterfúgios, isenções e benefícios fiscais, que devem ser abolidos ou reduzidos de forma faseada. Como salvaguarda do Estado e da própria democracia urge criar um sistema de *freios e contrapesos*, de modo a que os Estados se possam autodominar, o que poderia ser conseguido através da introdução das *sunset clauses*.

Nesse sentido, um dos defeitos existentes no modelo de governação dos países lusófonos é a hiperactividade do Estado. Na realidade, os governos vêm criando de modo contínuo um Estado cada vez maior, assente em interesses especiais e em novas promessas que não podem cumprir ou pagar. Logo, é essencial que os governos sejam controlados por instrumentos que efectivem a democracia e que permitam o autodomínio das suas próprias actuações. Dessa actuação resulta a proliferação de normas complexas, que na sua construção mais grave surgem sob a forma de tributação ou benefícios fiscais, o que encerra perigos para a sustentabilidade e governabilidade dos Estados. A hipotética introdução das *sunset clauses* permitiria criar limites temporais à vigência dos diplomas legais no ordenamento jurídico e, bem assim, a sua extinção automática, pelo decurso de um determinado período temporal, evitando as dificuldades e as impossibilidades da sua remoção a *posteriori*.

³ *Idem*

2. Evolução histórica das *sunset clauses*

A utilização das *sunset clauses* é conhecida desde a República Romana, que as utilizou com o intuito de aprovar leis temporárias em matérias específicas, como o aumento de impostos, durante um curto período de tempo, para suportar os gastos militares extraordinários. Por isso, em muitas dessas leis constava a expressão *ad tempus concessa post tempus censeatur denegata*, o que implicava a sua vigência por um curto período de tempo, após o qual seria negada a sua aplicação.

Na actualidade, têm sido os países anglo-saxónicos que recorrem com maior frequência a este instrumento legislativo. Por razões de emergência, em particular após os acontecimentos do 11 de Setembro de 2001, recorreu-se à utilização de *sunset clauses* para combater o terrorismo em países como o Canadá, Reino Unido, Alemanha e Austrália.

Porém, os Estados Unidos da América para além das áreas clássicas da utilização das *sunset clauses*, isto é, em situações de emergência como foi o caso do *USA PATRIOT Act*, passaram no início do século a utiliza-las na legislação fiscal. As *sunset clauses* que foram introduzidas na legislação fiscal americana basearam-se num conceito de «*sunsetting*», com origem no movimento de reforma política dos anos 70 do século passado. Nessa época estava em causa a questão que hoje é premente nos países lusófonos, isto é, a existência de um modelo governativo ineficiente e comprometido ou capturado por grupos de interesse, e excessivamente interventivo na economia e na sociedade.

Neste sentido Theodore Lowi⁴ propôs em 1969 que todas as leis criadas pelas agências federais fossem sujeitas a uma vigência temporal limitada, em resultado dessas agências ou departamentos atenderem frequentemente aos interesses especiais ditados pelos lobbies, o que corrompia o processo democrático. Assim, o mencionado autor defendeu a introdução de um limite de 10 anos para a vigência de todos os actos legislativos do Congresso, de modo a obrigar que os mesmos passassem por um procedimento de revisão, o que na sua visão diminuiria a capacidade de influência dos grupos de interesse.

⁴ VISWANATHAN, Manoj, *Sunset Provisions in the Tax Code: A critical evaluation and prescriptions for the future*, <http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-82-2-Viswanathan.pdf>, consultado em 23.03.2016

3. O conceito: *sunset clauses*

As *sunset clauses* constituem cláusulas de caducidade, isto é, disposições que determinam a validade de uma lei dentro de um determinado período temporal, tendo subjacente a ideia da extinção de normas jurídicas ou de diplomas legais que deixarem de ser necessários ou que o seu período útil de vida terminou. Assim, constitui um instrumento que combate à hiperactividade legislativa e ao crescimento desmesurado do Estado, permitindo extinguir com numerosas leis desnecessárias, programas políticos e departamentos governamentais capturados por interesses especiais. Neste sentido, as *sunset clauses* compreendem uma reacção ao crescimento do Estado, promovido pelo excesso de burocracia e de despesa pública.

Por outro lado, este conceito abrange igualmente uma ideia de reforço da democracia, porque tratando-se de normas jurídicas ou diplomas legais de vigência limitada no tempo garantem e obrigam a um diálogo mais frequente entre o poder executivo e legislativo. Ademais, permitem que o legislador reaja à legislação que se tornou obsoleta por via da *globalização* e da *revolução tecnológica* e, bem assim, permite que se dê início a um processo gradual de *desjuridificação* da sociedade, com vista a voltar a colocar-se no centro do sistema democrático as liberdades individuais do cidadão. Portanto, quando o Estado no processo de reapreciação das soluções anteriormente encontradas pretenda reautorizar ou renovar uma determinada legislação, fica obrigado a demonstrar a sua necessidade, por via da consagração do instituto da inversão do ónus da prova.

Deste modo, o “*sunsetting*” implica no que respeita por exemplo à legislação fiscal e, em especial, em matéria de benefícios fiscais, a vigência de normas jurídicas por um período temporal pré-determinado, garantindo a necessária segurança jurídica. Após esse período temporal, as normas jurídicas ou o diploma legal desaparecem do ordenamento jurídico. Por exemplo, nos EUA as reduções de impostos implementadas de 2001 e 2003 expiraram ao abrigo deste princípio de “*sunsetting*”.

3.1. Vantagens das *sunset clauses*

Os defensores das *sunset clauses* alegam em sua defesa que a natureza temporária das mesmas obriga o poder político e legislativo a reapreciar periodicamente a eficácia da sua legislação, bem como permitem de uma forma mais acessível o estudo quanto à existência, nesse momento, de outras soluções que melhor defendam o interesse público e que sejam mais adequadas face à evolução do mundo, promovida pela *revolução tecnológica* e pela *globalização*.

Efectivamente, a existência das *sunset clauses* garantem a adequação da

regulamentação às novas circunstâncias sociais, económicas, financeiras e tecnológicas da sociedade, que poderão ser incluídas na legislação que resultará do novo diálogo democrático promovida pela extinção da anterior legislação.

Por outro lado, entende essa linha de pensamento que a sua introdução promove o aumento da eficiência governamental do Estado e, por outro, que corresponderá a um instrumento eficaz para minimizar e controlar a actividade dos grupos de interesse e de pressão.

Em suma, a introdução deste instrumento legislativo apresenta como principais vantagens: (i) permite a superação da hiperactividade legislativa e, em alguns casos, da inércia; (ii) permite o debate futuro com melhores informações para outras opções legislativas; (iii) garante a protecção contra a influência dos grupos de pressão e de interesse; (iv) permite a criação de um espaço de experimentação, sem que o legislador fique obrigado a manter determinadas opções de forma permanente, face às dificuldades criadas pelo fenómeno da captura eleitoral.

3.2. Desvantagens das *sunset clauses*

A introdução na legislação fiscal americana das *sunset clauses* deu origem a uma linha doutrinal que a crítica. Os seus opositores alegam que estas representam um artifício legal, que é utilizado para minimizar os custos (estimados) resultantes da redução dos impostos (benefícios fiscais).

A este propósito Manoj Viswanathan⁵ defende que as *sunset clauses* não devem ser utilizadas na legislação fiscal como um instrumento destinado a contornar as restrições orçamentais ou como um meio de promulgação de legislação permanente, sob o disfarce de um prazo de caducidade, que por ser demasiado prolongado no tempo torna permanente essa legislação⁶. Refere o citado autor que a utilização das *sunset clauses* segundo a metodologia seguida pelo governo norte-americano promoveria um problema de incerteza quanto à sua existência no futuro, bem como quanto à caducidade das disposições fiscais a que estaria associada, proporcionando aos políticos (legislador) a oportunidade de extrair rendas dos lobbies. Por fim, aponta que de acordo com a referida metodologia as *sunset clauses* seriam geradoras de ineficiências para os contribuintes e para o governo, aumentando ainda mais a complexidade do sistema fiscal.

⁵ VISWANATHAN, Manoj, *Sunset Provisions in the Tax Code*, Cit.

⁶ Manoj Viswanathan refere que a “(...) *sunset provisions used in tax legislation are the product of political maneuvering designed to bypass budgetary constraints and are exploited as a means of enacting permanent legislation under the guise of an ostensible expiration date*” - VISWANATHAN, Manoj, *Sunset Provisions in the Tax Code*, Cit.

3.3. Posição adoptada

Apesar das desvantagens que a doutrina americana vem imputando às *sunset clauses*, a realidade dos países lusófonos apresenta diferenças no modelo de Estado e de governação, que permitem extrair vantagens na sua utilização, desde logo porque as mesmas permitem a criação de incentivos fiscais temporários, que iriam estimular a curto prazo o crescimento económico.

O que se defende é que esses incentivos fiscais devem ser de curta duração e, bem assim, devem ser simples de modo não aumentar significativamente a complexidade do sistema fiscal, enquanto se mantiverem no ordenamento jurídico. Igualmente deverão apresentar-se como correspondendo a um benefício difuso, isto é, não se devendo apresentar como uma vantagem exclusiva dos grupos de interesse e de pressão.

Ao contrário do que poderá suceder nos EUA, as *sunset clauses* permitem obter a desejada eficiência do Estado, ainda que devam ser utilizadas com as devidas cautelas. A utilização das *sunset clauses* nestas circunstâncias, em conjugação com a legislação fiscal, permitirá criar uma sólida política fiscal, assegurando a sua constante adaptação aos fenómenos da inovação, decorrentes da *revolução tecnológica* e da *globalização*.

Em suma, reconhecendo os riscos associados deveremos entender que existe uma inegável vantagem na sua utilização quando seja possível garantir que serão utilizadas apenas quando os seus benefícios superam os custos causados por alguma incerteza, no momento posterior à extinção da lei, e se garanta ou se minimize a susceptibilidade de captura pelos grupos de interesse.

4. As *sunset clauses* em tempos de crise económico-financeira

No início do século XXI tem-se verificado a existência de duas tendências contraditórias nos Estados de direito democrático ocidental. Por um lado, seguindo o pensamento de Karl Llewellyn - «*there is no cure for law but more law*»⁷ - verifica-se a *juridificação* (regulamentação) de quase todos os aspectos da sociedade, com o legislador a regulamentar excessivamente quase todos os pormenores da vida em sociedade. Este facto vem colocando em causa a liberdade individual dos cidadãos, enquanto pilar do Estado democrático de direito. Por outro, a crise económico-financeira trouxe agregada a si a *desjuridificação*, isto é,

⁷ KOUROUTAKIS, Antonios; RANCHORDÁS, Sofia, Temporary De-Jurification: Sunset Clauses at a time of Crisis, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2594307, em 23.03.2016

a desregulamentação ou a suspensão jurídica, através da qual múltiplas normas jurídicas e leis são suspensas na sua aplicação no ordenamento jurídico.

Neste âmbito, as *sunset clauses* vêm sendo utilizadas quer para *juridificar*, quer para *desjuridificar*, no pressuposto que as mesmas se extinguem automaticamente numa data pré-determinada. Estas regras não vêm sendo utilizadas apenas para fazer face à necessidade de em determinados momentos se adoptar medidas excepcionais e de emergência, como sucedeu com a assistência financeira às empresas e aos Estados europeus, mas igualmente para remover obstáculos processuais, de modo a permitir a tomada de decisões mais céleres. Isto, por outras palavras, significa a derrogação de diplomas legais, normas jurídicas e procedimentos.

Se, por um lado, podemos considerar um instrumento eficaz para ser utilizado em situações de emergência, em que se exija uma resposta rápida, como sucede com as questões de defesa e segurança nacional, por outro lado, não podem ser descurados os riscos associados à suspensão de direitos para além dos períodos de crise. Assim, se nos parece vantajoso a implementação daquilo que foi denominado por Tony Blair de Estado pós-burocrático, que na prática significa a *desjuridificação* do Estado, ter-se-á de acautelar os efeitos perniciosos sobre a separação de poderes e a protecção dos direitos humanos. Consequentemente, a solução passará por conciliar a diminuição da intervenção regulamentadora do Estado, por via da *desjuridificação*, como resposta às alterações económicas e sociais da sociedade, baseado num modelo de adequação flexível, mas que garanta a efectiva separação de poderes e o núcleo fundamental dos direitos individuais e sociais dos cidadãos.

5. Conclusão

Com o actual modelo de Estado e de governação tornou-se evidente o problema da hiperactividade do Estado, que num processo de *jurisdificação* pretende regular todos os aspectos da sociedade. Este comportamento vem colocando em causa o funcionamento da democracia e das liberdades individuais, em consequência da sua captura por interesses especiais. Nesse sentido, será necessário que se proceda a um processo de *desjuridificação* assente em *sunset clauses*, de modo a permitir a construção de um Estado justo, assente nos direitos individuais e na autonomia económica dos indivíduos, sempre com a salvaguarda da separação de poderes e da protecção dos direitos humanos.

Deste ponto de vista, as *sunset clauses* permitiriam obstar à existência de um Estado cada vez maior, assente em interesses especiais, pois a exigência da revisão periódica da legislação evitaria a criação de grupos de interesses focados na obtenção de benefícios permanentes. As desvantagens encontradas na expe-

riência americana não são susceptíveis de se verificarem nos países lusófonos, pois, por um lado, é sempre possível que qualquer lei seja modificada com ou sem a existência destas cláusula e, por outro, a legislação, em especial a fiscal, tem sido continuamente alvo de múltiplas alterações anuais, existindo ocasiões que é alterada várias vezes num mesmo ano, pelo que maior incerteza do que esta não existirá. Também, a sua existência em países em que os lobbies não se encontram regulamentados apresenta a vantagem de obrigarem a uma revisão e reapreciação periódica dos actos legislativos, evitando que os grupos de interesse mantenham de forma permanente uma posição de captura do Estado. Além disso, este processo fortalece a democracia por exigir um contínuo diálogo entre o poder executivo e legislativo, o qual é fundamental em face de um mundo em constante mutação, em resultado da *revolução tecnológica* e da *globalização*, em que exige flexibilidade e um debate permanente.

O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NAS INSOLVÊNCIAS TRANSFRONTEIRIÇAS

Sara Luís Dias

Docente (Assistente Convidada) no Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

1. Nota introdutória

Atendendo à crescente globalização económica e ao aumento do número de empresas e/ou particulares que mantêm relações com mais que um Estado, detendo património e atividade em vários países, importa analisar os efeitos que a declaração de insolvência destas pessoas tem no Direito interno Português, em especial as implicações no reconhecimento e graduação dos eventuais credores tributários, os quais, tendo como principal função a prossecução do interesse público pela arrecadação de receitas fundamentais à preservação e desenvolvimento do Estado Social, gozam de determinadas prerrogativas e benefícios que visam proteger o seu crédito.

Iremos analisar as disposições normativas do Regulamento Comunitário relativo ao processo de insolvência transfronteiriço e as normas de conflitos constantes no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas¹ sobre esta matéria e a sua articulação com as características especiais dos créditos tributários, a atuação destes credores públicos neste tipo de processos e os efeitos que a declaração de insolvência num outro Estado-Membro poderá implicar nos procedimentos e/ou processos de natureza tributária pendentes.

¹ Doravante CIRE.

2. Os Regulamentos Comunitários relativos aos processos de insolvência transfronteiriços

Com o intuito de harmonizar as normas relativas aos processos de insolvência de pessoas, singulares ou coletivas, que apresentem ligações com ordens jurídicas distintas ou cujo património se encontre em diferentes Estados-membros foi criado o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, que entrou em vigor em 31 de Maio de 2002. Este diploma foi, posteriormente, reformulado pelo Regulamento 2015/848 de 20 de maio de 2015, que se aplicará a partir de 26 de junho de 2017.

No entanto, e conforme se explica no Considerando 11 do Regulamento 1346/2000², este diploma comunitário não pretendeu instituir um *processo de insolvência universal*, atenta a diversidade das legislações internas sobre a matéria substantiva do Direito da Insolvência³, mas apenas determinar o foro competente e a lei aplicável aos processos de natureza falimentar que, na senda da internacionalização das relações comerciais, impliquem relações com vários Estados da União Europeia.

As regras contidas no presente Regulamento são, nos termos do disposto no artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, de aplicação direta e imediata no nosso ordenamento jurídico, prevalecendo sobre as normas de fonte interna relativas à competência internacional e ao reconhecimento de decisões estrangeiras⁴.

Determina o artigo 4.º do mencionado Regulamento (novo artigo 7.º do Regulamento 2015/848) que a lei aplicável ao processo de insolvência e aos seus efeitos é a *lex fori concursus*, ou seja a lei do Estado-Membro em cujo território é aberto o processo. Assim, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 3.º, o Estado onde se situe o *centro dos interesses principais*⁵ do devedor. Como esclarece a

² Considerando 22 no novo Regulamento.

³ Como refere BRITO, Maria Helena, *Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in “Revista THEMIS”, edição especial, 2005, p. 184: “Trata-se todavia de um domínio em que as dificuldades de unificação se têm revelado particularmente numerosas e evidentes. As legislações nacionais, influenciadas por condições sociológicas e económicas distintas, consagram, em numerosos aspetos, soluções inspiradoras em conceções muito diferentes umas das outras”.

⁴ Assim, dispõe o artigo 275.º do CIRE que as normas de conflitos aí previstas “são aplicáveis na medida em que não contrariem o estabelecido no Regulamento e em outras normas comunitárias ou constantes de tratados internacionais”.

⁵ Para uma análise mais pormenorizada sobre este conceito, vd. WAUTELET, Patrick, *Some Considerations on the center of the main interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation*, in “FACION.book”, 2007, disponível em <https://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268>

doutrina⁶, esta opção legislativa justifica-se por permitir uma fácil determinação da lei aplicável, por facilitar a administração da justiça ao submeter os aspetos processuais e substantivos do processo ao mesmo ordenamento jurídico e por promover a unidade e a coerência do processo e a igualdade dos credores⁷. Contudo, a adoção do critério *lex fori concursus* além de continuar a levantar problemas decorrentes da eventual prática do *forum shopping*⁸, permitindo a transferência do *centro dos interesses principais* para um Estado cuja lei seja mais favorável aos interesses do devedor, poderá, como veremos adiante, influir na natureza e graduação dos créditos tributários.

3. As garantias dos créditos tributários no Direito de Insolvência Português

Os créditos tributários, atenta a sua especial natureza, beneficiam, no direito português, de determinados privilégios e outras garantias especiais, que ampliam a probabilidade da sua recuperação nos processos de execução e de natureza falimentar.

Destacamos os privilégios creditórios⁹ atribuídos à Autoridade Tributária e Aduaneira, constantes nos artigos 736.º e ss do Código Civil e na legislação

/5912/1/Wautelet%20%28ICC%20Paper%20COMI %202006%29%20%28final%29.pdf, consultado em 6/03/2016.

⁶ PINHEIRO, Luís de Lima, *O Regulamento Comunitário sobre Insolvência – uma introdução*, in «Revista da Ordem dos Advogados», Ano 66, Dezembro de 2006, p. 1125 *apud* CALVO CARAVACA, CARRASCOSA, GONZÁLEZ, 2004, pp. 109 e seguintes e MünchKomm./KINDLER, 2006 IntInsR n.ºs 202 e seguintes.

⁷ A possibilidade, previstas no n.º 2 do artigo 3.º e no artigo 27.º, de abertura de um *processo secundário* num outro Estado-Membro onde se situe um estabelecimento do devedor e a aplicação da lei desse Estado ao referido processo (28.º) constitui um desvio a esta regra. Conforme explica BRITO, Maria Helena, Cit., p. 193, “*As regras de competência jurisdicional do regulamento inspiram-se portanto num princípio de “universalidade limitada” do processo de insolvência*”.

⁸ Foram introduzidas algumas alterações no novo Regulamento, cujo objetivo foi, como se conclui da leitura dos Considerandos 5 e 31, prevenir este fenómeno («seleção do foro»). Destacamos as alterações operadas no artigo 3.º, que passou a determinar que as presunções de que o centro dos interesses principais das pessoas coletivas é o local da respetiva sede estatutária e o das pessoas singulares é o local onde estas exercem a sua atividade principal não se aplicam quando estes locais não tenham sido transferidos para outro Estado-Membro nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo principal. Esta alteração normativa, apesar de demonstrar a preocupação do legislador comunitário com este fenómeno, está longe de o eliminar.

⁹ Nos termos do artigo 733.º do CC, “*privilégio creditório é a faculdade que a lei, em atenção à causa do crédito, concede a certos credores, independentemente do registo, de serem pagos com preferência a outros*”.

fiscal e ao Instituto da Segurança Social, nos termos dos artigos 204.º e 205.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social. Nos processos de insolvência, extinguem-se os privilégios creditórios gerais e especiais dos créditos sobre a insolvência de que sejam titulares o Estado, as autarquias locais e a Segurança Social, vencidos há mais de doze meses antes do início do processo de insolvência, de acordo com o previsto nas al.s a) e b) do n.º 1 do seu artigo 97.º do CIRE.

Os créditos tributários podem, ainda, nos termos do disposto no artigo 195.º do CPPT¹⁰ e 50.º da LGT¹¹, beneficiar de outras garantias como o penhor, a hipoteca ou o direito de retenção, constituídas no intuito de proteger o crédito tributário, por iniciativa da Autoridade Tributária, “quando o interesse da eficácia da cobrança o torne recomendável” (artigo 195.º, n.º 1 do CPPT) ou por iniciativa do contribuinte, conforme determinam os artigos 169.º e 199.º do CPPT, para suspender o processo de execução fiscal contra si instaurado. Também as hipotecas legais, cujo registo haja sido requerido nos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência, podem, de acordo com o previsto na al. c) do n.º 1 do supra mencionado artigo 97.º do CIRE, ser declaradas extintas.

Face ao ora exposto, concluímos que, apesar de o CIRE prever a extinção de algumas garantias, que protegem os créditos tributários¹², a Autoridade Tributária e a Segurança Social continuam a ser graduadas, nos processos de insolvência, como credoras privilegiadas e/ou garantidas, mesmo que apenas em relação a parte dos seus créditos.

4. Os créditos tributários do Estado Português nos processos de insolvência transfronteiriços

Como verificámos supra, a lei aplicável aos processos de insolvência transfronteiriços é a lei do Estado de abertura do processo, dispondo, em particular, que as regras relativas à reclamação, verificação e aprovação dos créditos (al. h) do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento) e à sua graduação (al. i) do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento) são determinadas por tal lei.

Assim, e antes de mais, confirmamos que os créditos de natureza tributária do Estado Português sobre devedores cujo processo de insolvência tenha

¹⁰ Código de Procedimento e Processo Tributário.

¹¹ Lei Geral Tributária.

¹² Sobre as razões que justificam a extinção das referidas garantias na lei falimentar, vd. DIAS, Sara Luís *O crédito tributário no processo de insolvência (Algumas considerações)*, in “Revista Fiscal”, Maio/Junho de 2013, pp. 14 e 15.

sido aberto noutro Estado-Membro deverão ser reclamados nos termos previstos na lei desse mesmo Estado¹³. Dispondo a este propósito o artigo 39.º que “Os credores que tenham residência habitual, domicílio ou sede num Estado-Membro que não o Estado de abertura do processo, incluindo as autoridades fiscais e os organismos de segurança social dos Estados-Membros, têm o direito de reclamar os seus créditos por escrito no processo de insolvência”^{14/15}. O novo Regulamento, no artigo 53.º (norma correspondente), não especifica os credores tributários, que aparecem, contudo, individualizados no conceito de «credor estrangeiro», desenvolvido no n.º 12 do artigo 2.º. Ora, a referência específica aos credores tributários parece-nos demonstrar que estes assumem, nos processos de insolvência em curso noutro Estado-Membro, a posição de simples credores, equiparados a quaisquer credores privados, que, na sua atuação processual, devem conformar-se com a lei nacional do Estado-Membro onde corre termos o processo¹⁶. Eventualmente, poderão estes credores ser informados da pendência do processo de insolvência noutro Estado-Membro, caso o órgão jurisdicional competente desse Estado conheça a existência de tais créditos (artigos 40.º do Regulamento 1346/2000 e 54.º do Regulamento 2015/848).

Ora, antes de mais coloca-se a questão de saber quem irá, em nome do credor tributário, reclamar os seus créditos. Por regra, nos processos de insolvência nacionais, esta função é desempenhada pelo Procurador do Ministério Público do Tribunal competente para julgar a ação de insolvência. No caso das insolvências transfronteiriças, uma vez que não se poderá escolher ao acaso um Procurador do Ministério Público, julgamos que deverá a AT nomear um mandatário especial para o efeito. Tal possibilidade encontra acolhimento legal nos artigos 13.º do CIRE e n.º 2 do artigo 182.º do CPPT, quando prevê que o pedido de insolvência pode ser apresentado pelo Ministério Público, entidade à qual se comunicará tal facto, sem prejuízo da possibilidade de apresentação do pedido por mandatário especial¹⁷.

¹³ A este propósito, prevê o Regulamento 2015/848, no novo artigo 24.º, que os Estados-membros devem criar um registo em que sejam publicadas as informações sobre os processos de insolvência (“Registos de insolvências”), no qual devem incluir obrigatoriamente, entre outras informações, a indicação do prazo para a reclamação de créditos (24.º, n.º 2, al. h)). Cfr., ainda, artigos 274.º e 290.º do CIRE sobre a publicidade de decisão estrangeira.

¹⁴ Também o n.º 1 do artigo 32.º do Regulamento prevê que «qualquer credor pode reclamar o respetivo crédito no processo principal e em qualquer processo secundário» (artigo 45.º do novo Regulamento).

¹⁵ Neste mesmo sentido, vd. a norma de conflitos constante no artigo 284.º do CIRE.

¹⁶ Neste sentido, FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João, *Insolvências Transfronteiriças – Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho – Anotado*, Coimbra, Almedina, 2003, pp.127 e 128.

¹⁷ A este propósito, refere SOUSA, Jorge Lopes de, *Código de Procedimento e de Processo Tributário*, vol. III, 6.ª ed., Lisboa, Áreas Editora, 2011, p. 334, que a possibilidade da Fazenda Pública utilizar

Quanto ao conteúdo da reclamação, deverá o mandatário nomeado para o efeito cumprir o disposto no artigo 41.º do Regulamento. Para tal, poderão as certidões de dívida geralmente disponibilizadas para o efeito pela Autoridade Tributária, nos termos do n.º 1 do artigo 181.º do CPPT, ser insuficientes, pois, estando, geralmente, organizadas por processos de execução fiscal, não contêm, muitas vezes, os elementos relativos aos privilégios creditórios ou outras garantias eventualmente existentes ou a individualização dos juros. Informações que, nos termos da referida disposição legal, devem ser referidas, sendo que a sua omissão poderá implicar a rejeição da reclamação.

Os créditos tributários reclamados no processo de insolvência transfronteiriços serão – como vimos –, posteriormente, reconhecidos e graduados de acordo com a lei do Estado de abertura do processo. Ora, tal poderá implicar que os créditos tributários que, ao abrigo da lei portuguesa, beneficiam de determinados privilégios, como os supra descritos, sejam reconhecidos e graduados como créditos comuns nos termos da lei do Estado onde corre termos o processo de insolvência.

Só assim não será no caso de os credores tributários beneficiarem de algum direito real – como o penhor ou a hipoteca – já que o Regulamento atualmente em vigor prevê, no seu artigo 5.º (artigo 8.º do novo Regulamento), que a “*abertura do processo de insolvência não afeta os direitos reais de credores ou de terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, (...) pertencentes ao devedor e que, no momento da abertura do processo, se encontrem no território de outro Estado-Membro*”¹⁸. Apesar do conceito de direito real ser, nos termos da referida disposição legal, mais abrangente que a adotada pelo direito português, abrangendo, por exemplo, bens incorpóreos¹⁹, não incluiu os privilégios creditórios de que beneficiam os credores tributários, pelo que poderão os mesmos ser desconsiderados nos termos da lei do Estado onde tem lugar a abertura do processo.

Casualmente, se o devedor possuir um estabelecimento num outro Estado-Membro, poder-se-á abrir, nesse Estado, um *processo de insolvência secundário*, cujos efeitos são limitados aos bens do devedor que se encontrem nesse território (artigos 3.º, n.º 2 e 27.º do Regulamento 1346/2000 e artigos 3.º, n.º 2

mandatário especial parece inconstitucional, por violar as competências do Ministério Público, matéria que se incluiu na reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República.

¹⁸ Como refere VICENTE, Dário Moura, *Insolvência internacional: direito aplicável*, in “Revista O DIREITO”, ano 138.º, 2006 IV, p. 806, “*Trata-se de uma disposição fundamental do Regulamento, dada a imprescindibilidade das garantias reais à concessão do crédito e, de um modo geral, à mobilização de recursos financeiros para fins socialmente úteis*”.

¹⁹ Cfr. PINHEIRO, Luís de Lima, Cit., p. 1129.

e 37.º do novo Regulamento), sendo-lhe aplicável a lei desse Estado-Membro²⁰. Nos termos do disposto na al. b) do artigo 29.º (al. b) do n.º 1 do artigo 37.º do novo Regulamento), a abertura do *processo secundário* de insolvência pode ser requerida por qualquer pessoa habilitada a fazê-lo nos termos da lei do Estado-Membro em cujo território seja requerida a abertura do processo secundário de insolvência. Assim, poderá a Autoridade Tributária ou a Segurança Social, quando tal seja possível ao abrigo das normas supra mencionadas, requerer a abertura de um *processo secundário*, o que poderá permitir a manutenção de alguns privilégios no reconhecimento e graduação dos seus créditos. O artigo 36.º do Regulamento 2015/848 prevê a possibilidade de o Administrador de Insolvência do processo principal “*dar, a respeito dos bens situados no Estado-Membro em que o processo secundário de insolvência possa ser aberto, uma garantia unilateral de que, ao distribuir os bens ou as receitas provenientes da sua liquidação, respeitará os direitos de distribuição e os privilégios creditórios consignados na lei nacional que assistiriam aos credores se o processo secundário de insolvência fosse aberto nesse Estado-Membro*”, evitando assim a abertura do *processo secundário*²¹.

5. Efeitos da declaração de insolvência num outro Estado-Membro sobre os procedimentos/processos tributários em curso no Estado Português

Relativamente aos procedimentos e/ou processos de natureza tributária que, à data da declaração de insolvência do devedor noutra Estado-Membro, se encontrem pendentes, questionamos se lhes será aplicável o disposto no artigo 15.º do Regulamento, o qual determina que “*os efeitos do processo de insolvência numa acção pendente relativa a um bem ou um direito de cuja administração ou disposição o devedor está inibido regem-se exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que a referida acção se encontra pendente*”^{22/23/24}.

²⁰ Neste sentido, dispõe também o artigo 296.º do CIRE.

²¹ Prevê o n.º 2 do artigo 36.º do Regulamento 2015/848 que se tiver sido dada uma garantia nos termos do presente artigo, a lei aplicável à distribuição das receitas provenientes da liquidação e à graduação dos créditos é a lei do Estado-Membro em que o processo secundário de insolvência poderia ter sido aberto.

²² Esta disposição está em consonância com o previsto na al. f) do n.º 2 do artigo 4.º (al. f) do n.º 2 do artigo 7.º do novo Regulamento.

²³ O artigo 18.º do novo Regulamento praticamente transcreveu esta norma, aditando apenas os processos de arbitragem.

²⁴ No mesmo sentido, dispõe o artigo 285.º do CIRE.

Propugna a doutrina que devem ficar excluídas do âmbito de aplicação deste preceito as ações em que estejam em causa interesses extrapatrimoniais ou aquelas que, conquanto de natureza exclusivamente patrimonial, apenas impliquem consequências de carácter geral, que não determinam a afetação de bens ou direitos especificamente determinados²⁵. Ora, as reclamações graciosas e recursos hierárquicos ou as impugnações e reclamações judiciais de cariz tributário, apesar de terem um conteúdo iminente patrimonial, podem não implicar a afetação concreta de um bem ou direito do devedor. Tal apenas poderá suceder no caso das execuções fiscais, em que esteja penhorado um bem determinado ou o Executado tenha prestado uma garantia (por exemplo, um penhor ou uma hipoteca) para suspensão do processo²⁶. Assim, e quanto a estas ações, é com base na lei processual portuguesa que se determinará se, por força da declaração de insolvência de uma das partes, o processo deve ou não ser suspenso, qual a forma como deve prosseguir e se deverá o ser o Administrador de Insolvência a assumir representação do devedor.

Interrogamos, contudo, se esta norma não deveria ser objeto de uma interpretação extensiva, incluindo, também, os procedimentos e/ou processos de natureza tributária, que mesmo não incidindo diretamente sobre um bem pertencente ao insolvente, sempre irão influir no seu património, podendo confirmar a existência de uma eventual dívida de natureza tributária que irá onerar os bens do devedor. Há uma íntima ligação destas ações ao regime processual do Estado-Membro em que as mesmas se encontram pendentes e parece-nos que é exatamente esta vinculação que a exceção contida no referido artigo 15.º visa acautelar. Parece-nos, pois, questionável, atendendo à natureza especial destas ações, sujeitar à lei aplicável no Estado-Membro de abertura do processo de insolvência – *lex fori concursus* – o destino dos procedimentos e/ou processos tributários, incluindo as execuções fiscais nas quais nenhum bem se encontre penhorado ou tenha sido dado como garantia. Na verdade, estas ações, não afetando diretamente o património do devedor, em nada interferirão com a natureza universal do processo de insolvência.

No entanto, quando seja a lei portuguesa a determinar os efeitos da declaração de insolvência sobre as referidas ações, a solução, como já vimos noutra sede²⁷, nem sempre será imediata e consensual, pois o CIRE e as leis tributárias

²⁵ Vd., por todos, FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João, Cit., p.69, que entendem, por exemplo, que uma “*acção onde se peça a condenação do insolvente numa indemnização a favor do autor ou em que se vise exercer, por via coactiva, o direito decorrente de uma subscrição cambiária*” será resolvida pelo recurso à *lex concursus*.

²⁶ Nos termos do disposto no artigo 169.º do CPPT, o Executado pode suspender a execução fiscal até que seja proferida decisão no procedimento ou processo tributário quando constitua garantia nos termos do disposto nos artigos 195.º ou 199.º do mesmo diploma.

²⁷ DIAS, Sara Luís, *Efeitos da declaração de insolvência nos procedimentos e processos tributários*, in

não estão em total harmonia na previsão dos efeitos que a declaração de insolvência do devedor provoca nos procedimentos e processos de natureza tributária pendentes. Refira-se, por exemplo, que enquanto o CIRE prevê, no seu artigo 88.º, que com a declaração de insolvência se suspendem automaticamente os processos de execução fiscal instaurados contra o insolvente, o n.º 6 do seu artigo 180.º do CPPT determina que os processos de execução fiscal relativos a créditos vencidos após a declaração de insolvência não serão sustados nem apensados ao processo de insolvência, podendo seguir os seus normais termos até à extinção da execução, entendendo a AT – ao contrário do que temos vindo a defender²⁸ – que pode instaurar e prosseguir livremente – apesar da declaração de insolvência do devedor – com todas as execuções fiscais referentes a créditos tributários não vencidos (ou seja, aqueles cujo prazo de pagamento voluntário, na data da declaração de insolvência, ainda não terminou).

6. Conclusões

Nesta pequena resenha analisámos algumas das consequências que as disposições normativas de cariz comunitário sobre a insolvência, de aplicabilidade direta na ordem interna, implicam para os créditos tributários, sabendo de antemão que muitos são já os problemas na articulação das disposições do CIRE e das normas tributárias que estão longe se encontrar harmonizadas, suscitando várias questões na doutrina e na jurisprudência.

Concluimos que os credores tributários devem, como qualquer outro credor, reclamar os seus créditos nos termos previstos na lei do Estado onde o processo de insolvência for aberto, podendo nomear um mandatário especial para o efeito. Estes créditos serão reconhecidos e graduados de acordo com a *lex fori concursus*, podendo tal implicar a desconsideração dos privilégios creditórios atribuídos de acordo com a lei portuguesa. Manter-se-ão, apenas, as eventuais garantias gerais de que disponham, o que implicará o seu reconhecimento como créditos garantidos. A eventual interposição de um *processo secundário* de insolvência em Portugal, ao prever a aplicação da lei portuguesa, permitirá o reconhecimento de alguns privilégios creditórios.

Verificamos, ainda que interpretando literalmente o disposto no artigo 15.º do Regulamento, concluimos que apenas os processos de execução fiscal,

“Conferências TributariUM 2014”, publicação em curso.

²⁸ Para maiores desenvolvimentos, vd., ainda, DIAS, Sara Luís, *O crédito tributário e as obrigações fiscais no processo de insolvência*, Abril de 2012, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/21395/4/Sara%20Lu%20C3%ADs%20da%20Silva%20Veiga%20Dias.pdf>.

em que se encontrem penhorados e/ou dados como garantia bens do devedor, estarão sujeitos à aplicação da lei portuguesa no que toca aos efeitos que a declaração de insolvência provoca em tais processos. Eventualmente seria de efetuar uma interpretação extensiva da referida norma, aí incluindo, também, os procedimentos e/ou processos de natureza tributária, que sempre irão influir no património do devedor, existindo uma íntima ligação destas ações ao regime processual português. Contudo, a aplicação da lei portuguesa na determinação destes efeitos poderá levantar outros problemas, dada a difícil articulação das disposições tributárias com o CIRE.

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INESPECÍFICOS¹ DOS TRABALHADORES

Teresa Coelho Moreira

Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

1. O Direito do trabalho surgiu como um ramo do direito que pretendia proteger os trabalhadores perante os arbítrios do empregador, sendo que a história laboral do direito é, em boa medida, a dos limites aos poderes dos empregadores com o fim de proteger socialmente os trabalhadores. A sua autonomização alicerça-se na tentativa de superar as insuficiências da aplicação do direito civil às relações contratuais laborais onde a igualdade das partes era meramente formal. E se, inicialmente, a resposta passou pela consagração de determinados direitos coletivos, *maxime*, a liberdade sindical, ligada à ideia da despersonalização que acompanhou o trabalho na revolução industrial, rapidamente se começou a entender que os direitos dos trabalhadores poderiam ser ameaçados através de outras formas e meios, nomeadamente através da violação dos direitos de que era titular enquanto pessoa. Surge, assim, uma outra categoria de direitos, os direitos laborais *inespecíficos*², que, não tendo uma direta dimensão laboral, são inerentes a toda a pessoa e cujo reconhecimento e exercício se podem produzir tanto no desenvolvimento estritamente privado do indivíduo como no âmbito de uma relação laboral.

¹ Terminología utilizada por PALOMEQUE LÓPEZ, CARLOS, in *Los derechos laborales en la Constitución Española*, "Cuadernos y Debates", n.º 28, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

² Terminología utilizada por PALOMEQUE LÓPEZ, CARLOS, in *Los derechos...*Cit.

2. A relação laboral assenta, como é comumente aceite, na ideia de que as partes envolvidas não se encontram em pé de igualdade, apresentando-se o empregador como a parte contratual mais forte, dotada de um poder de conformação da prestação a que o trabalhador está submetido. Este, quando celebra um contrato de trabalho, aliena uma parte da sua autonomia e da sua liberdade, ficando colocado numa situação de dependência perante o empregador, que não se configura somente na ótica jurídica mas também, quase sempre, na perspectiva económica, o que conduz à ideia defendida de que “com independência do que possam dizer os economistas, o trabalho não é uma mercadoria mas sim uma emanção da natureza humana, íntima e indissociavelmente unida a esta. O trabalhador não vende uma suposta energia laboral, separável da sua pessoa, antes, compromete na prestação laboral a sua própria pessoa”³.

3. A posição de sujeição e subordinação do trabalhador no âmbito da organização e direção do empregador conduz a que os seus direitos fundamentais sejam mais vulneráveis do que nas demais relações jurídicas privadas. Por outro lado, a sua inserção na organização empresarial comporta, inevitavelmente, uma restrição à liberdade e exercício de alguns desses direitos. Sem esta compressão e harmonização a vida na organização não seria possível. A questão fulcral que se coloca é a da medida dessa compressão e se esta é variável consoante o posto de trabalho que o trabalhador ocupa e com a empresa em causa, tendo sempre em atenção que a restrição ou o condicionamento do exercício dos direitos fundamentais só pode fazer-se na medida do indispensável e imprescindível. E pergunta-se: não será de atribuir ao Direito do trabalho o papel de conciliar a garantia de funcionamento eficiente da atividade económica empresarial com a proteção adequada dos direitos e interesses dos trabalhadores, tanto no que concerne às suas expectativas estritamente profissionais como em relação à necessária manutenção da sua vida privada?

4. Tendo em atenção as profundas alterações que se sucederam na sociedade, em relação ao modelo de produção *fordista*, o aparecimento de novas formas de trabalho, o crescente desenvolvimento económico, científico e tecnológico, com repercussões no Direito do trabalho, e com a crescente informatização da sociedade, surgem novas questões a que o Direito do trabalho precisa de responder, principalmente as conexas com a privacidade dos trabalhadores. Ao modelo de trabalho de Taylor, estandardizado, dos inícios do século XX, assente na ideia de subordinação, sucedeu um novo tipo de relações baseadas na ideia contrária, a da autonomia.

³ MONTOYA MELGAR, ANTONIO, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 9.

5. O trabalhador, quando celebra um contrato de trabalho, embora fique adstrito à realização de uma prestação e tenha determinadas compressões ao exercício dos seus direitos fundamentais, não deixa de os deter, assim como daqueles que são inerentes à sua condição de cidadão. O contrato de trabalho não pode ser, de forma alguma, incompatível com a manutenção e o gozo dos direitos fundamentais de que o cidadão/trabalhador é titular. Este não pode nem deve ser portador de uma *capitis diminutio* quanto a esses direitos pelo mero facto de *optar* por um determinado posto de trabalho. Continua a ser um cidadão, antes, durante e depois do contrato de trabalho, não podendo a empresa ser *impermeável* aos direitos fundamentais. No local de trabalho, quer trabalhadores, quer empregadores continuam a conservar os seus direitos fundamentais, tutelados constitucionalmente, mas necessariamente modelados e ajustados no seu exercício.

A relação laboral não priva assim as partes desses direitos, reconhecidos a todas as pessoas, havendo, porém, que efetivar a sua adequada ponderação. Tendo em atenção que, quer a reserva sobre a intimidade da vida privada, quer a iniciativa privada e a liberdade de empresa estão previstas constitucionalmente, como conciliar estes direitos, principalmente se atendermos que a dignidade da pessoa humana é o valor base do ordenamento jurídico português e que a autonomia privada tem nesta um limite? Se se tiver em atenção que o trabalhador passa grande parte da sua vida a trabalhar por conta alheia para poder fazer face às suas necessidades, nota-se a grande importância que assume a incidência dos direitos fundamentais na empresa, ou no âmbito das relações laborais em geral, e o relevo que o tema assume, não sendo raras as situações em que os direitos fundamentais dos trabalhadores entram ou podem entrar em colisão com os direitos do empregador.

6. Atualmente, a constitucionalização dos direitos sociais e económicos é uma realidade presente e generalizada nas constituições da maioria dos países ocidentais. Assim, a nossa Constituição prevê, especificamente, um conjunto de normas e princípios laborais, a maioria dos quais se encontra na parte respeitante aos direitos fundamentais. Corresponde assim, a Constituição portuguesa, ao típico Estado social de Direito⁴ e nas palavras de Gomes Canotilho⁵, “A Consti-

⁴ Para MARTINEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 49, em teoria, a Constituição portuguesa constitui um dos paradigmas contemporâneos do constitucionalismo social, em particular no que concerne aos direitos sociais, na medida em que contém um extenso catálogo deste tipo de direitos, assim como a possibilidade do Estado intervir na economia.

⁵ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 1993, p. 476, e *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 344-345.

tuição erigiu o «trabalho», os «direitos dos trabalhadores» e a «intervenção democrática dos trabalhadores» em elemento constitutivo da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia económica e social»^{6/7}.

7. Para além destes direitos, que têm a sua origem ou a sua razão de ser especificamente no âmbito das relações laborais, há outros direitos constitucionais que não são especificamente laborais mas que podem ser exercidos pelos sujeitos das relações laborais, adquirindo um conteúdo ou dimensão laboral⁸. É outro aspeto da constitucionalização do Direito do trabalho e que se refere ao trabalhador como cidadão e aos direitos de cidadania como marco do contrato de trabalho⁹. Se a primeira fase da constitucionalização do Direito do trabalho correspondeu, fundamentalmente, à consagração dos denominados direitos fundamentais “específicos” dos trabalhadores, atualmente assiste-se à chamada “cidadania na empresa”, ou seja, à consagração dos direitos fundamentais não

⁶ ABRANTES, JOSÉ JOÃO, concorda com este autor em “O Direito do Trabalho e a Constituição”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 1992, p. 63, quando defende que “a base antropológica da Constituição de 1976 é, sem sombra de dúvidas, o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador”.

⁷ MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 7, menciona que a «Constituição Laboral» significa que desta consta um conjunto significativo de normas de Direito laboral – “Da Constituição constam direitos fundamentais dos trabalhadores, que visam assegurar condições de vida dignas, sendo, em grande parte, direitos sociais, apesar de também constarem direitos de participação e liberdades”.

⁸ Para ALONSO OLEA, ALONSO, *apud* MOLINA, MARIA DOLORES, *La lesión del derecho a la libertad de información (comentario a la STC 197/1998, de 13 de Octubre)*, in “Documentación Laboral”, n.º 57, III, 1998, p. 219, há uma “vertente laboral de virtualmente todos os direitos fundamentais”, o que demonstra a existência de um “Direito constitucional do trabalho”.

⁹ Na opinião de PEDRAJAS MORENO, *Despido y derechos fundamentales – estudio especial de la presunción de inocencia*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 12, deve distinguir-se entre direitos fundamentais cuja finalidade típica se produz no seio de uma relação de trabalho – os direitos laborais – e os direitos que são inerentes a toda a pessoa e cujo reconhecimento e exercício se pode produzir tanto no desenvolvimento estritamente privado do indivíduo, como quando este se insere numa relação laboral. São direitos inseparáveis da pessoa, pelo que o “indivíduo-cidadão” leva-os sempre consigo, podendo exercitá-los ou reclamar o seu respeito em qualquer momento e ocasião, incluindo, desde logo, durante o desenvolvimento de uma relação de trabalho. Quanto a estes são os que o trabalhador detinha, pela sua condição de pessoa, antes de constituir-se a relação laboral e que continuará a ter durante esta: o direito à vida, à integridade física e moral, à imagem, à liberdade religiosa e ideológica, à honra, à intimidade. Estes direitos constituem direitos inerentes à condição de pessoa, com independência de que seja ou não trabalhador. O grande problema, conforme o autor faz notar, é o de garantir a efetividade destes direitos “inespecíficos” dentro de uma relação laboral e em relação ao trabalhador. Ver também do mesmo autor, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio*, in “AL”, n.º 4, 2000, pp. 53-54.

especificamente laborais¹⁰. Nas palavras de Palomeque López¹¹ produz-se assim uma “impregnação laboral” de direitos de titularidade geral ou *inespecífica* pelo facto de serem utilizados por trabalhadores (ou empregadores, embora com menos frequência) no âmbito de um contrato de trabalho. “São direitos atribuídos com carácter geral aos cidadãos, que são exercitados no seio de uma relação jurídica laboral por cidadãos, que, ao mesmo tempo, são trabalhadores”. Estes direitos convertem-se, assim, em verdadeiros direitos laborais. São direitos do “cidadão-trabalhador que os exercita enquanto trabalhador-cidadão”. O autor referido designa-os por direitos laborais *inespecíficos*, classificação que se subscreve porque o facto de uma pessoa ser trabalhador não implica, de modo algum, a privação dos direitos que a Constituição lhe confere como cidadão e como pessoa^{12/13}. No mesmo sentido José João Abrantes¹⁴ quando defende que os trabalhadores, para além dos direitos que têm enquanto tais, gozam dos direitos pessoais e de participação política que a todos os outros cidadãos são reconhecidos¹⁵. Nos di-

¹⁰ ABRANTES, JOSÉ JOÃO, “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais - Breves reflexões”, in *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 1999, p. 107. Também RAMALHO, M.^a DO ROSÁRIO PALMA, “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 401-402, refere a relevância dos direitos fundamentais que se referem “ao trabalhador enquanto pessoa”. Obviamente para os trabalhadores do séc. XIX a questão da “cidadania” na empresa não se colocava pois as jornadas de trabalho eram muito extensas e as condições de vida eram bastante precárias o que conduzia a que não restasse tempo para a vida extraprofissional.

¹¹ PALOMEQUE LÓPEZ, CARLOS, in *Los derechos...*Cit., p. 31.

¹² Questão diferente é uma eventual limitação ao exercício destes direitos pela celebração do contrato de trabalho.

¹³ Elucidativa é a sentença do Tribunal Constitucional espanhol de 1985, sentença 88/1985, onde se defende que: “a celebração de um contrato de trabalho não implica de modo algum a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão”.

¹⁴ “O Direito do Trabalho e a Constituição”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, AAFDL Lisboa, 1992., p. 64.

¹⁵ Conforme defende ROJAS RIVERO, GLORIA, *La libertad de expresión del trabajador*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, p. 13, os trabalhadores, enquanto cidadãos, não deixam de o ser quando entram na organização empresarial, tendo pleno direito a exercer os seus direitos fundamentais. Mas pelo facto de celebrarem um contrato de trabalho e estarem numa situação de subordinação jurídica submetendo-se ao poder diretivo do empregador, os trabalhadores podem ter alguns problemas quanto ao exercício de uma série de direitos que, por não serem especificamente laborais, correm o risco de serem ignorados na organização empresarial. Da mesma opinião é VALDÉS DAL-RE, FERNANDO, *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, in “RL”, 1990, n.º 8, p. 11, pois refere que há direitos que têm a sua vertente laboral na medida em que podem emergir ou ocorrer em conexão com as relações individuais e coletivas de trabalho, sendo que são estes os mais expostos numa ordem jurídica democrática a ações empresariais lesivas, derivadas de maneira crescente do progresso tecnológico. Ver ainda ROMÁN, MARIA DOLORES, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, p. 319, que menciona o facto de quando as partes celebram um contrato de trabalho já são titulares de outros direitos que são reconhecidos por normas alheias à relação laboral, sobretudo aqueles

reitos *laborais inespecíficos* sobressaem o direito à igualdade e o direito à não discriminação – art. 13º -, o direito à intimidade pessoal – art. 26º-, o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência – art. 34.º-, o direito à utilização da informática – art. 35.º -, e o direito à liberdade de consciência, de religião e de culto – art. 41º.

8. Na relação de trabalho está-se perante uma relação desequilibrada e desigual, onde o exercício do poder de controlo do empregador constitui uma ameaça real para a afirmação dos direitos fundamentais do trabalhador e, sobretudo, para aqueles que o trabalhador tem enquanto pessoa ou como cidadão, que são os mais expostos a atuações empresariais lesivas.

Este reconhecimento de um poder privado que o empregador exerce sobre o trabalhador pressupõe a existência de limites e de restrições que não coloquem em causa os seus direitos fundamentais. Trata-se da necessidade de encontrar os “*limites dos limites*”¹⁶, a “*esfera de intangibilidade*”¹⁷ do trabalhador que significa aquele conjunto de direitos invioláveis que não podem ser comprimidos nem anulados pelo facto de o trabalhador trabalhar numa organização alheia, impedindo o empregador de “penetrar nesse círculo isento”, e de ferir a dignidade dos trabalhadores, tendo em atenção que a inserção numa relação de trabalho pode impedir o exercício de determinados direitos democráticos¹⁸.

Importa assim atender-se na aplicação destes direitos ao artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Na verdade, a compressão dos direitos *inespecíficos* deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos segundo critérios de proporcionalidade e adequação, o que significa que só podem ceder se, à luz destes critérios, os benefícios que os empregadores puderem retirar dessa compressão forem superiores aos prejuízos daí decorrentes para o trabalhador¹⁹.

que como pessoas e como cidadãos ostentam por via constitucional. Estes direitos, inerentes às pessoas, não ficam do “lado de fora da empresa”, sendo que podem ser exercidos no seio desta.

¹⁶ REY GUANTER, SALVADOR DEL, *Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*, in “RL”, I, 1995, p. 190, que traduz a expressão alemã *Schrankenschränken*.

¹⁷ GIL Y GIL, *La esfera de intangibilidad del trabajador*, in “TS”, n.º 47, 1994, p. 24.

¹⁸ Como refere BAYLOS GRAU, ANTONIO, *Derecho del Trabajo modelo para armar*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, p. 98, “não há “continuidade” entre a cidadania externa na empresa e dentro dela; parece mais que ambas respondem a lógicas antitéticas, pois os direitos fundamentais reconhecidos “fora” da empresa são de difícil aplicação na relação de trabalho”.

¹⁹ Foi à luz deste juízo de proporcionalidade que foi julgado desproporcionado pelo STJ, no acórdão de 8 de Fevereiro de 2006, in www.dgsi.pt, um sistema de videovigilância instalado por uma empresa farmacêutica.

Desta forma, a possível conflitualidade entre interesses do empregador e dos trabalhadores coloca novamente a atenção sobre os limites e condições de exercício deste poder de controlo e, particularmente, sobre o papel que é desempenhado pelos direitos fundamentais dos trabalhadores²⁰, que contrastam com este poder do empregador, ainda que os mesmos possam sofrer algumas modalidades no seu exercício em virtude da inserção do trabalhador na empresa.

Sendo assim, a preocupação essencial do Direito do trabalho deve ser a da tutela dos direitos *inespecíficos* no âmbito da relação de trabalho, assegurando que os direitos do trabalhador não serão sujeitos, *inter alia*, a formas de controlo contrárias à sua dignidade, ou à sua privacidade, à defesa da sua liberdade de expressão ou à sua liberdade ideológica.

²⁰ Defende-se, na esteira de RIVERO LAMAS, JUAN, “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, in *El Trabajo y la Constitución – Estudios en homenaje al Professor Alonso Olea*, (coord. MONTOYA MELGAR), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 491, que o Direito do trabalho tem sido o ramo de Direito que se mostrou mais sensível para possibilitar e potenciar a receção dos direitos fundamentais e dar início a “*um novo processo de personalização das relações laborais que está a supor, sem dúvida, uma verdadeira reconfiguração estrutural do contrato de trabalho*”.

