

# O DIREITO

Ano 153.º (2021), IV

*Diretor*

JORGE MIRANDA

# O DIREITO

Ano 153.º (2021), IV

Diretor: JORGE MIRANDA

## *Fundadores*

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

## *Antigos Diretores*

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

## *Diretor*

Jorge Miranda

## *Diretores-Adjuntos*

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Maria João Galvão Teles

## Estatuto Editorial

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/o-direito/243/248/1/12>

Propriedade: Instituto de Direito Privado – IDP e Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa

NIPC 513319425/506512495

Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

3000-167 Coimbra – Portugal

[editora@almedina.net](mailto:editora@almedina.net)

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 120 exemplares

Assinatura anual € 70,00 (12,5% de desconto sobre o total dos números avulsos)

Número avulso € 20,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS – Digital Printing Services, Lda.

MLP – Quinta do Grajal

Venda Seca, 2739-511 Agualva Cacém

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

## ÍNDICE

### DOCTRINA

JORGE MIRANDA

*A propósito da dissolução da Assembleia da República. Breves apontamentos . . . . .* 643

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

*A ilicitude e a fraude à lei nos negócios jurídicos. . . . .* 659

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS

*Direito Real de Habitação Periódica: do bem de consumo à realidade . . . . .* 675

JOÃO TORNADA

*Suspensões e restrições à liberdade de religião e de culto no contexto da Covid-19 . . . . .* 691

ARTUR MILER / AMÉRICO AFONSO

*Sigilo profissional em medicina dentária e os desafios éticos do e-health: revisão narrativa* 709

HIDEMBERG ALVES DA FROTA

*Recuperar o espaço público e proteger os direitos fundamentais dos comerciantes informais: balizas da Corte Constitucional da Colômbia (2010-2017) . . . . .* 719

RICARDO JOÃO DA SILVA MARCOS

*O Tribunal Penal Internacional e a Constituição da República Portuguesa. Breves considerações sobre a conformidade constitucional. . . . .* 749

INÊS FREIRE DOS SANTOS

*As responsabilidades parentais e a Igualdade de Género em tempos de pandemia: o caso das mulheres profissionais de saúde . . . . .* 761

### JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

TERESA SOUSA NUNES

*Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 424/2020 de 31 de julho de 2020* 787

Índice do ano 153.º (2021) . . . . . 813

### POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de publicação . . . . . 819



# DOCTRINA



# *A propósito da dissolução da Assembleia da República*

## *Breves apontamentos*

JORGE MIRANDA\*

### I

1. Os órgãos políticos do Estado – Presidente da República, Assembleia da República, Governo – podem passar por diferentes vicissitudes ou factos ou situações que afetam os respetivos titulares e com implicações, maiores ou menores, no exercício das suas competências.

Implicações nos titulares dos órgãos, não na subsistência dos órgãos porque, mesmo quando, no limite, sem titulares, eles continuam a existir por força da Constituição. Só se esta cessasse de vigorar é que os órgãos por ela instituídos deixariam de existir.

Os órgãos são centros autónomos institucionalizados de formação de vontade do Estado ou de outra pessoa coletiva, instituições que perduram para além do titular ou dos titulares que se vão sucedendo ao longo do tempo<sup>1</sup>.

2. Vicissitudes que afetam o Presidente da República:

- Ausência do território nacional (artigo 129.º da Constituição);
- Renúncia ao mandato (artigo 131.º);
- Sujeição a processo perante o Supremo Tribunal de Justiça por crimes praticados no exercício das suas funções (artigo 130.º);

\* Professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

<sup>1</sup> V., por todos, *Curso de Direito Constitucional*, I, 2.ª ed., Lisboa, 2018, págs. 214 e segs., e Autores citados.

- Impedimento temporário, seja por sujeição a processo por responsabilidade criminal, seja por doença.

3. As vicissitudes da Assembleia da República podem afetar a totalidade dos seus membros ou apenas algum ou alguns dos Deputados.

a) Vicissitudes que afetam todos os Deputados:

- Suspensão da sessão legislativa, por maioria de dois terços dos Deputados presentes (artigo 174.º, n.º 2, 2.ª parte);
- Dissolução (artigo 172.º);
- Convocação da Assembleia, estando dissolvida, pela sua Comissão Permanente, para efeito de autorização ao Presidente da República para declarar o estado de sítio ou o estado de emergência, declarar a guerra ou fazer a paz (artigo 179.º, n.º 4).

b) Vicissitudes que afetam Deputados individualmente:

- Perda de mandato, por virem a ser feridos por alguma das incapacidades ou incompatibilidades previstas na lei [artigo 160.º, alínea a)];
- Perda de mandato por não tomarem assento na Assembleia ou por excederem o número de faltas estabelecido no Regimento [artigo 160.º, n.º 1, alínea b)];
- Perda de mandato, por se inscreverem em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados ao sufrágio [artigo 160.º, n.º 1, alínea c)];
- Como o mandato dos Deputados só cessa quando da primeira reunião da Assembleia após eleições (artigo 153.º, n.º 1), perda de mandato – por identidade de razão – do Deputado, que se apresente a essas eleições por partido diverso daquele pelo qual se tiver apresentado a sufrágio;
- Sujeição, com autorização da Assembleia, à qualidade de declarante ou de arguido em processo criminal (artigo 1578.º, n.º 2);
- Ser detido ou preso, com autorização da Assembleia, em caso de crime doloso a que corresponda uma pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos (artigo 157.º, n.º 3);
- Suspensão do mandato deliberada pela Assembleia, quando o Deputado seja acusado definitivamente de um crime desse tipo (artigo 157.º, n.º 4);
- Renúncia ao mandato (artigo 160.º, n.º 2);
- Saída do Grupo Parlamentar correspondente ao Grupo Parlamentar por que o Deputado tenha sido eleito ou, eventualmente, reintegração nele, mas nunca integração noutra grupo parlamentar, por isso implicar mudança de partido.

c) Vicissitudes de grupos parlamentares:

- Constituição em grupo parlamentar pelos Deputados eleitos por cada partido ou coligação de partidos (artigo 180.º, n.º 1);
- Ao invés, dissolução de grupo parlamentar.

4. A dissolução da Assembleia da República, até pela sua atualidade, justifica considerações em especial e necessariamente mais longas<sup>2</sup>.

Mas, para serem compreendidas, importa lembrar, em síntese, os conceitos de forma de Estado, de forma de governo e de sistema de governo.

## II

5. Formas de Estado não equivalem a tipos históricos de Estado, tal como, desde Jellinek, eles são enumerados (Estado oriental, Estado grego, Estado romano, Estado medieval ou pretense Estado medieval e Estado moderno)<sup>3</sup>.

Os tipos históricos de Estado são formas de organização política correspondentes a concepções gerais sobre o Estado enquanto sociedade política ao lado de quaisquer outras sociedades humanas e, doutros prismas, a formas de civilização e a estádios históricos determinados. Já as formas de Estado apenas têm que ver com as concepções e os quadros de relacionamento entre poder, por uma parte, e comunidade política (bem como território), por outra parte.

O conceito de formas de Estado só se torna verdadeiramente operacional no interior de um mesmo tipo histórico de Estado. Em rigor, só interessa distinguir Estado unitário e Estado federal no âmbito do Estado moderno de tipo europeu e, especialmente a partir do despontar do constitucionalismo.

6. Formas de Estado não se confundem com formas de governo e com sistemas de governo.

Forma de Estado é o modo de o Estado dispor o seu poder em face de outros poderes de igual natureza (em termos de coordenação e subordinação) e quanto ao povo e ao território (que ficam sujeitos a um ou a mais de um poder político). Forma de governo é a forma de uma comunidade política organizar o seu poder ou estabelecer a diferenciação entre governantes e governados

<sup>2</sup> Cfr., por exemplo, B. S. MARKESINIS, *The Theory and Practice of Dissolution of Parliament*, Cambridge, 1972; MAURO VOLPI, *Lo scioglimento anticipato del Parlamento e la classificazione dei regimi contemporanei*, Rimini, 1983; PIERRE LAUVAUX, *La dissolution des assemblées parlementaires*, Paris, 1983.

<sup>3</sup> V. *Manual de Direito constitucional*, I, 1, 10.ª ed., Coimbra, 2014, págs. 57 e segs.

de harmonia com certos princípios políticos-constitucionais. Mais circunscrito, sistema de governo é o sistema de órgãos de função política; apenas se reporta à organização interna do governo e aos poderes e estatutos dos governantes<sup>4</sup>.

Acentuando um pouco mais a distinção entre formas de Estado e formas e sistemas de governo:

- As formas de Estado referem-se à composição geral do Estado, ao passo que as formas e os sistemas de governo se referem ao exercício do poder político (²).
- O problema da forma de Estado concerne o número de aparelhos governamentais e, se há vários, às suas relações; diz respeito à «extensão humana» das suas competências, à estrutura constitucional da própria coletividade, à sua unidade ou à sua divisão para efeito do poder governamental; já o problema das formas e dos sistemas de governo concerne a organização de um dado aparelho de governo, independentemente da extensão do exercício dos seus poderes<sup>5</sup>.

7. Tão pouco se identificam formas de Estado e regimes políticos, visto que estes não são senão expressões, objetivações ou concretizações das diferentes Constituições materiais<sup>6</sup>, ainda quando se reconduzem a grandes tipos constitucionais (Estado liberal, Estado social do direito, Estado soviético, Estado fascista).

A forma de Estado é, simultaneamente, mais e menos que o regime político.

É mais, porque envolve uma permanência que o regime não tem ou pode não ter: um Estado é unitário ou composto ao longo da sua história ou subsiste muito mais tempo sob certa forma do que sob certo regime ou sob certa Constituição.

É menos, porque a forma de Estado não vai além dos aspetos políticos estruturais e o regime (que não é tanto o modo como o poder se rege quanto os fins a que se dirige) constrói-se a partir de todos os aspetos da vida política e social politicamente relevantes; no regime para lá da organização do poder, avultam o sistema de direitos fundamentais e o sistema económico.

<sup>4</sup> V. *Governo (Formas e sistemas)*, in *Polis*, III, págs. 76 e segs.; ou ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, *Democracia e Utopia*, Coimbra, 1980, pág. 40.

<sup>5</sup> MARNOCO E SOUSA, *Direito Político — Poderes do Estado*, Coimbra, 1910, pág. 105.

<sup>6</sup> CHARLES, EISENMANN, *Cours de Droit Constitutionnel Comparé*, policopiado, Paris, 1950-1951, pág. 43.

No entanto, cada forma de Estado e cada regime político em concreto não são sem implicações; na experiência histórica desde ou daquele país condicionam-se ou interpenetram-se.

8. São estas as principais formas de governo modernas<sup>7</sup>:

- 1) *A monarquia absoluta*, forma de governo dominante até 1789;
- 2) O *governo representativo clássico ou liberal*, que triunfa com a Revolução Francesa e vai manifestar-se sobretudo no século XIX;
- 3) *A democracia jacobina* (de aplicação efémera, mas doutrinariamente importante) ou democracia radical com direto apoio em Rousseau e expressão mais perfeita na Constituição francesa de 1793 ou do ano seguinte;
- 4) O *governo cesarista*, identificado com Bonaparte e muito próximo (daí o nome) da prática de Júlio César em Roma, depois continuado no império ou principado com Augusto;
- 5) *A monarquia limitada*, que corresponde a uma primeira época da Restauração na França e à monarquia que irá prevalecer na Alemanha e na Áustria no século XIX;
- 6) *A democracia representativa* que, pode dizer-se, é a forma de governo dominante no Ocidente desde a primeira guerra mundial;
- 7) O *governo leninista*, implantado na Rússia com a Revolução de 1917 e depois difundido noutros países;
- 8) O *governo nacional-socialista ou nazi*;
- 9) O *governo fascista e fascizante*, que, não sendo uma forma tão homogénea como a do governo leninista, é, mesmo assim, historicamente bem demarcada;
- 10) O *governo islâmico fundamentalista*, instaurado em alguns países muçulmanos.

9. A monarquia absoluta, de que os últimos exemplos europeus foram a Rússia e a Turquia antes de 1914, é a forma de governo que extrai do princípio da legitimidade monárquica o máximo de concentração do poder (e de exercício do poder) no Rei, ou no Imperador.

O governo representativo clássico ou liberal repousa numa legitimidade democrática (embora diferida ou remota); consagra a liberdade política; adota a representação política, mas com sufrágio censitário e com autonomia dos

<sup>7</sup> *Manual ...*, III, 6.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 399 e segs.

representantes; adota ainda a separação de poderes com tendências mecanicistas, pelo menos na Europa.

Em contraposição ao governo clássico ou liberal encontra-se a democracia jacobina ou radical de alguns anos da Revolução Francesa. Querendo agora levar às últimas consequências o princípio democrático, recusa tanto a representação política quanto a separação de poderes e limita a liberdade política

Também o governo cesarista assenta numa legitimidade democrática; todavia, atenua a representação política através do recurso ao plebiscito. E, obviamente, concentra o poder no César [ainda quando não rejeita formalmente a separação de poderes<sup>8</sup> <sup>9</sup>] e, por isso, não pode deixar de afetar também a liberdade política.

Repare-se como duas formas de democracia, duas formas de governo que tão fortemente invocam a democracia, podem chegar a resultados tão diferentes – a democracia jacobina e o governo cesarista – ainda que não tão antagónicos em termos de pluralismo político (pois uma e outro conduzem ao monismo).

A quinta forma de governo é a monarquia limitada, ou seja, a monarquia que se autolimita, nomeadamente, através das Cartas Constitucionais. Sobrevive nela a legitimidade monárquica, embora já não tão pacífica e exclusivamente como acontecia na monarquia absoluta. Fundamentalmente, a diferença entre o governo representativo clássico e a monarquia limitada tem a ver com a legitimidade política e com o papel do Rei dentro do sistema político.

Embora a monarquia limitada aceite a separação de poderes, ela só se verifica no domínio deixado às instituições representativas. Em tudo o mais subsiste uma ideia de unidade política assente no Rei. E há tanto mais forte separação de poderes no domínio das instituições representativas quanto mais, por essa via, se tenta dividi-las, fracioná-las, para não porem em causa o poder do Rei.

A sexta forma de governo é a democracia representativa, que, no essencial, resulta da modificação das instituições representativas pela realização do sufrágio universal, corolário lógico do princípio da legitimidade democrática. Mas o sufrágio universal gera fenómenos desconhecidos no século XIX; em especial, liga-se ao enorme papel adquirido pelos partidos políticos, a ponto de alguns falarem então em Estado de partidos.

Ao mesmo tempo, se a democracia representativa continua a aceitar a separação de poderes na linha do governo representativo, também a transforma.

<sup>8</sup> Cf. OLIVEIRA MARTINS, *História da República Romana*, 1885 (na 7.ª ed., Lisboa, 1987, I, pág. 221): o cesarismo põe os destinos de uma sociedade nas mãos de um homem a quem uma nação dá procuração ampla e voto de confiança tácito sob condição de esse homem trazer a felicidade ao povo.

<sup>9</sup> Preparatório da instauração do governo cesarista pode ser o *triumvirato*, como sucedeu no final da República Romana.

Transforma-a e complica-a com recurso a outros instrumentos, como os de fiscalização da constitucionalidade.

Na forma de governo leninista – correspondente ao regime marxista-leninista ou de tipo soviético – o povo, que surge como titular do poder, é o povo igual a classes trabalhadoras (ou, noutra fase, o povo em que já não há separação de classes ou de onde desapareceu a burguesia).

Esta forma de governo não confia na representação política (por causa, desde logo, dessa visão classista), se bem que não adote instituições puramente comissariais, como as da forma de governo jacobina. E rejeita também o princípio da separação de poderes, se bem que a concentração de poderes se venha a dar não tanto a nível do Estado quanto a nível do partido. No fundo, o essencial ou específico da forma de governo leninista é o governo do Estado pelo partido comunista, considerado vanguarda da classe operária.

A forma de governo fascista é muito mais difícil de analisar ou caracterizar, porque emerge de várias matrizes ideológicas e vai ter concretizações históricas diversificadas. O seu paradigma é o governo do chamado Partido Fascista na Itália, de 1922 a 1943; a sua expressão extrema é o nacional-socialismo alemão; e as suas expressões mais atenuadas são (para quem os considere fascismos) o salazarismo português e o franquismo espanhol.

O governo fascista e fascizante não proclama perentoriamente, nem tão-pouco rejeita, a legitimidade democrática. O que faz é substituir, como também se sabe, o povo (conjunto de cidadãos concretos) por um povo algo diferente – um povo identificado com o Estado na Itália, com a raça na Alemanha, com a nação (transtemporal) em Portugal.

Dessas concepções de legitimidade resultam quer o afastamento do pluralismo quer a negação da separação de poderes liberal. Por outro lado, tal como o governo leninista, o governo fascista leva ao domínio do poder por um partido único, um partido ideológico de massas (e é, de resto, por isto não se verificar no regime de Salazar que ele não se reconduz a um verdadeiro governo fascista, é apenas dele afim)<sup>10</sup>

O governo fundamentalista islâmico, situado já fora dos quadros culturais e jurídicos do Estado moderno, tem como expressão mais importante a república islâmica do Irão desde 1979.

Nele, o princípio democrático, que não enjeita, está condicionado pelo princípio teocrático, porque o povo é a comunidade de crentes. Aí reside a sua base de legitimidade, pelo que, sem embargo de instituições representativas formalmente próximas das ocidentais, o poder real achar-se, em última análise,

<sup>10</sup> Sobre as concepções político-ideológicas de povo, v. *Manual ...*, III, cit., págs. 84 e segs.

no corpo de dirigentes religiosos, os *aiatolas*. E daí limites muito intensos ao pluralismo.

10. Facilmente se vê que sistemas de governo e formas de governo não têm o mesmo conteúdo. Há formas de governo que implicam determinados sistemas de governo: assim a monarquia absoluta. Já no governo representativo clássico ou liberal vamos encontrar diferentes sistemas de governo e o mesmo acontece na democracia representativa<sup>11</sup>.

11. No plano jurídico-constitucional, quando se pensa em sistema de governo tem-se em mente três grandes conceitos jurídicos (para além de outros menos relevantes que poderiam ser citados):

- a) O da *separação de poderes*, no sentido de especialização orgânico-funcional, paralelamente à fiscalização ou à colaboração dos vários órgãos para a prática de atos da mesma função;
- b) O da *dependência, independência ou interdependência dos órgãos* quanto às condições de subsistência dos seus titulares ou quanto ao modo como certo órgão vem a projetar-se na composição concreta de outro órgão (o modo, por exemplo, como determinado órgão determina ou escolhe os titulares de outro órgão ou vem a determinar a cessação das suas funções);
- c) Como conceito aí compreendido, mas que adquire autonomia, o conceito de *responsabilidade política* – de responsabilidade política de um órgão ou dos titulares de um órgão perante outro órgão.

A partir destes três princípios, a grande divisão, no plano jurídico-constitucional – e também no plano político – é a que se dá entre sistemas de governo com concentração de poderes e sistemas de governo com desconcentração de poderes.

De um lado encontram-se sistemas de governo, em que não há separação de poderes, em que, à volta de determinado órgão, se movem os demais órgãos, em que a responsabilidade política se verifica em relação apenas a um órgão.

De outra banda, acham-se os sistemas de governo em que, pelo contrário, há divisão ou, mesmo, separação de poderes; em que se verifica interdependência dos órgãos, ou em que se consegue alcançar uma independência recíproca na base da pluralidade.

<sup>11</sup> V. *Curso de Direito constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed., I,

12. Os sistemas de governo contemporâneos com concentração de poderes são fundamentalmente seis:

- 1.º) O *sistema de governo convencional*;
- 2.º) O *sistema de governo soviético* ou *marxista-leninista*;
- 3.º) O *sistema de governo fascista*;
- 4.º) O *sistema de governo nacional-socialista*;
- 5.º) O *sistema de governo islâmico*;
- 6.º) O *sistema de governo representativo simples*;

O sistema de governo convencional é o sistema de governo com concentração de poderes numa assembleia; e tira o seu nome da Convenção existente em França entre 1792 e 1795. É o sistema de governo correspondente à forma de governo jacobina.

Algo de semelhante pode dizer-se acerca dos sistemas de governo inerentes ao fascismo e ao nacional-socialismo e *mutatis mutandis* ao sistema de governo próprio do fundamentalismo islâmico.

Domínio de um partido único verificar-se-ia também no fascismo e no nacional-socialismo; e dos chefes religiosos, os aiatolas no Irão, dá-se no sistema de governo trazido pela forma de governo islâmico.

Por último, no sistema de governo representativo simples, há representação política e pode haver vários órgãos; mas, como a Constituição é *nominal*<sup>12</sup>, não normativa, tudo depende do Presidente da República.

Na Rússia revolucionária, diferentes assembleias – os soviets de operários, soldados e camponeses – encontram-se em moldes de organização vertical de poderes. Esta uma diferença sensível entre o constitucionalismo jacobino e o soviético. Mas parece que bem mais importante do que ela é a diferença que decorre do domínio das assembleias por um partido ideológico leninista (só que esta diferença deriva não tanto do sistema de governo quanto da forma de governo).

13. Quanto aos sistemas de governo com desconcentração de poderes, aos sistemas de governo baseados num princípio de separação de poderes, são igualmente quatro:

<sup>12</sup> Na aceção de KARL LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre* (1919), trad. *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1964, págs. 236 e segs.; e antes *Reflections on the Value of Constitution on our Revolutionary Age*, in *Constitutions and Constitutional Trender after World War*, obra coletiva, Nova Iorque, 1951, págs. 191 e segs.

- 1.º) O sistema parlamentar;
- 2.º) O sistema presidencial;
- 3.º) O sistema diretorial;
- 4.º) O sistema semiparlamentar.

No sistema parlamentar nascido na Inglaterra no século XVIII, o Governo reproduz a composição conjuntural do Parlamento; depende da sua confiança, ou, pelo menos, da sua não desconfiança; é responsável politicamente perante o Parlamento, e este pode ser dissolvido, verificados certos pressupostos, pelo Chefe do Estado. Tal o conceito geral; mas a concretização política assume formas diferentes; e as próprias formas jurídicas podem variar extraordinariamente, desde o parlamentarismo clássico ao chamado parlamentarismo racionalizado.

O sistema de governo presidencial e o sistema de governo diretorial assentam ambos, ao invés, na independência recíproca, quanto à subsistência dos titulares, do órgão de poder executivo e do órgão de poder legislativo. Nem o primeiro responde politicamente perante o segundo, nem a assembleia pode ser dissolvida em caso algum. A diferença jurídica – porque política e historicamente consiste em muito mais que isso – entre governos presidencial e diretorial está, essencialmente, em que no primeiro o órgão de poder executivo é singular, um Presidente da República, e no segundo é um órgão colegial restrito, um diretório ou um conselho.

O sistema presidencial diz-se, por seu turno, perfeito, quando o único órgão constitucional do poder executivo é o Presidente, apenas coadjuvado por certos colaboradores; e diz-se imperfeito, quando a Constituição prevê a existência de Ministros com poderes próprios, ainda que totalmente dependentes do Presidente. A primeira hipótese é a dos Estados Unidos, a segunda a de alguns países da América Latina.

Em sistema parlamentar, há três órgãos políticos – o Chefe do Estado (Rei ou Presidente), o Parlamento e o Governo – mas o Chefe do Estado ou é puramente simbólico ou as suas competências são muito reduzidas ou, para se exercerem, carecem de referenda ministerial. Em sistema presidencial e em sistema diretorial, há dois órgãos, o Parlamento e o Presidente ou o colégio diretorial.

Em sistema semiparlamentar, são três os órgãos políticos ativos – não só o Parlamento e o Governo como o Chefe do Estado. Nesta existência de um terceiro centro autónomo de poder está o cerne da categoria do sistema semiparlamentar, ainda que o conteúdo desse poder varie bastante: pode suceder que o Governo seja tanto responsável politicamente perante o Chefe do Estado como perante o Parlamento, e pode suceder que a intervenção do Chefe do Estado seja mais na linha de um «Poder Moderador».

O sistema juridicamente semiparlamentar tem duas manifestações históricas. No século XIX, é a monarquia orleanista (de Luís Filipe de Orleães) ou monarquia constitucional de relativo equilíbrio entre o Rei e o Parlamento, a meio caminho entre a monarquia limitada e a monarquia parlamentar. Nos séculos XX e XXI, em república, é o semipresidencialismo – ou melhor, os semipresidencialismos (tão variados eles são, em resposta a problemas políticos bem diversos).

### III

14. O Direito comparado comprova bem estas tipologias no concernente à dissolução parlamentar.

Ela é desconhecida, por definição, em sistemas de governo com concentração de poder e se, porventura, formalmente prevista, ou não se torna necessário exercer o poder de a decretar ou vem a ser decretada segundo a conveniência de quem efetivamente governa.

Já em sistemas de governo com desconcentração de poderes se torna muito nítida a contraposição entre aqueles que acolhem a dissolução como peça central de funcionamento das instituições e aqueloutros que a ignoram ou a afastam.

Assim, em sistemas de governo presidencial, com rígida separação entre Legislativo e Executivo e com virtual não coincidência de mandatos políticos ou político-partidários num e noutro, não se concebe dissolução. Tal como no sistema convencional.

Ao invés, concebe-se e pratica-se em sistema parlamentar e em sistema semipresidencial, onde o Governo é politicamente responsável perante o Parlamento e onde a dissolução pode ser a última *ratio* de que dispõe o Presidente da República para enfrentar crises políticas.

15. A história do constitucionalismo português é bem elucidativa do que acaba de se dizer.

- A Constituição de 1822 desconhecia a figura.
- Ao invés, a Carta Constitucional conferia ao Rei, no âmbito do poder moderador, e ouvidos os Conselheiros do Estado, a faculdade de dissolver a Câmara dos Deputados, quando o exigisse “a salvação do Estado” e convocando imediatamente outra que a substituísse (artigos 74.º, § 4.º e 110.º).

- Em termos semelhantes, a previa a Constituição de 1838 (artigo 81.º III), estabelecendo que então seria também renovada em metade a Câmara dos Senadores (artigos 81.º, § 1.º e 62.º) e que o decreto de dissolução deveria mandar proceder a eleições dentro de 30 dias e convocar as Cortes para se reunir no prazo de 90, sem o que seria nulo e de nenhum efeito (artigo 81.º, § 2.º).
- A Constituição de 1911, não contemplava a dissolução; ela só surgiria com a revisão operada através da Lei n.º 891, de 22 de setembro de 1919, que atribuiu ao Presidente da República esse poder em nome do “interesse da Pátria e da República”, mediante prévia consulta do Conselho Parlamentar.
- A Constituição de 1933 não apenas manteve esse poder com base no “interesse superior da Nação” e ouvido o Conselho do Estado (artigos 81.º, n.º 6, e 84.º) como permitiu ao Presidente prorrogar até 6 meses o prazo para novas eleições, embora estas se devessem efetuar pela lei vigente ao tempo da dissolução (artigo 87.º).

Finalmente, na Constituição de 1976 há que distinguir entre a fase inicial e a fase subsequente à revisão de 1982, embora sempre com semipresidencialismo<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Os Autores, na sua maioria, continuam a perfilhar esta qualificação: ISALTINO MORAIS, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA e RICARDO LEITE PINTO, *O sistema de governo semipresidencial*, Lisboa, 1984, págs. 84 e segs.; RICARDO LEITE PINTO, *Democracia política consensual*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1984, pág. 293; FRANCISCO LUCAS PIRES, *O sistema de governo: sua dinâmica*, in *Portugal – O sistema político e constitucional*, obra coletiva, págs. 295 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *O sistema de governo português*, 4.ª ed., Lisboa, 1992, págs. 103 e segs.; ANGELO RINELLA, *op. cit.*, págs. 231 e segs.; RAÚL MACHADO HORTA, *A Constituição da República Portuguesa e o regime semipresidencial*, in *Perspectivas Constitucionais*, obra coletiva, I, 1996, págs. 515 e segs.; MYRIAN IACUMETTI, *Il rapporto tra Presidente, Governo e Assemblee Parlamentari in alcune significative esperienze semipresidenziali: Finlândia e Portogallo*, in *Semipresidenzialismi*, organização de LÚCIO PEGORARO e ANGELO RINELLA, Pádua, 1997, págs. 313 e segs.; JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades administrativas independentes e Constituição*, Coimbra, 2002, págs. 519 e segs.; JORGE REIS NOVAIS, *Semipresidencialismos – Teoria geral e sistema português*, Lisboa, 2021 (propondo reformas no sistema português).

No sentido de sistema misto parlamentar e presidencial, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, cit., págs. 205 e segs., e *Os poderes do Presidente da República*, Coimbra, 1991, págs. 9 e segs.; LUÍS SÁ, *O lugar da Assembleia da República no sistema político*, Lisboa, 1994, págs. 116–117.

Como sistema parlamentar racionalizado, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 19 e 20.

Como versão reforçada de parlamentarismo, CRISTINA QUEIROZ, *O sistema de governo português*, in *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, obra coletiva, 2006, págs. 217 e segs.

No texto original da Constituição o Presidente da República não podia dissolver o Parlamento senão precedendo parecer favorável do Conselho de Revolução e tinha de o dissolver, quando aquele houvesse recusado a confiança ou votado a censura ao Governo, determinando por qualquer destes casos a terceira substituição do Governo [artigos 136.º, alínea e), e 198.º, n.º 3].

Após a extinção do Conselho da Revolução em 1982, o Presidente da República ficaria com o poder livre de dissolução, condicionado somente pela audição dos partidos representados na Assembleia da República e do Conselho de Estado [artigos 133.º, alínea e), e 145.º, alínea c)], e por determinados limites<sup>14 15</sup>

16. Trata-se, pois, de uma competência do Presidente da República no âmbito da competência a outros órgãos [artigo 133.º, alínea e)], decorrente do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania (artigo 111.º) se bem que sujeita a estritos limites.

E trata-se de uma faculdade, deixada à livre decisão do Presidente<sup>16</sup>.

17. Limites temporais;

- A Assembleia da República não pode ser dissolvida nos seis meses posteriores à sua eleição (artigo 172.º, n.º 1, 1.ª parte);
- Nem no último semestre do mandato do Presidente da República (artigo 172.º, n.º 1, 2.ª parte).

Como explicam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>17</sup>

“A proibição de dissolução *nos primeiros seis meses após a eleição dos deputados* procura evitar a banalização das eleições parlamentares, no pressuposto de que em

<sup>14</sup> Trabalhos preparatórios: v. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.ºs 111 e 131, de 10 de fevereiro e de 1 de abril de 1976, págs. 3664 e 3665, e 4373.

*Diário da Assembleia da República*, 2.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, suplemento ao n.º 22, págs. 506(7) e segs.; 3.º suplemento ao n.º 38, págs. 796(87) e segs.; e suplemento ao n.º 87, págs. 1618(22)-1618(23); e 1.ª série, n.ºs 123 e 124, de 21 e 22 de julho de 1982, págs. 5123 e 5124, e 5230.

<sup>15</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Dissolução*, in *Verbo*, 9, págs. 658 e 659; JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, *Dissolução*, in *Polis*, 2, 1984, págs. 629 e segs.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *A dissolução da Assembleia da República*, Coimbra, 2007; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, II, cit., págs. 370 e segs.; VITALINO CANAS, anotação in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, II, 2.ª ed., Lisboa, 2018, págs. 590 e segs.

<sup>16</sup> Diferentemente, até 1982, o Presidente da República era obrigado a dissolver quando a Assembleia houvesse recusado a confiança ou votado a censura ao Governo, determinando a terceira substituição do Governo (artigo 198.º, n.º 3).

<sup>17</sup> *Op. cit.*, pág. 371.

tão curto lapso de tempo não são concebíveis alterações substanciais dos resultados eleitorais.

A proibição de dissolução *no último semestre do mandato do PR* tem essencialmente dois objectivos: (a) impedir que o PR utilize a dissolução da AR para prolongar o seu mandato; (b) dificultar a possibilidade de o PR cessante que seja candidato à reeleição tentar influenciar as eleições parlamentares concomitantes a fim de obter uma maioria parlamentar favorável. Tendo em conta a razão de ser deste limite, é óbvio que o período de interdição começa 180 dias antes do termo do mandato do PR e mantém-se mesmo que, por qualquer motivo, esse mandato venha a ser prorrogado.”

*De jure condendo* também o Presidente da República não deveria poder dissolver o Parlamento nos *seis primeiros meses* do seu mandato. É isto que tem acontecido na V República Francesa, levando à vitória do partido político identificado com o Presidente da República logo nas imediatas eleições parlamentares e a um *superpresidencialismo*, que não tem que ver com o semipresidencialismo.

Em Portugal até agora nada de parecido tem acontecido, independentemente de as candidaturas presidenciais serem apresentadas por cidadãos eleitores e não por partidos (artigo 124.º).

#### 18. Limite orgânico

O Presidente da República interino não pode dissolver a Assembleia da República (artigo 139.º, n.º 1).

#### 19. Limite procedimental:

- Audição dos partidos representados na Assembleia e do Conselho de Estado [artigos 133.º, alínea e), 2.ª parte, e 145.º, alínea a)] audição não vinculativa.

#### 20. Limites materiais

a) A Assembleia da República não pode ser dissolvida na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência (artigo 172.º, n.º 1, 3.ª parte).

É uma óbvia garantia de Estado de Direito democrático. Sabe-se como, em não poucos países, o Presidente da República dissolve o Parlamento nessas ou em homólogas circunstâncias criando uma ditadura.

É uma norma no mesmo sentido da que proíbe, em estado de sítio ou estado de emergência, que sejam afetados os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade

de leis criminais, o direito à defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião (artigo 19.º, n.º 6).

b) Estando pendente acusação por crime praticado no exercício das suas funções (artigo 130.º), não pode haver dissolução do Parlamento.

21. A inobservância de limites orgânicos e dos limites temporais e materiais implica a inexistência jurídica do decreto de dissolução (artigo 172.º, n.º 2)<sup>18</sup>.

Pode também acarretar crime de responsabilidade (artigo 117.º, n.º 3)<sup>19</sup> por se mostrar praticado com flagrante desvio ou abuso de poder (artigo 2.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho). E efeito da condenação pode vir a ser a perda do mandato (artigo 117.º, n.º 3, *in fine* da Constituição).

22. Entretanto, de acordo com um princípio de *continuidade institucional*<sup>20</sup>, continua em funções a Comissão Permanente da Assembleia (artigo 179.º, n.º 1), constituída pelo Presidente e pelo Vice-Presidente e por Deputados indicados por todos os partidos de acordo com a sua representatividade na Assembleia (artigo 172.º, n.º 2).

Se se justificar a declaração de estado de sítio ou de estado de emergência, a declarar a guerra ou fazer a paz, a Comissão Permanente promoverá a convocação da Assembleia no prazo mais curto possível a fim de esta – e só esta tem esse poder – autorizar o Presidente da República a emitir o necessário decreto (artigo 179.º, n.º 4).

Já duvidoso afigura-se poder a Comissão Permanente autorizar as comissões parlamentares a continuarem a funcionar; ou o plenário prolongar o período normal de funcionamento ou admitir a convocação do plenário<sup>21</sup>.

Logicamente, também o Presidente da Assembleia continua a integrar o Conselho de Estado [artigo 142.º, alínea a)].

23. Com a dissolução, o Governo fica limitado à prática dos atos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos (artigo 186.º, n.º 5). Fica sendo Governo de gestão.

<sup>18</sup> Sobre inexistência jurídica, v. *Fiscalização da constitucionalidade*, Coimbra, 2017, págs. 104 e segs., e Autores citados.

<sup>19</sup> Assim, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, II, 4.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 271–272; VITALINO CANAS, anotação in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, II, 2.ª ed., Lisboa, 2018, pág. 591.

<sup>20</sup> VITALINO CANAS, *op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 629.

<sup>21</sup> Como escreve VITALINO CANAS, *op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 591.

Em contrapartida, não pode ser demitido. Seria uma grande concentração de poder no Presidente da República.

Enfim, como não poderia deixar de ser, as autorizações legislativas caducam com a dissolução (artigo 165.º, n.º 4, 2.ª parte). Já não a competência para desenvolvimento de leis de bases [artigos 112.º, n.º 2, 2.ª parte, e 198.º, n.º 1, alínea d)].

#### IV

24. Análogo ao regime da dissolução da Assembleia da República é o regime de dissolução das Assembleias Legislativas Regionais: dissolução da competência do Presidente da República, ouvidos o Conselho de Estado e os partidos políticos nelas representados e vedada em estado de sítio ou em estado de emergência (assim, artigo 63.º do Estatuto Político-Administrativo dos Açores após a Lei n.º 21/2009, de 12 de janeiro).

25. Em esfera bem diversa, situa-se a dissolução das assembleias das autarquias locais, a apreender de harmonia com regras próprias de Direito administrativo.

# *A ilicitude e a fraude à lei nos negócios jurídicos\**

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

SUMÁRIO: § 1.º *Parâmetros gerais e origens: 1. A ilicitude; 2. O dispositivo do Código Civil; 3. A origem da fraude à lei.* § 2.º *Direito comparado: 4. O sistema alemão; 5. O sistema italiano.* § 3.º *Direito português: 6. Os códigos civis de 1867 e de 1966; 7. Posição sustentada.*

## § 1.º **Parâmetros gerais e origens**

### 1. *A ilicitude*

I. A autonomia privada é um princípio constituinte da nossa Ordem Jurídica<sup>1</sup>. Ele permite que, no Direito privado, se deva considerar permitido tudo quanto, por lei bastante, não seja proibido. Apesar de dominante, ela não é ilimitada. O Direito, através de normas e de princípios, condiciona as condutas humanas, de acordo com um sistema que aspira a uma harmonia científica, segundo valores histórica e culturalmente elaborados. Neste quadro, a licitude é o requisito dos negócios jurídicos que consiste na não-ultrapassagem dos limites injuntivos do ordenamento<sup>2</sup>. Essa “licitude” não se confunde com o

\* Escrito destinado aos Estudos em Honra do Doutor Manuel Ohen Mendes.

<sup>1</sup> Vide o nosso *Tratado de Direito civil*, I, 4.ª ed. (2017, reimp.), 951 ss..

<sup>2</sup> Com indicações: ROLF SACK/MAXIMILIAN SEIBL, no *Staudingers Kommentar*, §§ 134-138 (2017), 1-195; CHRISTIAN ARNBRÜSTER, no *Münchener Kommentar zum BGB*, 1, 8.ª ed. (2018), § 134 (1489-1547); em especial, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft* (1983), agora também nos *Gesammelte Schriften*, 3, *Privatrecht* (2012), 3-33, ordenando o § 134 do BGB como regra de interpretação (14 ss.) e como decisão fundamental de primazia a ordem económica

inverso da ilicitude (*Rechtswidrigkeit*), presente na responsabilidade civil<sup>3</sup>. Esta última, pelas especiais consequências que faz pesar sobre as pessoas, através da cominação do dever de indenizar, centra-se na violação de direitos subjetivos e de normas de proteção. Nos negócios, ela é mais ampla: há ilicitude sempre que sejam ultrapassados os limites injuntivos postos à autonomia privada. Pode haver negócios contrários à lei, que não envolvam qualquer responsabilidade civil.

Poderíamos alterar a terminologia, de modo a evitar confusões. A licitude do negócio seria qualquer coisa como a não-contrariedade à lei injuntiva. Todavia, a expressão está consagrada. Feita a prevenção, não há margem para confusões.

II. A licitude do negócio pode ser usada numa aceção ampla e numa aceção restrita:

- (1) em sentido amplo, o negócio é lícito quando surja perfeito, isto é, quando integre todos os requisitos postos, pela lei, para a sua plena eficácia; nesta aceção, a licitude absorve todos os demais requisitos e, designadamente: a possibilidade, a determinabilidade e a conformidade com os bons costumes e a ordem pública; além disso, poderiam ser convocadas todas as demais imposições jurídicas, como as atinentes à forma e ao processo de formação;
- (2) em sentido restrito, a licitude do negócio diz-nos que, dele, não resultam condutas contrárias a normas jurídicas imperativas. Este sentido de licitude é o relevante ou o tecnicamente correto.

III. No campo da ilicitude restrita ou *proprio sensu*, podemos distinguir (os exemplos são os usados nas nossas lições):

- (1) a ilicitude da conduta em si: o sujeito obriga-se a ultrapassar os limites legais da velocidade;
- (2) a ilicitude do resultado: o sujeito obriga-se a furtar uma quantia<sup>4</sup>;

estadual, perante a autonomia privada; JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12.<sup>a</sup> ed. (2020), § 45 (544-551).

<sup>3</sup> Vide o nosso *Tratado de Direito civil*, VIII (2019, reimp.), 443 ss..

<sup>4</sup> Um exemplo de jurisprudência: RLx 8-mai.-1997 (PESSOA DOS SANTOS), CJ XXII (1997) 3, 73-82 (81/I): um ato de acessão industrial imobiliária perante um prédio clandestino; ou, ainda, um contrato de florestação com eucaliptos em área ardida, quando o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 172/88, de 16 de maio, proíbe reconversões culturais, durante o período dos dez anos subsequentes ao incêndio.

- (3) a ilicitude dos meios: o sujeito obriga-se a assistir a um desafio desportivo, sem pagar o ingresso;
- (4) a ilicitude do fim: o sujeito adquire uma carabina para disparar sobre o vizinho;
- (5) a ilicitude da relação meios/resultado ou meios/fim: o sujeito obriga-se a, por meios em si lícitos (comprar uma arma, com observância do condicionalismo legal), para resultados em si lícitos (casar) ou para fins também lícitos (ser feliz), mas estabelecendo, entre eles, uma relação inaceitável (ameaçar a noiva para que dê o assentimento).

IV. No negócio jurídico, em regra, surgem duas partes: cada uma com o seu substrato humano, as suas vivências e as suas aspirações. A ilicitude comporta elementos subjetivos. Pode suceder que tais elementos digam respeito, apenas, a uma das partes. Assim sucederá, designadamente, com o “fim” do negócio jurídico: um contratante compra uma carabina para abater um vizinho, enquanto o outro, desconhecedor de tais intentos, se limita a exercer o comércio (*in casu*: autorizado) de venda de armas. Nessa eventualidade, o artigo 281.º do Código Civil prevê que releve apenas o fim comum a ambas as partes.

## **2. O dispositivo do Código Civil**

I. O Código Civil contém diversas normas imperativas. Caso a caso haverá que ponderar as consequências da sua inobservância. Na Parte geral, o Código consagrou o princípio geral da licitude, como corolário da existência de limites à autonomia privada. Ele apoia-se nos artigos 280.º/1 e 294.º<sup>5</sup>, funcionando perante normas imperativas<sup>6</sup>, como evidência, ao ponto de, por vezes, nem se referirem aqueles preceitos<sup>7</sup>. A presença de dois preceitos relativos à licitude dos negócios deve ser explicada. O artigo 280.º/1 deriva do anteprojeto de Rui de Alarcão sobre o objeto do negócio, tendo emergido da necessidade de, com base no artigo 1346.º do Código italiano, fixar, em geral, os requisitos do negócio<sup>8</sup>. Já o artigo 294.º proveio do projeto de Rui de Alarcão sobre a invalidade dos negócios jurídicos<sup>9</sup>. Aí, a abrir a matéria das invalidades, o Autor começou por definir a consequência da violação da lei imperativa:

<sup>5</sup> STJ 4-jun.-1998 (ALMEIDA SILVA), CJ/Supremo VI (1998) 2, 108-112 (111/I).

<sup>6</sup> RLx 10-mar.-1998 (ANDRÉ DOS SANTOS), CJ XXIII (1998) 2, 90-93 (92/II).

<sup>7</sup> STJ 10-fev.-1998 (COSTA SOARES), CJ/Supremo VI (1998) 1, 56-58 (18).

<sup>8</sup> O nosso *Tratado de Direito civil*, II, 5.ª ed. (2021), 542.

<sup>9</sup> RUI DE ALARCÃO, *Invalidez dos negócios jurídicos*, BMJ 89 (1959), 199-267 (202).

Os negócios jurídicos praticados contra disposição da lei, quer esta seja proibitiva quer preceptiva, envolvem invalidade, salvo nos casos em que da mesma lei resultar o contrário.

Este preceito foi evoluindo: no projeto geral de Rui de Alarcão sobre negócio jurídico (61.º)<sup>10</sup>, na 1.ª revisão ministerial<sup>11</sup> e na 2.ª, tendo o texto definitivo surgido no projeto<sup>12</sup>. Ou seja: enquanto o artigo 280.º/1 fixa a delimitação negativa do conteúdo do negócio, o artigo 294.º explicita o tipo de invalidade que cabe, perante o negócio contrário à lei imperativa. E ambos os preceitos confluem indicando a nulidade<sup>13</sup>.

II. Os artigos 280.º/1 e 294.º, referidos em conjunto ou separadamente, têm sido usados, na jurisprudência, em casos deste tipo:

RLx 16-dez.-2003: é nula a prestação de uma garantia, pela sociedade, fora das situações previstas pelo artigo 6.º/3, do Código das Sociedades Comerciais<sup>14</sup>;

RCb 20-abr.-2004: uma venda realizada com abuso do direito é nula; no caso, um mandatário, podendo contratar consigo mesmo, vende (e adquire) um prédio por metade do seu valor<sup>15</sup>;

RPt 13-dez.-2004: são nulas as normas dos estatutos das associações que violem a lei<sup>16</sup>;

STJ 13-dez.-2007: o abuso do direito pode conduzir à nulidade, por via do artigo 294.º<sup>17</sup>.

III. A licitude de um negócio comporta elementos subjetivos. Uma mesma ação pode ser lícita ou ilícita em função dos fins ou das intenções de quem a desencadeie, perceptíveis por diversos elementos circundantes. Tais elementos subjetivos podem emergir do próprio negócio ou podem ser exteriores. O anteprojeto de Rui de Alarcão ocupou-se do problema, apenas, a propósito

<sup>10</sup> RUI DE ALARCÃO, *Do negócio jurídico/Anteprojecto*, BMJ 105 (1961), 249-279 (278).

<sup>11</sup> BMJ 107 (1961), 111.

<sup>12</sup> JACINTO RODRIGUES BASTOS, *das relações jurídicas/Segundo o Código Civil de 1966*, IV – Arts. 285.º a 333.º (1969), 71.

<sup>13</sup> Vide JOSÉ FERREIRA GOMES, *A nulidade do negócio jurídico por contrariedade à lei (artigos 294.º e 280.º/1 CC) em Código Civil / Livro do Cinquentenário*, II (2019), 167-198 e o nosso *Código Civil Comentado*, I (2020), 812 ss. a 866 ss..

<sup>14</sup> RLx 16-dez.-2003 (TIBÉRIO SILVA), CJ XXVIII (2003) 5, 122-126 (125/II).

<sup>15</sup> RCb 20-abr.-2004 (EMÍDIO RODRIGUES), CJ XXIX (2004) 2, 26-28 (28/II).

<sup>16</sup> RPt 13-dez.-2004 (FONSECA RAMOS), CJ XXIX (2004) 5, 196-201 (201/I).

<sup>17</sup> STJ 13-dez.-2007 (MÁRIO CRUZ), Proc. 07A3023.

da contrariedade à ordem pública ou aos bons costumes. No campo do objeto negocial, propunha, no artigo 2.º, epígrafado “negócios contra a ordem pública ou contra os bons costumes”<sup>18</sup>:

1. É nulo o negócio jurídico que contraria a ordem pública ou os bons costumes.

2. Se a ofensa de um contrato à ordem pública ou aos bons costumes se depreender somente do fim que com ele se teve em vista, e esse fim for comum a ambas as partes, considera-se nulo tal contrato. A mesma solução é aplicável se o fim for apenas de uma das partes mas tiver carácter criminoso e a outra parte contratar com conhecimento do carácter criminoso desse fim, a ponto de dever ter-se como evidentemente contrário aos bons costumes o seu procedimento.

Na 1.ª revisão ministerial, manteve-se o n.º 1; do n.º 2, sobreviveu apenas a primeira proposição, com alterações de redação (248.º)<sup>19</sup>. Coube à 2.ª revisão ministerial remodelar o preceito, autonomizando o n.º 2 em causa e ampliando-o à própria ilicitude (281.º)<sup>20</sup>, num esquema fixado no projeto<sup>21</sup>.

A evolução relatada conduziu ao artigo 281.º do Código Civil:

Se apenas o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes.

No tocante ao fim do negócio, podemos distinguir:

- (1) o fim expresso ou clausulado: o próprio negócio, no seu preâmbulo, quando exista, ou nas regras que estabeleça, fixa um objetivo para o acordado;
- (2) o fim exterior implícito: as partes – ou uma delas – concluem o negócio com um objetivo que, conquanto não expresso no negócio, resulta das circunstâncias: a pessoa que adquire cartuxos numa zona de caça fá-lo, por certo, para efeitos venatórios;
- (3) o fim interior explícito: a parte fecha um negócio com um objetivo em si indecifrável, mas comunica-o à outra;

<sup>18</sup> RUI DE ALARCÃO, BMJ 102 (1961), 175.

<sup>19</sup> BMJ 107 (1961), 106.

<sup>20</sup> *Código Civil/Segunda revisão* (1965), 110.

<sup>21</sup> *Projecto de Código Civil* (1966), 281.º (81).

- (4) o fim íntimo: cada parte terá intenções mais ou menos assumidas, quando celebre um negócio; todavia, nada transparece.

Para que o fim invalide um negócio, não se exige que o fim último do negócio seja ativamente procurado por ambas as partes; basta que se trate de o fim de uma delas, expressa ou implicitamente conhecido pela outra, na contratação. A pessoa que venda uma arma nada tem a ver com o uso ulterior da mesma; mas deve recusar o negócio se souber que, com ela, o adquirente pretende perpetrar um crime de roubo.

### 3. *A origem da fraude à lei*

I. A propósito da licitude, coloca-se o problema do chamado negócio em fraude à lei<sup>22</sup>. No Direito romano não havia, em geral, um conceito de fraude (*fraus*). As fontes deixaram-nos, antes, diversas aplicações concretas. Na origem<sup>23</sup>, a *fraus* traduzia uma quebra do Direito, particularmente uma quebra da lealdade<sup>24</sup>. Mais tarde, o termo evoluiu para a causação propositada de danos, em especial através de burla<sup>25</sup>. Bove apresenta uma noção de *fraus* como:

(...) um comportamento malicioso e contrário à norma explícita ou implícita, ou ao costume, através do qual se tenta conseguir um resultado ilícito (...) <sup>26</sup>.

Uma dessas aplicações era, justamente, a de *fraude à lei*, que poderia enformar determinados atos jurídicos.

Os atos em fraude à lei distinguir-se-iam dos atos contrários à lei. É muito conhecida e citada a contraposição de Paulo:

contra legem facit quid id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Em especial: A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito civil* (2013), § 37.º (767 ss.), com indicações; ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *A fraude à lei no Direito civil português* (2018), 520 pp., *idem*, *Negócio em fraude à lei*, em Elsa Vaz de Sequeira/Fernando Oliveira Sá, *Código Civil/Cinquentenário* (2017), 161-187.

<sup>23</sup> MAX KASER, *Römisches Privatrecht*, 1, 2.ª ed. (1971), § 146, IV (628).

<sup>24</sup> Nas *XII Tábuas*, *vide* VIII, 10 = ed. reconstruída bilingue de DIETER FLACH/ANDREAS FLACH, *Das Zwölftafelgesetz/Leges XII Tabularum* (2004), 132: *patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto*.

<sup>25</sup> HUGO KRÜGER/MAX KASER, *Fraus*, SZRom 63 (1943), 117-174 (117 ss.).

<sup>26</sup> LUCIO BOVE, *Fraus*, NssDI VII (1961), 630-631 (630).

<sup>27</sup> Paulo, D. 1.3.29; também Ulpiano, D. 1.3.30; na ed. bilingue de BEHRENDIS e outros, *Corpus Iuris Civilis* cit., II, 114-115. *Vide* HEINRICH HONSELL, *In fraudem legis agere*, FS Max Kaser (1976), 111-125

Assim traduzida por Castro Mendes:

Age contra a lei aquele que fez aquilo que a lei proíbe; age em fraude à lei aquele que evita o comando dela, respeitando as palavras da lei<sup>28</sup>.

II. A partir das fontes clássicas, a ideia de fraude à lei foi-se divulgando nos diversos sectores jurídicos, sempre com uma consequência prática: o ato em fraude à lei era, para todos os efeitos, equiparado ao ato contrário à lei sendo, em geral, nulo<sup>29</sup>.

A fraude à lei conheceu dois tipos de consagrações:

- (1) específicas, sempre que as próprias normas, prevendo determinadas hipóteses de contornar as leis, as viessem proibir;
- (2) genéricas, caso resultassem do sentir geral da ordem jurídica.

Este último aspeto punha-se, sobretudo, no campo do Direito civil e mais precisamente no domínio do negócio jurídico<sup>30</sup>. Antes de ponderar o Direito nacional, vamos fazer uma breve incursão de Direito comparado<sup>31</sup>.

## § 2.º Direito comparado

### 4. O sistema alemão

I. A noção romana de fraude à lei partia da distinção entre a letra e o espírito da lei. No fundo, tal contraposição mais não era do que um expediente

e OKKO BEHREND, *Die fraus legis: zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngebung in der römischen Gesetzesinterpretation* (1982), VIII + 118 pp., com importantes recensões de ULRICH MANTHE, *Gnomon* 56 (1984), 139-148 e de HEINRICH HONSELL, *SZRom* 102 (1985), 573-583; considerações históricas sobre o Direito romano constam, ainda, de MARTINA BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht / Lehre und praktischer Fall im allgemeinen und internationalen Privatrecht* (2004), XXIII + 393 pp., 8 ss..

<sup>28</sup> JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria geral* cit., 2, 332. Esse mesmo troço poderia ser traduzido, como faz DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil* cit., 10.ª ed., Nr. 660, 268, da seguinte forma:

Viola a lei quem faz o que a lei proíbe; defrauda a lei quem sem atentar contra o teor da lei, viola o sentido da lei.

<sup>29</sup> LUIGI CARRARO, *Frode alla legge*, *NssDI* VII (1961), 647-651 (647).

<sup>30</sup> GIOVANNI GIACOBBE, *La frode alla legge* (1968), 9 ss..

<sup>31</sup> Vide OLIVER HEEDER, *Fraus legis / Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den Vorbehalt der Gesetzesumgehung in Deutschland, Österreich, der Schweiz, Frankreich und Belgien unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Privatrechts* (1998), 385 pp.; Martina Benecke, *Gesetzesumgehung* cit., 28 ss..

destinado a melhor aproveitar o sentido da lei: parece claro que esta não pode deixar de apresentar uma estrutura unitária.

A doutrina alemã veio considerar<sup>32</sup>, simplesmente, que tão inválido era o negócio que contornava a lei como aquele que atentasse diretamente contra ela<sup>33</sup>. Assim, foi recusado, aquando da preparação do BGB, um preceito relativo à fraude à lei, com a seguinte justificação<sup>34</sup>:

A decisão da questão sobre se um negócio surgido em fraude à lei é nulo depende da interpretação da previsão negocial e da norma aplicável a essa previsão.

II. A doutrina suíça de língua alemã também analisa a *Umgehung*, ordenando-a em diversos institutos obrigacionais que, contra a lei, se pretenda afetar<sup>35</sup>. Também o desvio no campo dos Direitos Reais obteve análise<sup>36</sup>. A matéria tem um lugar especial no Direito internacional privado<sup>37</sup>, no Direito das sociedades, quanto às participações sociais<sup>38</sup> e no Direito do trabalho, onde o tema se liga, ainda, ao do abuso do direito<sup>39</sup>.

Feito o relance, podemos considerar que a doutrina mantém o tema no campo da interpretação da lei. Como se lê em Enneccerus/Nipperdey, perante determinada proibição legal, cabe saber se se proíbe apenas uma certa atuação ou se se veda um determinado resultado; quando a proibição se alargue ao resultado, tão proibido é o negócio que, de imediato, lá chegue como aquele que o consiga, de modo apenas indireto<sup>40</sup>.

<sup>32</sup> Quanto à evolução, desde o Iluminismo tardio ao nacional-socialismo: JAN SCHRÖDER, *Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung / Die Umgehungsgeschäft in der rechtswissenschaftlichen Doktrin von der Spätaufklärung bis zum Nationalsozialismus* (1985), 144 pp., sublinhando a conexão do instituto com a interpretação da lei. Na passagem do Direito romano para o alemão, referimos FRANZ LEDERMANN, *Die Gesetzesumgehung im römischen und bürgerlichen Recht* (1912), 78 pp., numa linha similar.

<sup>33</sup> BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, *Pandekten*, 9.ª ed. (1906), § 70 (1, 321).

<sup>34</sup> WERNER FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed. (1992), 350.

<sup>35</sup> DENIS MADAY, *Die sogenannte Gesetzesumgehung insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht* (1941), 332 pp..

<sup>36</sup> MICHAEL KIKINIS, *Benutzungsrechte an Sachen / Unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzesumgehung* (1996), XXX + 216 pp., 62 ss..

<sup>37</sup> GUSTAV RÖMER, *Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht* (1955), XV + 182 pp.; MARTINA BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht* cit., 219 ss..

<sup>38</sup> THOMAS ASMUS, *Die vinkulierte Mitgliedschaft / Der Schutz mitgliederschaftlicher Vinkulierungsinteressen und das Problem der Gesetzesumgehung* (2001), XVI + 271 pp..

<sup>39</sup> TANJA RUDNIK, *Die Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts / Von Sachgrund-erfordernis zum Rechtsmissbrauchsverbot* (2019), 374 pp., 21 ss., com referências históricas.

<sup>40</sup> LUDWIG ENNECCERUS/HANS CARL NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15.ª ed. (1958), § 190, III (1160-1161).

III. A doutrina alemã atual conserva esta orientação. Larenz diz que há negócio em fraude à lei:

(...) quando as partes procuram alcançar o escopo de um negócio proibido por causa desse mesmo escopo, com o auxílio de um negócio não proibido<sup>41</sup>.

Claro está: determinada a proibição do escopo, todos os negócios que permitam lá chegar estão proibidos. Por isso, a doutrina afasta a hipótese de haver uma teoria autónoma da “fraude à lei”<sup>42</sup>: tal apenas se teria justificado quando a interpretação se cingia à letra da lei; ultrapassado esse estágio, tudo residiria em apurar o alcance das normas em jogo. A referência à fraude à lei pode, contudo, ser útil para exprimir um negócio cuja ilicitude as partes pretenderam dissimular.

## 5. O sistema italiano

I. Em Itália, diversos fatores, entre os quais uma vigorosa polémica, levaram a que a figura da fraude à lei se conservasse por mais tempo. Frente a frente, temos duas teorias: a objetiva e a subjetiva<sup>43</sup>:

- (1) a teoria objetiva fazia depender a fraude à lei do simples facto de o ato visado prosseguir, em si, um escopo proibido; o problema residiria em conseguir distinguir a fraude à lei da atuação pura e simplesmente contrária à lei;
- (2) a teoria subjetiva pressupunha, na fraude à lei, uma intenção do agente de evitar a aplicação da norma imperativa; mas poderia contrapor-se que a intenção, só por si, não relevaria, desde que o agente se movimentasse dentro do espaço permitido.

<sup>41</sup> KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.<sup>a</sup> ed. (2004), 731, bem como JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* cit., 12.<sup>a</sup> ed., § 45, V (550-551).

<sup>42</sup> Assim: WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II – *Das Rechtsgeschäft*, 4.<sup>a</sup> ed. (1992), 350 e DIETER MEDICUS/JENS PETERSEN, *Allgemeiner Teil*, 11.<sup>a</sup> ed. (2016), Nr. 660 (289).

<sup>43</sup> GIOVANNI GIACOBBE, *La frode alla legge* cit., 15; deste Autor *vide*, também, *Frode alla legge*, ED XVIII (1969), 72-88 (80 ss.). Entre os clássicos, refiram-se NICOLA COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano/Parte generale*, 3.<sup>a</sup> ed. (1924), 416 ss.; LUIGI CARRARO, *Frode alla legge* cit., 647 ss. e, em primeiro lugar, FRANCESCO FERRARA, *Della simulazione nei negozi giuridici*. 3.<sup>a</sup> ed. (1909), 66 ss.. Elementos mais recentes podem ser vistos em Giuseppe Cricenti, *I contratti in frode alla legge* (1996), 24 ss. e em MARIA BRUNA CHITO, em Pietro Rescigno, *Codice civile* 1, 7.<sup>a</sup> ed. (2008), art. 1344.<sup>o</sup> (2456-2460).

II. A doutrina tem procurado uma certa síntese, apontando, na fraude à lei, um elemento objetivo e um elemento subjetivo: o agente recorre a uma combinação de atos lícitos para prosseguir um fim ilícito<sup>44</sup>. O tema tem, em Itália, uma relevância prática: segundo o artigo 1344.º do Código Civil italiano<sup>45</sup>,

Também se considera ilícita a causa quando o contrato constitua um meio para iludir a aplicação de uma norma imperativa.

A sanção reside no artigo 1418.º/II do mesmo Código: a nulidade do negócio<sup>46</sup>.

III. Embora o problema não esteja estudado nestes termos, julga-se que, na clivagem entre a doutrina alemã e a italiana, jogaram, também, fatores de ordem linguística. Na língua alemã, como vimos, a fraude à lei diz-se, simplesmente *Gesetzesumgehung*, isto é, “desvio da lei”; trata-se de uma fórmula valorativamente neutra; pelo contrário, em italiano (*frode alla legge*), como em português, surge a velha *fraus*, que tem um sentido pejorativo forte e pode mesmo traduzir crime.

É importante frisar que estas clivagens linguísticas não têm razão de ser. A expressão “fraude à lei” assume um sentido técnico-jurídico preciso que coincide com a *Gesetzesumgehung*; noutros termos: não deve ser tomada como algo de pejorativo mas, tão-só, como uma noção próxima da ilicitude civil comum ou coincidente com ela.

### § 3.º **Direito português**

#### **6. Os códigos civis de 1867 e de 1966**

I. Realizada uma breve referência à evolução da ideia de “fraude à lei” e à sua aplicação nos espaços jurídicos alemão e italiano (os que mais têm vindo a influenciar o atual Direito civil português), cabe agora ponderar a lei e a doutrina nacionais. A nível de lei geral, nada há a apontar: tanto o Código Civil de 1867 como o de 1966 são omissos na matéria, salvo o artigo 21.º deste último, circunscrito ao Direito internacional privado, onde tem um alcance especial<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> MASSIMO BIANCA, *Diritto civile III – Il contratto* (1987), 588.

<sup>45</sup> RITA ROLLI, em Giuseppe de Marzo (org.), *Codice civile commentato*, I (2018), 1860-1861.

<sup>46</sup> *Idem*, 1965-1971.

<sup>47</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, no nosso *Código Civil Comentado*, I (2020), 151-154, com indicações.

II. Na doutrina, o problema da fraude à lei foi divulgado, num primeiro tempo, por Beleza dos Santos. Este Autor, depois de expor com brevidade os termos e as evoluções do problema<sup>48</sup>, vem aderir à construção germânica da não-autonomia do instituto: tudo residiria numa questão de interpretação das fontes legais em causa. Diz Beleza:

Tudo depende portanto da interpretação e nada fica como âmbito autónomo para a doutrina da fraude à lei, não podendo por isso contrapor-se os actos de fraude à lei aos actos contra a lei.

Na verdade, os primeiros ofendem a letra do texto legal, os segundos o seu espírito, mas uns e outros violam a lei, porque letra e espírito são elementos essenciais e inseparáveis da norma legal. Somente num caso a violação é mais clara, no outro mais oculta, numa mais grosseira e franca, no outro mais artificiosa e disfarçada<sup>49</sup>.

III. Manuel de Andrade voltou ao assunto com várias precisões, mas em termos bastante próximos<sup>50</sup>. Definindo os negócios em fraude à lei nos termos clássicos como “...aqueles que procuram contornar ou circunvir uma proibição legal, tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos quais a lei designadamente previu e proibiu...”, Manuel de Andrade expõe as teorias subjetiva e objetiva, acabando por aderir à segunda<sup>51</sup>. E fazendo-o, não pode deixar de pôr em crise a autonomia da fraude, reconduzindo-a à interpretação.

Diz ele:

Se bem pensarmos, todo o problema se reconduz ao da exacta interpretação da norma proibitiva, segundo a sua finalidade e alcance substancial. Isto posto, haverá fraude relevante caso se mostre que o intuito da lei foi proibir não apenas os negócios que especificamente visou, mas quaisquer outros tendentes a prosseguir o mesmo resultado, só não os mencionando por não ter previsto a sua possibilidade, ou ter tido deliberadamente mero propósito exemplificativo. Fala-se neste caso em *normas materiais*. Não haverá fraude relevante caso se averigüe que a lei especificou uns tantos negócios por só ter querido combater certos meios (esses mesmos negócios) de atingir um dado fim ou resultado, em razão de os julgar particularmente graves e perigosos<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A simulação em Direito civil*, 1 (1921), 101 ss..

<sup>49</sup> JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *A simulação* cit., 1, 107.

<sup>50</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, 2 (1960; há reimpressões), 337 ss..

<sup>51</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral* cit., 2, 338.

<sup>52</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral* cit., 2, 339.

IV. Esta posição surge na doutrina posterior ao Código Civil de 1966, ainda que com diversas precisões. Nesse sentido é possível citar Mota Pinto<sup>53</sup>, Castro Mendes<sup>54</sup>, Vaz Serra<sup>55</sup>, Carvalho Fernandes<sup>56</sup> e nós próprios<sup>57</sup>. O que não constitui surpresa: no âmbito da preparação do Código Civil, tal foi a opção feita pelos especialistas que intervieram diretamente nesse ponto: Vaz Serra<sup>58</sup> e Rui de Alarcão<sup>59</sup>; e por isso mesmo, esses autores vieram a concluir que não era necessário inserir no Código um preceito específico sobre o tema<sup>60</sup>. Acrescente-se, ainda, que esta orientação é acolhida na jurisprudência. Como diz o Supremo: “em suma e na realidade, o negócio em fraude à lei é sempre um negócio contrário a ela”<sup>61</sup>.

### 7. *Posição sustentada*

I. Hoje, entendemos que a fraude à lei é uma forma de ilicitude que envolve, por si, a nulidade do negócio<sup>62</sup>. A sua particularidade residirá no facto de as partes terem tentado, através de artifícios mais ou menos assumidos, conferir ao negócio uma feição inóqua. A fraude à lei exige uma interpretação melhorada dos preceitos vigentes:

<sup>53</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do Direito civil*, 4.ª ed. (2005), 557.

<sup>54</sup> JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria geral do Direito civil*, 2 (1985), 332-334.

<sup>55</sup> Adriano Vaz Serra, *Anot. ao acórdão do STJ de 6-Jan.-1976 (Oliveira Carvalho)*, RLJ 110 (1977), 26-29 (28).

<sup>56</sup> CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do Direito civil*, 2, 5.ª ed. (2010), 161, quando considera que a fraude à lei (apenas) implica ilicitude indireta: as partes procuram, por via lícita, atingir um resultado proibido.

<sup>57</sup> O nosso *Teoria geral do Direito civil*, 2, 2.ª ed. (1988), 123-124; mais tarde, evoluímos para a posição abaixo explicada, que não é radicalmente diversa.

<sup>58</sup> ADRIANO VAZ SERRA, *A prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos*, BMJ 74 (1958) 15-283 (n.º 29).

<sup>59</sup> RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação do anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial*, BMJ 138 (1964), 120-121.

<sup>60</sup> Em especial RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação cit.*, 121.

<sup>61</sup> STJ 9-mai.-1985 (GÓIS PINHEIRO), BMJ 347 (1985), 404-408 (407). Também a RLX 2-dez.-1997 (DINIS NUNES), BMJ 472 (1998), 552 (o sumário), equipara a fraude à lei à violação direta da lei, aplicando o artigo 280.º.

<sup>62</sup> Alteramos, em parte, a posição que defendemos nas primeiras edições do *Tratado de Direito civil*; em especial, somos sensíveis à argumentação deduzida por A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito civil* (2014), 776-777.

- (1) se se proíbe o resultado, também se proíbem os meios indiretos para lá chegar<sup>63</sup>; nas palavras da Relação do Porto:

(...) a cláusula revela-se contrária à lei, seja por violação frontal, seja porque o cumprimento da prestação contratual produziria um resultado que a lei quis impedir e que teve por ofensivo do interesse social<sup>64</sup>.

- (2) se se proíbe apenas um meio – sem dúvida por se apresentar perigoso ou insidioso – fica em aberto a possibilidade de percorrer outras vias que a lei não vede.

II. Nalguns casos, todavia, a lei, depois de prescrever certo regime, proíbe expressamente os negócios que possam contorná-lo: assim sucedia no Direito do trabalho, com os contratos a termo, no domínio do Decreto-Lei n.º 781/76, hoje revogado. Segundo o artigo 3.º/2 desse diploma:

A estipulação de prazo será nula se tiver por fim iludir as disposições que regulam o contrato sem prazo.

Este preceito originou a maioria das decisões judiciais que referem a figura da fraude à lei<sup>65</sup>. Todavia e pela forma indireta por que ele mencionava a licitude, deu sempre azo a dúvidas. A posterior LCCT, nos seus artigos 41.º e seguintes, tratava o regime do contrato a termo com maior precisão. Evitava, assim, um preceito semelhante ao acima transcrito. O Código do Trabalho vigente, nos seus artigos 139.º e seguintes, fechou o círculo: a fraude à lei tem, no Direito do trabalho, o mesmo papel que assume no civil. A fraude à lei poderia, noutra contexto, designar o abuso do direito<sup>66</sup>. Esta figura não pode, todavia, deixar de ser estudada enquanto tal: tem uma vincada identidade dogmática.

III. Apesar destas particularidades que a enfraquecem, a fraude à lei assenta numa composição linguística muito clara, fortemente marcada pela História.

<sup>63</sup> Assim: por lei, só os farmacêuticos podiam ser donos de farmácias; era nulo o esquema que consiste em adquirir uma farmácia através de uma sociedade irregular com intervenção formal de uma farmacêutica: RPt 29-abr.-1999 (CUSTÓDIO MONTES), CJ XXIV (1999) 2, 212-219 (216/I).

<sup>64</sup> RPt 24-mai.-2001 (ALVES VELHO), CJ XXVI (2001) 3, 201204 (204/I).

<sup>65</sup> RCB 7-out.-1993 (SOUSA LAMAS), CJ XVIII (1993) 4, 99-101 (100/I) e RLx 13-abr.-1994 (DINIS ROLDÃO), CJ XIX (1994) 2, 166-169 (168/II).

<sup>66</sup> RPt 3-fev.-2004 (FERNANDO SAMÕES), CJ XXIX (2004) 1, 172-178 (177/I).

Podemos adotá-la, como foi dito, enquanto manifestação particular da ilicitude, caracterizada em três pontos:

- (1) uma aparência inóqua;
- (2) uma intenção específica de prosseguir um objetivo vedado por lei;
- (3) a efetiva consecução desse objetivo.

O Código Civil consagra-a, como referido, no Direito internacional privado. Segundo o artigo 21.º, precisamente epigrafado “fraude à lei”<sup>67</sup>:

Na aplicação das normas de conflitos são irrelevantes as situações de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente.

Comose vê, requer-se, aqui, um “intuito fraudulento”. Outros preceitos legais podem ser referidos, nesse sentido. Assim, segundo o artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, relativo ao crédito ao consumo, epigrafado “fraude à lei”:

1. São nulas as situações criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicação do disposto no presente decreto-lei.
2. Configuram, nomeadamente, casos de fraude à lei:
  - a) O fracionamento do montante do crédito por contratos distintos;
  - b) A transformação de contratos de crédito sujeitos ao regime do presente decreto-lei em contratos de crédito excluídos do âmbito da aplicação do mesmo;
  - c) A escolha do direito de um país terceiro aplicável ao contrato de crédito, se esse contrato apresentar uma relação estreita com o território português ou de um outro Estado membro da União Europeia.

Também o artigo 37.º do Regime dos Contratos de Crédito Relativos a Imóveis, adotado pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, comporta uma regra semelhante.

IV. Para além das apontadas consagrações legais, a jurisprudência conhece a fraude à lei e faz, dela, uma aplicação que não pode ser ignorada. Assim e com base, apenas, em casos decididos nos últimos anos:

<sup>67</sup> *Vide*, no plano processual, RLx 27-out.-2020 (Fátima Reis Silva), Proc. 639/20.

- *STJ 22-jan.-2008*: não há ilicitude por fraude à lei quando uma procuração, pretensamente outorgada contra o artigo 281.º, não tenha servido para a conclusão de qualquer negócio<sup>68</sup>;
- *STJ 27-jan.-2010*: o direito de denúncia facultado, ao senhorio, para habitação própria não funciona quando a necessidade habitacional tenha sido intencionalmente criada, segundo o artigo 109.º do RAU, então em vigor; estão em causa condutas fraudulentas, que criem uma falsa necessidade de habitação<sup>69</sup>;
- *STJ 13-abr.-2010*: o direito de remição previsto no artigo 912.º do CPC (hoje, artigo 842.º do CPC de 2013) visa preservar, na família, certos bens executados; pode-se, perante essa finalidade, equacionar a verificação de fraude à lei, por parte do remidor, desde que se prove que o exercício de tal direito visou arranjar uma forma de mais tarde ou mais cedo, poder facilmente negociar o bem em jogo<sup>70</sup>;
- *STJ 7-jun.-2011*: a técnica que consiste em dividir matricialmente um prédio, sempre sob a mesma titularidade e, depois, vender as parcelas a pessoas diferentes, não é admissível: há, de facto, um fracionamento não permitido, legitimado em fraude à lei<sup>71</sup>;
- *STJ 19-abr.-2012*: não é possível, através da acessão industrial imobiliária, em fraude à lei, adquirir-se uma parcela de terreno sem observância das normas imperativas relativas aos destaques<sup>72</sup>;
- *RLx 6-fev.-2020*: há fraude à lei numa partilha que não ofenda aberta ou declaradamente uma proibição legal, mas que tenha sido outorgada com a finalidade de contornar ou circunvir essa proibição<sup>73</sup>;
- *REv 24-set.-2020*: decisivo para afirmar a ilicitude e consequente nulidade do negócio em fraude à lei é o resultado com ela obtido e não a intenção das partes<sup>74</sup>;
- *RGm 12-nov.-2020*: o negócio pode ser nulo por fraude à lei, isto é, por, com a sua celebração, se alcançar um resultado reprovado<sup>75</sup>;

<sup>68</sup> STJ 22-jan.-2008 (NUNO CAMEIRA), Proc. 07A4255 = CJ/Supremo XVI (2008) 1, 55-56 (56/II).

<sup>69</sup> STJ 27-jan.-2010 (RODRIGUES DOS SANTOS), Proc. 7521/03.

<sup>70</sup> STJ 13-abr.-2010 (URBANO DIAS), Proc. 477-D/1996.

<sup>71</sup> STJ 7-jun.-2011 (NUNO CAMEIRA), Proc. 197/2000.

<sup>72</sup> STJ 19-abr.-2012 (LOPES DO REGO), Proc. 34/09.

<sup>73</sup> RLx 6-fev.-2020 (ANTÓNIO SANTOS), Proc. 12674/16.

<sup>74</sup> REv 24-set.-2020 (ISABEL PEIXOTO IMAGINÁRIO), Proc. 700/10.

<sup>75</sup> RGm 12-nov.-2020 (JOAQUIM BOAVIDA), Proc. 4733/19.

- *STJ 15-dez.-2020*: só existe fraude à lei se o conteúdo do negócio ou a substância da situação jurídica colidir diretamente com a intencionalidade da norma defraudada<sup>76</sup>.

V. Este último acórdão, do Supremo Tribunal de Justiça, sintetiza bem o ponto da situação quanto à fraude à lei. Tudo reside em saber se esta proíbe um certo fim ou resultado. Sendo o caso, as vias “disfarçadas” para lá chegar são ilícitas, por defraudarem a lei. Se apenas uma dessas vias, por inconveniência, for proibida, as outras ficam licitamente disponíveis. A fraude à lei fica, assim, disponível como mais um instrumento ao serviço da concretização do Direito<sup>77</sup>. Deve ser usada com parcimónia, para não pôr em causa uma regra civil básica: é permitido quanto, por lei formal, não for proibido.

<sup>76</sup> STJ 15-dez.-2020 (HENRIQUE ARAÚJO), Proc. 26542/16.

<sup>77</sup> Assim a conclusão de MARTINA BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht* cit., 373 ss.: a fraude à lei não é supérflua (*überflüssig*).

## *Direito Real de Habitação Periódica: do bem de consumo, à realidade\**

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS\*\*

SUMÁRIO: 1. *Considerações gerais.* 2. *Direito Real de Habitação Periódica enquanto sintoma de modernidade.* 3. *A especialidade do objecto.* 4. *A duração.* 5. *Direitos e obrigações do utente.* 6. *Direitos e obrigações do proprietário.* 7. *Assembleia de utentes.* 8. *Causas extintivas.* 9. *A natureza jurídica.* 10. *Conclusões.*

### **1. Considerações gerais**

Agradecendo o honroso convite da Comissão Organizadora, no sentido de participar na elaboração da obra colectiva *Estudos de Direito do Consumo*, assumo o encargo de estudar o direito real de habitação periódica. Se, como procuraremos demonstrar, é um direito ligado à modernidade dos direitos reais, não deixa de ser verdade que estamos defronte de um regime que muito tem evoluído, motivado em grande parte, por questões atinentes ao direito do consumo. Faz, por isso, pleno sentido que o IDC insira a temática atinente aos direitos reais de habitação periódica, nestes Estudos, organizados em conjunto com o CIDP da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Aliás, se atentarmos na origem e subsequente evolução do respectivo regime jurídico, constatamos, sem dificuldade de maior, que as questões conexas com o direito do consumo<sup>1</sup> estiveram sempre presentes. Com efeito, o incremento

\* Texto elaborado no âmbito dos Estudos de Direito de Consumo, organizados pelo Instituto de Direito do Consumo (IDC) da Faculdade de Direito de Lisboa.

\*\* Professor Associado com agregação da Faculdade de Direito de Lisboa.

do turismo e a necessidade de regular o uso e fruição de imóveis, por curtos períodos, em zonas de vilegiatura ou de veraneio, mostraram a necessidade de regular uma actividade, no intuito de proteger o indivíduo que contrata com o titular de um imóvel destinado a gozo de férias. Em especial, o indivíduo que não preferiu o alojamento num estabelecimento hoteleiro, em virtude dos custos mais elevados<sup>2</sup>, mas escolheu usar um apartamento, por um curto período de tempo, geralmente em gozo de férias, numa estância balnear.

Estaremos, assim, defronte de um contrato de prestação de serviços cujo objecto será um imóvel, geralmente um apartamento mobilado, destinado a alojar um ou vários indivíduos, por curtos períodos de tempo, ao longo de um ano civil. Se o apartamento deve estar em razoável estado de conservação, com os electrodomésticos e outros equipamentos a funcionar, ocorrem, naturalmente, um conjunto de aspectos que interessa acautelar, no intuito de proteger o sujeito que contratou, o verdadeiro consumidor, no sentido de gozar um período de férias determinado. Em boa verdade, no sentido de salvaguardar a protecção do consumidor, a União Europeia fez aprovar duas directivas. A primeira, a Directiva 94/47/CE<sup>3</sup>, alude à necessidade de evitar indicações enganosas ou incompletas nas informações que digam respeito à venda de direitos de utilização a tempo parcial de um ou mais bens imóveis. A segunda, a Directiva 2008/122/CE<sup>4</sup>, dilucida aspectos, motivados por relatórios direccionados, no intuito de implementar o *acquis* de protecção do consumidor<sup>5</sup>, de remover lacunas susceptíveis de agravar distorções da concorrência e de infligir danos ao consumidor. Ademais, acautelando a informação pré-contratual e o próprio clausulado, de modo a evitar práticas comerciais enganosas e agressivas, bem como diversas outras práticas desleais das empresas para com os consumidores,

<sup>1</sup> Acerca do direito do consumo e da especial protecção do consumidor, CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, 1990, pp. 61 e segs.

<sup>2</sup> Sobre os interesses económicos e sociais do direito de habitação periódica, JORGE WAHL SILVA, “Tempo Compartido de la Copropiedad a la Multipropiedad?” in *Revista Chilena de Derecho*, Vol 23, n.º 1, 1996, p. 129.

<sup>3</sup> Cf. Directiva 94/47CE do Parlamento e do Conselho de 26 de Outubro de 1994 relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis.

<sup>4</sup> Cf. Directiva 2008/122/CE do Parlamento e do Conselho de 14 de Janeiro de 2009 sobre a protecção do consumidor relativamente a determinados aspectos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e troca .

<sup>5</sup> No que concerne a este tópico, ALBRECHT ROTHACHER enfatiza a importância do Relatório da Comissão sobre o Mercado Interno e a adesão de novos Estados membros, onde era destacado o *acquis* atinente à protecção do consumidor. Cf. “Consumer Protection in Central and Eastern Europe and EU Accession” in *Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe*, Vol. 2, n.º 2, 1999, pp. 187 e segs.

tendo em conta a entrada em vigor, em 2005, de uma outra Directiva, especialmente dirigida às práticas comerciais desleais<sup>6</sup>.

As directrizes inovadoras, não só promovidas pelas directivas, já mais recentemente, tiveram impacto no direito positivo português. Em especial, no diploma que substituiu, em 1993, os anteriores Decretos-Lei<sup>7</sup>. Interessa sublinhar que o respectivo preâmbulo salienta medidas direccionadas à protecção do adquirente consumidor. Designadamente a necessidade de proporcionar ao consumidor uma informação atempada e pormenorizada sobre o direito real de habitação periódica a adquirir, estabelecendo a obrigatoriedade de o alienante fornecer um documento, complementar do contrato, com indicações precisas e exaustivas. Bem como o direito de resolver o contrato de aquisição, sem sofrer qualquer penalização, durante um prazo de 14 dias, de modo a promover decisões aquisitivas menos sugestionadas por técnicas agressivas de promoção e comercialização. Também a obrigatoriedade de o proprietário das unidades de alojamento prestar caução, no intuito de defender os direitos do adquirente ou do promitente adquirente. E, como corolário protector dos adquirentes consumidores, uma tipificação adequada dos ilícitos contra-ordenacionais, com a devida actualização dos montantes das coimas aplicáveis.

Ademais, como era expectável, o teor das duas directivas implicaram especiais modificações no conteúdo do Decreto-Lei 275/93. Em conformidade, por causa das virtualidades protectivas<sup>8</sup>, a transposição da Directiva de 1994, implicou a necessidade de introduzir alterações no regime vigente, por meio da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 180/99 de 22 de Maio. No entanto, porque a Comissão Europeia havia concluído que a anterior Directiva não havia sido transposta na sua integralidade<sup>9</sup>, foram alterados outros preceitos, de acordo com o preceituado no Decreto-Lei n.º 22/2002 de 31 de Janeiro.

<sup>6</sup> Cf. Directiva 2005/29/CE do Parlamento e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas para com os consumidores no mercado interno. De modo mais vasto, acerca de modificações no direito da união europeia, tendo em vista da protecção dos direitos dos consumidores, ZABIA VERNADAKI, “Consumer Protection and the Reform of the European Consumer Acquis” in *International Company and Commercial Law Review*, n.º 21, 2010, pp. 316 e segs.

<sup>7</sup> Cf. Decretos-lei n.º 355/81 de 31 de Dezembro, n.º 130/89 de 19 de Abril e o Decreto-Lei 275/93 de 5 de Agosto.

<sup>8</sup> Acerca das vantagens do regime nacional, em confronto com o preceituado na Directiva de 2004, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre o Direito de Arrependimento do Adquirente de Direito Real de Habitação Periódica (Time-Sharing) e a sua Articulação com Direitos Similares noutros Contratos de Consumo” in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 3, 1995, p. 71.

<sup>9</sup> A insuficiência de transposição, não foi apenas detectada apenas no direito português. Assim, no tocante aos ordenamentos holandês, austríaco, francês e espanhol, ALICIA APARICIO e MIGUEL GÓMEZ JENÉ, “Hacia una Modificación de la Directiva de Timesharing”, in *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol 67, 2005, pp. 2 e segs.

Mais tarde, apreciando o conteúdo da Directiva de 2008, houve que aprovar ainda um outro diploma, o Decreto-Lei n.º 37/2011 de 10 de Março, destinado a aperfeiçoar alguns aspectos conexos com a protecção do consumidor. Nomeadamente, a informação pré-contratual dos consumidores e o prazo para o exercício do direito de retratação, sem indicação de motivo ou pagamento de encargos correspondentes. Todavia, porque houve a necessidade de concretizar, de modo mais adequado, a transposição da Directiva de 2008, o Decreto-Lei n.º 245/2015 de 20 de Outubro introduziu a sexta alteração, no Decreto-Lei n.º 275/93, no intuito de concretizar e de melhor densificar, uma vez mais, a especialíssima protecção dos consumidores. Particularmente no tocante à proibição de entrega de sinais ou outras contrapartidas, nos contratos de revenda, anteriormente à conclusão do negócio ou antes de, por qualquer outro meio, se ter posto fim ao contrato de revenda.

## 2. Direito Real de Habitação Periódica enquanto sintoma de modernidade

Tendo em conta o rápido desenvolvimento de um serviço vocacionado para o turismo, concorrente com a actividade hoteleira, compreende-se o cuidado direccionado à protecção do consumidor, mas, de igual sorte, à atribuição de um direito real de gozo, em detrimento do instituto da locação ou de uma via marcadamente associativa<sup>10</sup>. Em conformidade, não se pretende um acordo de prestação de serviços com a unidade hoteleira ou até com a empresa de alojamento local, mas antes um direito subjectivo de gozo de natureza real. Contudo, se a opção pela realidade contribui para a segurança, interessa lembrar que a escolha por algum dos direitos de gozo pré-existentes suscitavam inconvenientes. Na verdade, no tocante ao regime de propriedade horizontal, a aquisição de um apartamento, além de ser uma opção muito onerosa, implicaria encargos inerentes ao exercício da propriedade, algo desajustado para quem pretendia gozar férias, por um limitado período de tempo, num determinado local, diverso da residência habitual<sup>11</sup>. Por seu turno, quanto à compropriedade, existem aspectos, no respectivo regime jurídico, v.g. a faculdade de requerer a

<sup>10</sup> Acerca deste dilema e das vantagens da contitularidade real, MARINA PETRONE, *Multiproprietà, Individuazione dell' Oggetto e Schemi Reali Tipici*, Milão, 1985, pp. 3 e segs. JOSÉ LOBO MOUTINHO e LUÍS BERNARDES, “Estudo sobre o Direito Real de Habitação Periódica” in *Direito e Justiça*, Vol. 7, 1993, pp. 412 e segs.

<sup>11</sup> Cf. HENRIQUE DE MESQUITA, “Uma Nova Figura Real: O Direito de Habitação Periódica” in *Revista de Direito e Economia*, Ano 8, n.º 1, 1982, p. 43.

divisão de coisa comum, que revelam desconformidades face aos interesses em presença<sup>12</sup>.

Por isso, surgiu, em diversos ordenamentos jurídicos, um novo tipo de direito real, destinado a atribuir o gozo sobre uma unidade de alojamento, situada num empreendimento ou complexo turístico. Em boa verdade, o novo tipo real nem sempre foi reconhecido, *ab initio*, pelo legislador, mas, de quando em vez, por via jurisprudencial<sup>13</sup>. Assim, apenas, num segundo momento, o direito real seria reconhecido, enquanto tal, na legislação ordinária, tanto mais que diversos CC, mesmo aqueles que entraram em vigor em pleno século XX, não o reconheciam.

Ao assumir a necessidade de criar um novo direito real e, em conformidade, acautelar o estruturante princípio da tipicidade<sup>14</sup>, o legislador sublinhou, entre as vantagens do novo regime de propriedade fraccionada por quotas de partes temporais, uma protecção mais adequada do que uma mera protecção legal de tipo obrigacionista<sup>15</sup>. Logo, porque o investimento em habitação própria de férias não está ao alcance de todos, este direito real, também sujeito a registo e oponível erga omnes, consolida a segurança de direitos individuais, designadamente quanto ao uso e exploração do empreendimento turístico. Ademais, no intuito de acautelar padrões mínimos de qualidade exigíveis em empreendimentos turísticos, estabeleceu-se, a partir de 1993<sup>16</sup>, que apenas 60% das unidades de alojamento do empreendimento podiam ser exploradas em regime de direito real de habitação periódica.

A adaptabilidade do legislador, ao criar novos tipos legais, cuja utilidade e necessidade tem sido amplamente reconhecida, em face das insuficiências dos outros tipos reais, designadamente o condomínio ou a compropriedade, face às exigências da vida moderna, em especial do sector vocacionado para o turismo, desmente, só por si, o declínio<sup>17</sup>, a crise<sup>18</sup> ou o sub-desenvolvimento da dogmática da realidade<sup>19</sup>. Antes reitera uma modernidade e adaptabilidade, por nós antes detectada, enquanto identidade dos direitos reais, enquanto sub-ramo do direito civil. Aliás, isso justificou, numa outra oportunidade, que destacássemos

<sup>12</sup> Cf. HENRIQUE DE MESQUITA, “Uma Nova Figura...” in op. cit., p. 46.

<sup>13</sup> Isso sucedeu no ordenamento jurídico italiano. Cf. NUCCIA PARODI, “Multiproprietà” in *Trattato dei Diritti Reali*, Milão, 2011, pp. 457-8.

<sup>14</sup> Acerca da tipicidade, enquanto princípio estruturante da realidade, vide o nosso *Manual de Direitos Reais*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 2020, pp. 118 e segs.

<sup>15</sup> Cf. Decreto-Lei n.º 355/81.

<sup>16</sup> Cf. Decreto-Lei n.º 275/93.

<sup>17</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Vol. I, Lisboa, 1979, pp. 50-1.

<sup>18</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, 1968, p. 13.

<sup>19</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra, 2008, p. 45.

o direito real de habitação periódica, como um dos exemplos paradigmáticos da impressiva aceitabilidade do devir denotada pelos direitos reais<sup>20</sup>. Logo, independentemente do entusiasmo que o desenvolvimento desta figura tenha merecido, em termos de uma prognose otimista<sup>21</sup>, devemos atentar, por nossa parte, nos traços principais do respectivo regime jurídico.

### 3. A especialidade do objecto

O direito real de habitação periódica só pode ser compreendido se atentarmos, com especial cuidado, no objecto sobre o qual incide o conjunto de poderes a exercer pelo respectivo titular. Com efeito, este direito real não é susceptível de incidir sobre todas as coisas corpóreas. Antes apenas sobre uma especial categoria de imóveis. Por conseguinte, mais do que é exigível ao direito real de condomínio, onde os respectivos direitos devem incidir sobre um edifício, constituído por unidades independentes, distintas e isoladas entre si, com saída própria, para uma parte comum do prédio ou para a via pública<sup>22</sup>, no direito real de habitação periódica devem existir unidades de alojamento integradas em hóteis-apartamentos, aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos<sup>23</sup>. Acresce que, sobre aquelas unidades de alojamento, para além do direito de propriedade ou de condomínio, só podem ser constituídos pelo respectivo titular, direitos reais de habitação periódica<sup>24</sup>.

As unidades devem ser independentes, distintas e isoladas entre si, com saída própria para uma parte comum ou para a via pública. Também devem inserir-se num empreendimento turístico em que, pelo menos, trinta por cento das unidades de alojamento afectas à exploração turística, não sejam constituídos direitos reais de habitação periódica ou direitos de habitação turística. Em conformidade, a exploração turística, integrada num empreendimento<sup>25</sup>, deve compatibilizar-se, no mesmo edifício, conjunto de edifícios ou conjunto imobiliário, objecto de uma única descrição no registo predial<sup>26</sup>, com as supra-mencionadas unidades de alojamento, sujeitas a uma declaração de comuni-

<sup>20</sup> Vide nosso *Direitos Reais e Bens Culturais Móveis*, Cascais, 2020, p. 9

<sup>21</sup> Acerca deste tópico, MEL WEINBERGER, “Timesharing for the Next Century” in *Solo and Small Firm Lawyer*, Vol. 16, n.º 3, 1999, pp. 38 e segs.

<sup>22</sup> Cf. artigo 1415.º CC

<sup>23</sup> Cf. artigo 1.º Decreto-Lei n.º 257/93

<sup>24</sup> Cf. artigo 2.º Decreto-Lei n.º 275/93.

<sup>25</sup> Cf. n.º 1 do artigo 4.º Decreto-Lei n.º 257/93.

<sup>26</sup> Cf. n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 275/93

cação prévia ao Turismo de Portugal, IP, acompanhada de uma série de elementos descritivos do empreendimento e dos respectivos titulares<sup>27</sup>. Todavia, se o Turismo de Portugal, IP, não se pronunciar no prazo de 30 dias a contar da apresentação da comunicação prévia, o proprietário das unidades pode promover a constituição dos direitos reais de habitação periódica, nos termos e de acordo com as declarações inscritas na comunicação prévia<sup>28</sup>.

#### 4. A duração

Devemos ainda realçar os aspectos atinentes ao prazo e ao período de efectivo uso e fruição. Assim, o direito de habitação periódica é, de modo geral, perpétuo, mas o título constitutivo pode consagrar um limite de duração. Nesta hipótese, assumindo o direito um carácter temporário, o período de vigência, fixado por acordo entre as partes, deve respeitar um período mínimo de um ano<sup>29</sup>, a contar da sua constituição ou da data de abertura ao público, se o empreendimento estiver em construção, em vez do período de quinze anos, previsto em legislação anterior<sup>30</sup>, algo consabidamente exagerado.

Além do prazo de vigência do uso e fruição, constante de acordo entre as partes ou nos termos da norma subsidiária referida, importa mencionar o período de efectiva utilização, em cada ano civil, pelo titular do direito real de habitação periódica. Em boa verdade, como decorre do *nomen juris*, um direito verdadeiramente parcelar. Logicamente, o utente<sup>31</sup> não pode usar e fruir a unidade de alojamento, durante todo o ano civil, mas, apenas, de uma parte dele. O período de efectiva utilização é determinado ou determinável em cada cada ano<sup>32</sup>, devendo todos eles possuir a mesma duração<sup>33</sup>. De qualquer modo, o último período de tempo de cada ano pode terminar no ano subsequente ao do seu início e o proprietário deve reservar um período anual de sete dias seguidos, destinado a serviços de reparação, conservação limpeza e outros fins do empreendimento turístico<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> Cf. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 275/93.

<sup>28</sup> Cf. n.º 5 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 275/93.

<sup>29</sup> Cf. artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 275/93.

<sup>30</sup> Cf. o artigo 3.º do diploma supra-citado, na redacção do Decreto-Lei n.º 37/2011 de 10 de Março.

<sup>31</sup> É o termo escolhido por CARVALHO FERNANDES, em contraposição a usuário, relativo ao titular do direito de uso e habitação. Cf. *Lições...* op. cit., p. 453.

<sup>32</sup> Cf. n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 275/93.

<sup>33</sup> Cf. n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 275/93.

<sup>34</sup> Cf. n.ºs 4 e 5 do artigo 3.º

## 5. Direitos e obrigações do utente

O utente pode habitar a unidade de alojamento, pelo período fixo contratualmente designado, fruir as instalações e equipamentos de uso comum e ainda beneficiar dos serviços prestados pelo titular do empreendimento<sup>35</sup>. Todavia, em caso de impossibilidade de utilização da unidade de alojamento, no decurso período fixado, em virtude de motivos de força maior ou caso fortuito motivado por circunstâncias anormais e imprevisíveis, alheias ao utente, pode exigir, o uso e fruição de alojamento alternativo, de categoria idêntica ou superior, num local próximo do empreendimento objecto do contrato<sup>36</sup>.

Ele tem o direito de participar na assembleia geral, podendo deliberar e votar por escrito. Designadamente, no que concerne à eleição do presidente da assembleia, do revisor oficial de contas ou da empresa de auditoria, à aprovação do parecer sobre o relatório de gestão e contas relativo à utilização das prestações periódicas, à apreciação do programa de administração e conservação do empreendimento para o ano subsequente, à proposta de alteração da prestação periódica e à destituição e substituição da administração do empreendimento<sup>37</sup>.

O utente pode ainda onerar ou transmitir livremente o direito a outrem, mediante declaração das partes no certificado predial, com reconhecimento presencial das assinaturas do constituinte do ónus ou do alienante<sup>38</sup>. Logo, não se considera admissível qualquer restrição à transmissibilidade ou oneração, inserta no título constitutivo, atenta a natureza injuntiva do artigo 12.º. Por outro lado, a transmissão do direito de habitação periódica, sujeita apenas, a documento particular, é necessariamente inscrita no registo predial. Daqui resulta a diferença entre o plano de constituição de um direito real de habitação periódica e o da subsequente transmissão ou oneração<sup>39</sup>. Mas, no tocante a acto entre vivos, implica uma declaração das partes, inscrita no certificado predial, e tem por consequência a cessão dos direitos e obrigações do utente, perante o proprietário do empreendimento ou cessionário da exploração, sem necessidade de obter a sua concordância, de acordo com o preceituado nos números 1 e 4 do artigo 12.º.

Pode ainda renunciar ao direito real de habitação periódica, mediante declaração inscrita no certificado predial, com reconhecimento presencial de

<sup>35</sup> Cf. alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 21.º.

<sup>36</sup> Cf. alínea *c*) do n.º 1 do artigo 21.º

<sup>37</sup> Cf. artigos 34.º, 35.º e 36.º.

<sup>38</sup> Cf. n.º 1 do artigo 12.º.

<sup>39</sup> Cf. acórdão do STJ de 4 de Março de 2004.

assinatura<sup>40</sup>. Tal declaração será notificada ao proprietário do empreendimento e à Turismo de Portugal, IP, produzindo efeitos após o decurso do prazo de seis meses, desde as notificações nele previstas. Aliás, se recordarmos o conteúdo das directrizes comunitárias, isso faz sentido, dado ter sido sinalizada a necessidade de remover entraves à livre transmissibilidade e à circulação de bens e serviços. Em suma, a oneração, a transmissão e a renúncia ao direito de habitação periódica não implica a anuência ou a autorização, por parte do proprietário do empreendimento, onde se localiza a unidade de alojamento.

Quanto a obrigações, o pagamento da prestação pecuniária periódica continua a ser o principal encargo do utente<sup>41</sup>. Tal prestação, uma verdadeira obrigação real<sup>42</sup> ou ónus real<sup>43</sup>, destina-se a compensar as despesas com os serviços de utilização e exploração turística, contribuições, impostos e outras importâncias previstas no título constitutivo. Deve permitir o acesso ao proprietário ou ao gestor, no sentido de praticar actos de conservação e limpeza. Bem como remunerar a gestão do empreendimento que, todavia, não pode ultrapassar 20% do total da prestação periódica<sup>44</sup>. Deve ainda agir como um bom pai de família, estando-lhe especialmente vedada a utilização da unidade de alojamento e das partes destinadas ao uso comum, para fins diversos daqueles a que se destinam, bem como a prática de actos vedados pelo título constitutivo ou pelas normas reguladoras do funcionamento do empreendimento<sup>45</sup>.

## 6. Direitos e obrigações do proprietário

Quanto aos direitos do proprietário, avulta o recebimento da prestação periódica entregue por cada utente. Ela pode, como se afigura compreensível e razoável, variar consoante a época do ano a que se reporta o direito real<sup>46</sup>. De outro modo, a falta de recebimento daquela prestação permite desencadear um regime que acautela os interesses em presença<sup>47</sup>. Em conformidade, até dois meses antes do início do período atinente ao exercício do direito, o proprietário

<sup>40</sup> Cf. n.º 1 do artigo 42.º.

<sup>41</sup> Era a opinião de CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., Lisboa, 2009, p. 485.

<sup>42</sup> Cf. CARVALHO FERNANDES, *Lições...* op. cit., p. 486.

<sup>43</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*, op. cit., p. 520.

<sup>44</sup> Cf. n.º 4 do artigo 22.º.

<sup>45</sup> Cf. n.º 2 do artigo 21.º.

<sup>46</sup> Cf. n.º 3 do artigo 22.º.

<sup>47</sup> CARVALHO FERNANDES manifesta anuência a este regime. Cf. *Lições...* op. cit., p. 486. Diversamente, OLIVEIRA ASCENSÃO considerou este regime jurídico violentamente protectorio do proprietário. Cf. *Direito Civil: Reais*, 5.ª ed., Coimbra, 1993, p. 520.

pode opor-se ao exercício<sup>48</sup>, por parte do utente incumpridor. O proprietário também pode afectar a unidade de alojamento à exploração turística, durante o período correspondente a esse direito, caso em que se considera liquidada a prestação devida<sup>49</sup>. Ademais, ao contrário da falta do pagamento do cânon superficiário, as prestações ou indemnizações, a que acrescem juros moratórios, podem originar a instauração de uma acção executiva, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *d*) do artigo 46.º do Código de Processo Civil<sup>50</sup>.

Ainda em contraste com o direito de superfície, o proprietário do empreendimento não goza do direito de preferência na venda ou dação em cumprimento dos direitos parcelares de habitação periódica<sup>51</sup>. Também não pode constituir outros direitos reais sobre as unidades de alojamento<sup>52</sup>. Noutra perspectiva, quanto às obrigações<sup>53</sup>, entendemos destacar, a par de outras, as seguintes: administração, conservação e limpeza das unidades de alojamento, do seu equipamento e recheio e das instalações e equipamento de uso comum; assegurar as reparações indispensáveis, em momento e condições que minimizem o sacrifício de uso e fruição do utente; pagamento de contribuições, taxas, impostos e encargos anuais que incidam sobre a propriedade; afectar, à constituição de um fundo de reserva, uma percentagem não inferior a 4% do valor da prestação periódica pagas, destinada exclusivamente à realização de obras de reparação e de conservação das instalações e equipamentos de uso comum e das respectivas unidades de alojamento, seu mobiliário e equipamento; prestar caução de boa administração e conservação do empreendimento a favor dos utentes; organizar anualmente as contas respeitantes à utilização das prestações periódicas pagas pelos titulares dos direitos e das dotações do fundo de reserva; elaborar um relatório de gestão e submeter ambos à apreciação da empresa de auditoria ou do revisor oficial de contas; elaborar e submeter à assembleia geral o programa de administração e conservação do empreendimento para o ano subsequente.

Porém, se o proprietário ceder a exploração do empreendimento, transferindo, em consequência, para o cessionário os poderes e deveres a ela ligados, ainda assim a responsabilidade do proprietário, perante os titulares dos direitos

<sup>48</sup> Cf. n.º 3 do artigo 23.º.

<sup>49</sup> Cf. n.º 4 do artigo 23.º.

<sup>50</sup> C. n.º 2 do artigo 23.º.

<sup>51</sup> Como recorda MÓNICA JARDIM, se esta matéria surge omissa, no diploma actual, o Decreto-Lei n.º 130/89 regulava, antes, esta matéria, de acordo com o preceituado no artigo 13.º. Cf. “Direito Real de Habitação Periódica” in *Estudos de Direitos Reais e de Registo Predial*, Coimbra, 2018, p. 176.

<sup>52</sup> Cf. n.º 1 do artigo 2.º.

<sup>53</sup> As obrigações do proprietário encontram-se consagradas na secção VI, relativa à administração e conservação do empreendimento, artigos 25.º e seguintes.

reais de habitação periódica, pela boa administração e conservação do empreendimento, permanece, ainda que de modo subsidiário<sup>54</sup>. Ademais, a cessão de exploração deve ser notificada à Turismo de Portugal, IP e aos titulares dos direitos de habitação periódica, sob pena de uma correspondente ineficácia<sup>55</sup>.

## **7. Assembleia de utentes**

Sendo o direito de habitação de habitação periódica um regime de propriedade fraccionada por quotas, faz sentido que, à semelhança do direito de propriedade horizontal ou condomínio, exista uma assembleia geral. Pois, a unidade de alojamento apresenta alguma similitude com a fracção autónoma do direito de propriedade horizontal. Ainda que apresente diferenças importantes. Desde logo, no condomínio ou propriedade horizontal, o conjunto dos direitos dos condóminos esgota os poderes que incidem sobre o edifício<sup>56</sup>, ao passo que, no direito de habitação periódica, só uma parte é composta por unidades de alojamento. Daí que, para além dos utentes, existem pretensões deveras relevantes por parte do proprietário do edifício. Compreensivelmente, será a ele que cabe a administração e a conservação das unidades de alojamento, recheio, electrodomésticos e outros equipamentos, bem como das instalações e equipamentos de uso comum do imóvel<sup>57</sup>. Em conformidade, a assembleia de utentes não tem competência para eleger o administrador, ao invés do que sucede direito de condomínio. Mas pode apreciar o programa de administração e conservação do empreendimento, no regime de direito real de habitação, para o ano subsequente<sup>58</sup>. Pode ainda destituir a administração, se o proprietário ou o cessionário da exploração deixarem de cumprir a obrigação de boa administração ou houver cumprimento negligente da mesma. Entendendo-se por incumprimento da obrigação de administrar, designadamente, a não convocatória da assembleia geral de utentes; não aprovação do relatório de gestão do exercício anterior; não comparecimento do proprietário do empreendimento ou o cessionário da exploração na assembleia geral; não constituição do fundo de reserva; não constituição ou caducidade do fundo de reserva<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Cf. n.º 2 do artigo 25.º.

<sup>55</sup> Cf. n.º 3 do artigo 25.º.

<sup>56</sup> Neste sentido, CARVALHO FERNANDES, *Lições...* op. cit., p. 480.

<sup>57</sup> Cf. n.º 1 do artigo 25.º.

<sup>58</sup> Cf. alínea c) do n.º 2 do artigo 34.º.

<sup>59</sup> Cf. n.º 2 do artigo 36.

Ainda no tocante à assembleia geral, convocada pelo presidente ou pela entidade responsável pela administração do empreendimento, ressalta, no conjunto das suas competências<sup>60</sup>, o seguinte: eleger o presidente da assembleia; pronunciar-se sobre o relatório de gestão e as contas respeitantes à utilização das prestações periódicas; eleger o revisor oficial de contas ou a empresa de auditoria que apreciará o relatório de gestão e as contas do empreendimento; deliberar sobre a alteração da prestação periódica.

## 8. Causas extintivas

Relativamente às causas extintivas específicas do direito real de habitação periódica, devemos destacar o direito de resolução sem indicar o motivo, o direito de retratação, também designado direito ao arrependimento do adquirente. Por conseguinte, apesar das exigências no sentido de proporcionar ao adquirente, enquanto consumidor, um dever especial de informação, no sentido de propiciar uma escolha consciente e cautelosa<sup>61</sup>, o utente pode resolver o contrato, sem indicação do motivo e sem quaisquer encargos, no prazo de catorze dias, a contar da data de celebração do contrato ou da data em que lhe é entregue o contrato ou o formulário de resolução<sup>62</sup>. Ademais, caso tenha sido associado, ao contrato, um contrato de adesão a sistemas de troca, o prazo para resolução será idêntico, em ambos os contratos, e contado do mesmo modo<sup>63</sup>. Interessa mencionar a existência de um eventual contrato de crédito, celebrado com o vendedor ou um terceiro, que cessará, também sem pagamento de indemnização ou encargos, caso tenha lugar a resolução antes mencionada<sup>64</sup>. Algo que sucede, de modo equivalente, nos contratos-promessa de alienação de um direito real de habitação periódica<sup>65</sup>.

Resolvido o contrato, o vendedor deve restituir ao adquirente todas as quantias recebidas até à data de resolução, considerando-se automaticamente resolvidos todos os contratos acessórios, sem pagamento de encargo ou indemnização. Em conformidade, é acessório qualquer contrato de utilização periódica de bens ou um contrato de aquisição de um produto de férias de longa

<sup>60</sup> Cf. artigo 34.º.

<sup>61</sup> Expressão de MÓNICA JARDIM, a merecer a nossa concordância. Cf. “Direito Real de Habitação...” op cit., p. 181.

<sup>62</sup> Cf. n.º 1 do artigo 16.

<sup>63</sup> Cf. n.º 3 do artigo 16.º.

<sup>64</sup> Cf. n.º 6 do artigo 16.º.

<sup>65</sup> Cf. n.º 1 do artigo 19.º.

duração, sendo esses serviços prestados por profissional ou por terceiro com base num acordo entre este último e o profissional<sup>66</sup>.

O direito de resolução sem indicar o motivo é irrenunciável, por parte do adquirente ou promitente-adquirente, sendo nula qualquer convenção que o exclua ou o limite<sup>67</sup>, de algum modo. Em conformidade, o utente dispõe de um verdadeiro direito potestativo de natureza extintiva, cuja singularidade radica no posicionamento peculiar da respectiva contratação. Com efeito, ao entender-se o utente, enquanto consumidor, a quem importa proteger<sup>68</sup>, compreende-se a função deste direito de retratação ou de arrependimento<sup>69</sup>. Ainda que, como sustenta Januário Gomes, o direito de retratação nem seja exclusivo do Direito de Consumo, nem represente algo típico do *status* do consumidor<sup>70</sup>. De qualquer modo, em face da agressividade da promoção turística, numa óptica empresarial dirigida ao utente-consumidor, compreende-se o reforço das garantias de resolução, nos países membros da união europeia<sup>71</sup>. Porém, a par da resolução, naturalmente mais favorável ao utente, interessa destacar a renúncia ao direito real de habitação periódica. Logo, o titular do direito de habitação periódica pode a ele renunciar, mediante declaração inscrita no certificado predial, com reconhecimento presencial de assinatura<sup>72</sup>.

Acerca de outras causas extintivas, se, como anota Rui Pinto Duarte, o diploma é omissivo quanto à eventual perda total do edifício onde se localiza o empreendimento, faz sentido aplicar, analogicamente, as regras atinentes ao usufruto<sup>73</sup>. Ademais, ao invés daquele direito e de outros direitos menores de gozo, a reunião do direito de habitação periódica e da propriedade, na mesma pessoa, não extingue o direito menor. Ele subsiste e até pode coexistir com a propriedade pois, como estipula o artigo 35.º, o proprietário do empreendimento pode ser titular de direitos reais de habitação periódica, participando na assembleia, em conformidade com a titularidade dos respectivos direitos.

<sup>66</sup> Cf. n.º 9 do artigo 16.º.

<sup>67</sup> Cf. n.º 1 do artigo 20.º.

<sup>68</sup> Cf. RAMON MULLERAT, “Time Sharing in Europe: Present and Future” in *International Company and Commercial Law Review*, n.º 13, 2002, pp. 50 e segs. ZABIA VERNADAKI, “Consumer...” in op. cit., pp. 316 e segs.

<sup>69</sup> Cf. JOSÉ LOBO MOUTINHO e LUÍS BERNARDES, “Estudo...” in op. cit., pp. 326 e segs.

<sup>70</sup> Cf. JANUÁRIO COSTA GOMES, “Sobre o Direito de Arrependimento...” in op. cit., p. 80.

<sup>71</sup> Cf. MARIO TRIMARCHI, “La Multiproprietà” in *Il Diritto dell’Unione Europea*, coord. por Antonio Tizzano, Vol. I, Turim, 2000, pp. 251–2.

<sup>72</sup> Cf. n.º 1 do artigo 42.º.

<sup>73</sup> Cf. RUI PINTO DUARTE, *Curso...* op. cit., p. 232.

## 9. A natureza jurídica

O direito de habitação periódica comporta múltiplas abordagens, designadamente a perspectiva própria do Direito de Consumo<sup>74</sup>, do Direito dos Contratos<sup>75</sup>, do Direito Comparado<sup>76</sup> ou do próprio Direito Internacional Privado<sup>77</sup>. Porém, independentemente destas importantes abordagens que concorrem para confirmar a crescente interdisciplinaridade de aspectos muito relevantes da dogmática jurídica, isso não representa um entrave intransponível no sentido de aquilatar a autonomia do respectivo regime jurídico e de reflectir, com algum cuidado, sobre a respectiva natureza jurídica.

Não devemos sentir qualquer condicionamento pela qualificação legislativa. Ou seja, enquanto direito real de habitação periódica. Pois, como sabemos, a tipicidade atribui o monopólio da criação de direitos reais ao legislador, mas não o monopólio da qualificação de direitos. Assim, em face do uso e fruição de uma unidade de alojamento e, por conseguinte, no aproveitamento jurídico de uma coisa imóvel corpórea, será inadiável reconhecer que não estamos perante um caprichoso ou anódino *nomen juris*. Antes defronte de um direito real que, por ser um direito de uso e de fruição, é um direito de gozo.

Deve ainda ser prefigurado como direito real de gozo típico. Por conseguinte, não reconduzível a outro tipo, constante de um qualquer catálogo pré-existente. Em conformidade, embora haja semelhanças com o direito de habitação<sup>78</sup>, o direito de condomínio<sup>79</sup> ou o direito de superfície, parece ser quase consensual a defesa da respectiva autonomia, defronte dos outros direitos reais<sup>80</sup>. Aliás, em virtude de uma perspectiva sistemática, faz sentido iniciar o respectivo estudo depois de abordar o direito de superfície e o direito de con-

<sup>74</sup> Cf. RAMON MULLERAT, “Time-Sharing...in op. cit., pp. 50 e segs.

<sup>75</sup> Cf. MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ, *Régimen Jurídico de los Contratos Turísticos Internacionales: La Protección del Turista- Consumidor*, Madrid, 2020, pp. 15 e segs.

<sup>76</sup> Cf. ANA PADESCA, *Multipropiedad, Time-Sharing y Habitación Periódica en la Unión Europea, Suíza, Turquía, Estados Unidos de América y Argentina*, Cáceres, 2000, n.ed., pp. 23 e segs. CURTIS BERGER, “Timesharing in the United States” in *The American Journal of Comparative Law*, n.º 38, 1990, pp. 131 e segs.

<sup>77</sup> Cf. ERIK JAYME, “Time-Sharing-Verträge im Internationalem Privat- und Verfahrensrecht” in *IPRax*, n.º 4, 1995, pp. 234 e segs.

<sup>78</sup> Cf. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais...op. cit.*, p. 435.

<sup>79</sup> Cf. CARVALHO FERNANDES, *Lições...op. cit.*, p. 451.

<sup>80</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais...op. cit.*, p. 514; MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais...op. cit.*, p. 409; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos...op. cit.*, p. 864; MARINA PETRONE, *Multipropriedad...op. cit.*, pp. 80 e segs.

domínio, tendo em conta os elementos de similitude existentes. Com efeito, no tocante à superfície, também existe um direito de uso e fruição de uma obra já existente. Por seu turno, quanto à propriedade horizontal ou condomínio, será necessário haver um edifício, sobre o qual podem incidir direitos de uso e fruição e, inclusivamente, uma organização, de onde sobressai a assembleia com poderes deliberativos. Ainda que o a habitação periódica não seja reconduzível a qualquer daqueles direitos, mas antes justifica e impõe, de modo incontornável, a sua autonomização perante os outros direitos reais menores de gozo.

## 10. Conclusões

Em síntese, o incremento da actividade turística e a necessidade de regular o uso e fruição de imóveis, numa actividade distinta da actividade hoteleira, esteve na base do surgimento do direito real de habitação periódica. Que, desde o início, teve por intuito acautelar os direitos dos consumidores. Designadamente, evitar informações enganosas e incompletas, ou consolidar o *acquis* atinente à protecção do consumidor. Depois, em momento ulterior, o direito de resolver o contrato sem qualquer consequência desfavorável ou a obrigatoriedade de prestar caução por parte do proprietário das unidades de alojamento.

Ademais, o direito de habitação periódica confirma a modernidade e a abertura ao devir dos direitos reais, enquanto sub-ramo do direito civil. Enfatiza a especialidade do objecto, os direitos e obrigações de ambas as partes, o proprietário e o utente, bem como a existência de uma assembleia geral, com poderes relevantes no tocante, em especial, à destituição da administração. Por seu turno, no tocante às causas extintivas, sobressai a irrenunciabilidade do direito do utente a resolver o contrato sem indicar o motivo. Além da incontornável identidade e autonomia do direito de habitação periódica enquanto incontornável e autêntico direito real de gozo.



# *Suspensões e restrições à liberdade de religião e de culto no contexto da Covid-19*

JOÃO TORNADA\*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *As suspensões e restrições à liberdade de religião e de culto*. 3. *A (des)conformidade com a Constituição das medidas impostas*: 3.1. *Durante o Estado de Emergência, de 18 de Março a 2 e Maio de 2020*; 3.2. *Fora do Estado de Emergência, entre 3 de Maio de 2020 e 5 de Novembro de 2020*; 3.3. *Durante o Estado de Emergência, de 6 de Novembro de 2020 a 15 de Abril de 2021*.

## **1. Introdução\*\***

Desde Março de 2020, registaram-se várias medidas restritivas de direitos fundamentais como forma de combate à pandemia da Covid-19.

Em especial, entre sucessivos avanços e recuos – próprios da duração quinzenal das declarações de Estado de Emergência e de uma situação pandémica incerta e mutável – a liberdade religiosa tem sido severamente afectada, em alguns casos, através de medidas de duvidosa conformidade com a Constituição da República Portuguesa (“CRP”).

Num artigo anterior, analisámos algumas das medidas suspensivas deste direito fundamental circunscritas à vigência do Estado de Emergência<sup>1</sup>. Desta

\* Mestre em Direito (Orientado para a Investigação) pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa. Advogado na Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados, SP RL.

\*\* O presente texto foi redigido ao abrigo do antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

<sup>1</sup> V. JOÃO TORNADA, “Algunas notas sobre as restrições à liberdade religiosa durante o Estado de Emergência”, Observatório Almedina, Abril de 2021, disponível em <https://observa->

feita, o presente estudo assume um propósito mais amplo. Por um lado, analisaremos não só as suspensões ao exercício, mas também as restrições ao conteúdo que têm sido impostas à liberdade religião e de culto e, por outro, alargamos o escopo temporal às restrições e suspensões que se verificaram, quer dentro, quer fora do Estado de Emergência, entre 18 de Março de 2020 e 15 Abril de 2021<sup>2</sup>.

## 2. As suspensões e restrições à liberdade de religião e de culto

I – Desde 18 de Março de 2020 que o Estado português tem vindo a impor várias restrições e suspensões ao exercício<sup>3</sup> da liberdade de religião e de culto, a maior parte destas sob o amparo da figura constitucional do Estado de Emergência. Conforme notou Jorge Reis Novais, durante o Estado de Emergência, existiu uma sobreposição entre restrições e suspensões ao exercício de direitos fundamentais, registando-se, em alguns casos, “*afectações parcelares desvantajosas ao seu conteúdo (e não pura e simplesmente a supressão do direito)*”<sup>4</sup>. Em todo o caso, é possível agrupar as restrições em três períodos:

- a) restrições durante a vigência do Estado de Emergência, de 18 de Março de 2020 a 2 de Maio de 2020;
- b) restrições fora do Estado de Emergência, entre 3 de Maio de 2020 e 5 de Novembro de 2020; e
- c) restrições durante a vigência do Estado de Emergência, de 6 de Novembro de 2020 a (pelo menos) 15 de Abril de 2021.

II – Conforme é sabido, a declaração do Estado de Emergência visa permitir a adopção, em casos verdadeiramente excepcionais, de medidas cuja conformidade com a Constituição não seria possível fora desse quadro de “estado

torio.almedina.net/index.php/2021/04/12/algumas-notas-sobre-as-restricoes-a-liberdade-religiosa-durante-o-estado-de-emergencia/.

<sup>2</sup> À data do fecho do presente texto, vigorava o Decreto do Presidente da República n.º 31-A/2021, de 25 de Março, que renovou o Estado de Emergência até 15 de Abril de 2021, ou seja, o “14.º Estado de Emergência”, contando as sucessivas renovações.

<sup>3</sup> Sobre a distinção entre *limites ao conteúdo* e *limites ao exercício* de direitos fundamentais, v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 189-195 e 409. Sobre a distinção entre restrições e suspensões de direitos fundamentais, de forma crítica, v. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19”, in *Revista e-pública*, vol. 7, n.º 1, Abril de 2020, pp. 89-90.

<sup>4</sup> V. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...”, cit., p. 90.

de necessidade”<sup>5</sup>, sempre com vista a repor a normalidade constitucional. Com efeito, a primeira declaração do Estado de Emergência, operada pelo Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março, estatuiu, no seu artigo 4.º, f), que o exercício da “liberdade de culto, na sua dimensão colectiva” ficou “parcialmente suspenso”, podendo “ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias para reduzir o risco de contágio e executar as medidas de prevenção e combate à epidemia, incluindo a limitação ou proibição de realização de celebrações de cariz religioso e de outros eventos de culto que impliquem uma aglomeração de pessoas”. A mesma formulação foi também utilizada na primeira e segunda renovação do Estado de Emergência<sup>6</sup>.

Na concretização dessas restrições, o Governo optou por deixar “proibida a realização de celebrações de cariz religioso e de outros eventos de culto que impliquem uma aglomeração de pessoas”, conforme se lê no artigo 17.º, n.º 1, do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de Março: medida replicada nos decretos do Governo de regulamentação das sucessivas renovações do Estado de Emergência até 2 de Maio 2020<sup>7</sup>. Como veremos adiante, os decretos de declaração de Estado de Emergência a partir de Novembro de 2020 deixaram de prever qualquer suspensão à liberdade de religião e de culto, porém, mesmo assim, pelo menos até 15 de Abril de 2021 as restrições à realização de eventos e cerimónias religiosas não terminaram.

### **3. A (des)conformidade com a Constituição das medidas impostas**

#### **3.1. Durante o Estado de Emergência, de 18 de Março a 2 e Maio de 2020**

I – A figura do Estado de Emergência comporta vários limites, desde logo, os constantes do artigo 19.º da CRP, replicados no artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro. Desde logo, o artigo 19.º, n.º 6, da CRP indica quais os direitos fundamentais que não podem, em caso algum, e de forma alguma, ser suspensos, estando incluído nesse leque a “liberdade de consciência e de religião”.

Ora, as primeiras declarações de Estado de Emergência suspenderam parcialmente a “liberdade de culto, na sua dimensão colectiva”, ainda que se tenha res-

<sup>5</sup> V. JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., p. 346.

<sup>6</sup> Operadas pelo Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de Abril, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de Abril, respectivamente.

<sup>7</sup> V. artigo 26.º, n.º 1, do Decreto n.º 2-B/2020, 2 de Abril e artigo 28.º, n.º 1, do Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de Abril.

salvado, nos mesmos diplomas, que “os efeitos da presente declaração não afectam, em caso algum, os direitos (...) à liberdade de consciência e religião”<sup>8</sup>. Tentando compatibilizar as duas ideias, a interpretação sufragada pelo Presidente da República só poderá ter sido a de que a Constituição apenas teria escudado a liberdade de consciência e de religião na sua vertente individual, excluindo a “liberdade de culto, na sua dimensão colectiva”<sup>9</sup>. O que equivale a defender que a Constituição apenas quis blindar, no núcleo intocável do Estado de Emergência, a liberdade de cada cidadão de professar a sua fé em privado e através de actos individuais.

Temos algumas dúvidas de que assim seja. É certo que existe um argumento literal e sistemático forte: o artigo 19.º, n.º 6, da CRP não se refere expressamente à “liberdade de culto” quando comparado com o artigo 41.º da CRP, defendendo inclusive Gomes Canotilho e Vital Moreira que essa liberdade está excluída do artigo 19.º, n.º 6, da CRP<sup>10</sup>. Aliás, na doutrina parece existir quem reconduza a liberdade de religião a um direito essencialmente negativo (de consciência) e a liberdade de culto a uma liberdade de manifestação e exteriorização da fé<sup>11</sup>. No entanto, tal interpretação parece ignorar a “forte dimensão colectiva” do direito à liberdade de religião<sup>12</sup>. O direito à liberdade de religião e de culto, consignado no artigo 41.º da CRP, encerra um leque vastíssimo de manifestações da fé, as quais, por razões históricas, devem ser maximizadas a todas as religiões e a todas as formas de exteriorização.

Mais, defender que a Constituição só quis ressalvar a liberdade de cada crente para, em privado, praticar a sua fé através de manifestações individuais – equiparando o culto colectivo à liberdade de reunião ou de associação, como se fez nas declarações de Estado de Emergência –, poderá esvaziar o propósito da liberdade religiosa que, tal como todos os demais “direitos invioláveis”, na expressão de Gomes Canotilho, surge como um direito “garantido ou firmado contra a ditadura”<sup>13</sup>. De facto, de pouco valerá aos cidadãos saber que o Estado respeita a consciência dos cidadãos e permite atos de culto em privado, mas impede-os de exteriorizarem essa fé em público ou colectivamente.

<sup>8</sup> Entre outros, v. artigos 4.º, f), e 5.º, n.º 1, do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março.

<sup>9</sup> V. artigo 4.º, f), do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março.

<sup>10</sup> V. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 402.

<sup>11</sup> V. ANTÓNIO DUARTE SILVA, “A liberdade de consciência, de religião e de culto”, in *Revista do Ministério Público*, ano 29, Jul-Set 2008, n.º 115, p. 45.

<sup>12</sup> V. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 894.

<sup>13</sup> V. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1106.

Para se compreender o alcance normativo desta liberdade é necessário olhar ao contexto histórico em que o legislador constituinte a consagrou. Com efeito, a protecção da liberdade religiosa deveu-se, em boa parte, à “*«penetração ideológica»*” que o “*«catolicismo social» operou nos meios conservadores do País e pela incorporação de massas no regime [do Estado Novo]*”<sup>14</sup>. Por essa razão, espera-se hoje do Estado uma “*posição de neutralidade benevolente relativamente ao fenómeno religioso devendo acomodá-lo em toda a sua diversidade em termos tão amplos quanto isso seja compatível com a garantia de um estatuto de igual liberdade a todos os cidadãos*”<sup>15</sup>. Como explica Jónatas Machado, a liberdade religiosa deve ser interpretada em “*sentido amplo, susceptível de garantir a maior medida de protecção ao maior número de indivíduos e grupos compatível com a garantia do mesmo conjunto de liberdades a todos os indivíduos considerados como livres e iguais*”<sup>16</sup>. Refere ainda o mesmo Autor que “*o programa normativo do direito à liberdade religiosa deve ser interpretado de forma extensiva, de forma a proteger todas as manifestações, experiências, vivências, actividades e comportamentos religiosamente motivados, individuais e colectivos, públicos e privados*”<sup>17</sup>. É, por isso, difícil dissociar da liberdade religiosa a sua componente colectiva enquanto “*direito público e colectivo*” que “*implica o direito de auto-organização e de associação*”, citando novamente Gomes Canotilho<sup>18</sup>. A isto acresce que, como explicam Jorge Miranda e Pedro Garcia Marques, numa leitura sistemática com o artigo 18.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a liberdade de religião implica a “*liberdade de manifestar a religião ou a convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado (...) pelo culto ou pelos ritos*”<sup>19</sup>.

II – Contra isto nem se diga que o alcance do Estado de Emergência (ou a protecção dos direitos fundamentais) deve ser interpretada no seio de um “*Direito da Crise*”<sup>20</sup>, de um “*Direito Constitucional de Excepção*”<sup>21</sup>, ou até

<sup>14</sup> V. MANUEL BRAGA DA CRUZ, “As Origens da Democracia Cristã e o salazarismo”, in *Análise Social*, vol. XIV (54), 1978-2.º, p. 266.

<sup>15</sup> V. JÓNATAS MACHADO, “A liberdade religiosa na perspectiva dos direitos fundamentais”, in *Revista Portuguesa das Ciências das Religiões*, Ano I, 2002, n.º 1, p. 150.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> V. GOMES CANOTILHO, “A liberdade religiosa...”, cit., p. 782.

<sup>19</sup> V. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, ob. cit., p. 914.

<sup>20</sup> V. JORGE BACELAR GOUVEIA, “Portugal e a COVID-19: balanço e perspectivas de uma Ordem Jurídica de Crise” in *Revista do Ministério Público*, Junho 2020, Número especial covid-19, pp. 94 e 95.

<sup>21</sup> V. JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., pp. 436 e ss.; JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...”, cit., p. 81; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado de Excepção no Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 25 e ss.

de forma “actual” por a Constituição dever ser “aberta ao tempo”. Se por um lado entendemos que a Constituição deve ser “viva” de forma a permitir que “as normas constitucionais vão sofrendo alterações, fruto do diálogo da «esfera pública» com a vontade normativa constituinte”<sup>22</sup>, já não aceitamos que dessa abertura se tente abarcar tudo e o seu contrário, sob pena de se subverter a protecção de direitos, liberdades e garantias, principalmente do âmago de que o legislador constituinte não prescindiu: o artigo 19.º, n.º 6, da CRP. É dizer, dificilmente podemos aceitar interpretações extensivas do limite do artigo 19.º, n.º 6, da CRP o qual surge, note-se como um reduto de normalidade no quadro de um regime excepcional. Por essa razão, consideramos que a discussão sobre se a Constituição prevê os mecanismos suficientes para o combate de crises pandémicas é actual e legítima.

Em suma, sendo discutível que a liberdade religiosa só é protegida na vertente de consciência e de culto individual, fica a dúvida sobre se as liberdades de religião e de culto não terão sido violadas pelas referidas declarações de Estado de Emergência.

III – À possível violação dos artigos 19.º, n.º 6, e 41.º da CRP, acresce ainda uma possível *inconstitucionalidade orgânica e formal*, a qual se prende com a competência da Assembleia da República para legislar em matéria de direitos, liberdades e garantias, constante do artigo 165.º, n.º 1, b), e com a reserva de lei constante do artigo 18.º, n.º 2, ambos da CRP.

Quando o Governo regulamenta as suspensões e as restrições aos direitos suspensos pelos decretos de Estado de Emergência, alguma doutrina entende que o faz numa área que deixa de ser reservada à Assembleia da República<sup>23</sup>. Tudo se passa como se o direito fundamental parasse “*temporariamente de produzir efeitos jurídicos*” ou de “*existir enquanto tal*”, deixando o respectivo âmbito normativo de “*constituir área de reserva parlamentar enquanto durar a suspensão*”<sup>24</sup>, não se aplicando, assim, a reserva de competência do artigo 165.º, n.º 1, b), da CRP. Porém, o mesmo já não se poderá dizer da reserva de lei do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, devendo o Governo adoptar a forma de lei sempre que defina, primariamente, quaisquer opções político-legislativas (é dizer, restrições ou suspensões de direitos), só podendo recorrer às formas infralegais (como o decreto simples) quando se cinja a regulamentar ou executar as opções normativamente

<sup>22</sup> V. JOÃO TORNADA, *A modificação da lei inconstitucional: estudo sobre as decisões de inconstitucionalidade parcial*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 135.

<sup>23</sup> V. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...”, cit., pp. 91-92, 111-112.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

definidas pelo Decreto de declaração do Estado de Emergência<sup>25</sup>. No fundo, a regra de que qualquer acto regulamentar com carácter normativo deve-se cingir a executar ou a regulamentar a disciplina normativa que já foi criada por uma fonte primária, não podendo sequer essa autorização constitucional ser delegada para o acto infralegal, por força do artigo 112.º, n.º 5, da CRP, não deixa de vigorar<sup>26</sup>.

Quer isto dizer que, se a liberdade religiosa não foi (validamente) suspensa pelos decretos de Estado de Emergência, o Governo teria de respeitar as regras da Constituição em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias. A isto acresce que, não revestindo os decretos do Presidente da República, nem os Decretos do Governo, natureza legislativa, estes ficaram feridos de inconstitucionalidade orgânica e formal, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, b), da CRP. No fundo, e conforme explica Jorge Reis Novais, ainda que a propósito do direito à liberdade (artigo 27.º da CRP), “*se não houve suspensão, o Governo já não dispõe de competência porque nem a Assembleia da República lhe deu nem o Presidente da República lhe podia ter dado*”<sup>27</sup>. A menos que se defenda que, numa interpretação conforme à Constituição (ou de redução da lei inconstitucional), se “salvaria” pelo menos a interpretação (ou a parte da norma) constante dos Decretos de declaração de Estado de Emergência que autorizou o Governo a restringir (e não a suspender) a liberdade de culto, dispensando uma lei de autorização legislativa. Recorde-se que o artigo 4.º, f), do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março (e as sucessivas renovações até 2 de Maio de 2020), permitia tanto limitar como proibir a “realização de celebrações religiosas”, sendo defensável que medidas restritivas como limitar a sua capacidade, por motivos de saúde pública, já poderiam ser adoptadas num quadro de normalidade, ao abrigo da “reserva geral imanente de ponderação” do legislador.

<sup>25</sup> Neste sentido, e dando o exemplo constante do artigo 4.º, c), do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de Março, em que “*ficou suspenso o exercício do direito à greve na medida em que possa comprometer o funcionamento de infra-estruturas críticas ou de unidades de prestação de cuidados de saúde, bem como em sectores económicos vitais para a produção, abastecimento e fornecimento de bens e serviços essenciais à população*”, V. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...”, cit., p. 116.

<sup>26</sup> Sobre o conceito material de lei, v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª ed., 2010, pp. 23-29, “Sobre a Reserva Constitucional da Função Legislativa” in *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 883 e “Sentido e Conteúdo da Lei como Acto da Função Legislativa”, in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1986, p. 186 e CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 171-173 e 337.

<sup>27</sup> V. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...”, cit., p. 113.

Temos, porém, sérias dúvidas de que se pudesse interpretar os decretos do Presidente da República como autorizações para o Governo restringir direitos fundamentais, permitindo dispensar a forma de lei, por duas razões. Em primeiro lugar, é duvidoso que se possa descortinar uma interpretação ou uma parcela normativa com esse sentido quando parece evidente que a intenção dos decretos do Presidente da República foi sempre a de suspender o exercício da liberdade de culto, e não substituir uma lei de autorização legislativa para o Governo restringir esse direito fundamental, indo para além da suspensão decretada. Em segundo lugar, temos dúvidas de que essa interpretação fosse conforme à Constituição. Apesar de reconhecermos que a Constituição não é clara quando alude a todas as “providências necessárias” no artigo 19.º, n.º 8, da CRP – solução que, segundo Tiago Fidalgo de Freitas, deriva da “natureza imprevisível e, portanto, insusceptível de antecipação das emergências” –, é também a própria Constituição, no n.º 7 desse artigo, que impõe como “travão” a repartição de competências entre os órgãos de soberania. Ou seja, não tendo o exercício da liberdade religiosa sido suspenso, não poderia o Governo usurpar a competência da Assembleia da República restringindo direitos, liberdades e garantias não suspensos sem uma lei de autorização legislativa que o permitisse (artigo 165.º, n.º 1, b), da CRP) e, além do mais, sem a forma de decreto-lei, exigida pelos artigos 18.º, n.º 2, e 198.º, n.º 1, b), da CRP. Tal solução, chocaria com o artigo 19.º, n.º 7, da CRP que veda que o Estado de Emergência possa “afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania”.

IV – Assente que está que a liberdade religiosa não podia ver o seu exercício suspenso durante o Estado de Emergência, por força do artigo 19.º, n.º 6, da CRP, então quaisquer restrições ao seu conteúdo ou exercício deverão ser feitas no quadro geral das restrições aos direitos, liberdades e garantias. É dizer, deverão ser respeitados os limites constantes do artigo 18.º da CRP, nomeadamente, os constantes dos n.ºs 2 e 3 desse artigo. Nomeadamente, qualquer restrição deverá prosseguir um direito ou interesse constitucionalmente protegido, respeitar o princípio da proporcionalidade, a proibição da retroactividade e a salvaguarda do núcleo essencial do direito restringido. Neste caso, os direitos fundamentais protegidos foram, crê-se, o da saúde pública, constante do artigo 64.º da CRP, e, em última análise, o direito à vida, consagrado no artigo 24.º da CRP.

Uma vez que as declarações do Estado de Emergência permitiam a “limitação ou proibição” de eventos de culto, a necessidade de submeter a medida mais gravosa escolhida pelo Governo – a da proibição – ao crivo do princípio da proporcionalidade aumenta. Com efeito, o princípio da proporcionalidade,

consignado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP<sup>28</sup>, na sua tripla vertente<sup>29</sup>, postula que a suspensão do exercício dos direitos fundamentais, quer quanto à sua duração, quer quanto à intensidade e meios utilizados, se deve cingir ao estritamente necessário para alcançar o restabelecimento da normalidade constitucional. Assim, era necessário apurar, em cada momento, se não existiam medidas igualmente adequadas a prosseguir o fim de diminuição dos contágios (adequação) que fossem menos lesivas do direito à liberdade religiosa (necessidade) e ainda se os prejuízos para essa liberdade foram, em algum momento, superiores aos benefícios obtidos pela proibição dos eventos de culto (proporcionalidade em sentido estrito). Ora, se tivermos em conta que a proibição dos eventos religiosos se manteve durante todo o Estado de Emergência (de 18 de Março a 2 de Maio de 2020), enquanto várias actividades continuaram a funcionar, ainda que com limitações de capacidade e regras de higienização, como as “estações e postos de correio, agências bancárias e agências de correctores de seguros ou seguradoras”<sup>30</sup> ou estabelecimentos comerciais, como supermercados, poder-se-á questionar se o princípio da igualdade e da proporcionalidade não reclamariam, por identidade ou maioria de razão, que se permitisse a celebração de eventos religiosos com distanciamento social. Em alguns casos, a discriminação parece-nos gritante: a actividade dos seguros, por mais importante que seja para o comércio jurídico, não está elevada a direito fundamental como a liberdade religiosa. Esta dúvida é tanto maior, quanto menor era o risco de contágio em cada concelho, pelo que se poderá questionar a coerência de ter sido permitida a circulação ao ar livre para exercício físico e “passeios higiénicos”<sup>31</sup>, mas não já para a realização de cerimónias religiosas (incluindo funerais) realizados também ao ar livre<sup>32</sup>. Ou de não ter sido permitida a realização de eventos de culto em igrejas e catedrais amplas. Todas estas medidas poderiam ter sido equacionadas, ficando a dúvida sobre se o Governo terá efectivamente adoptado os meios menos gravosos para atingir os fins pretendido. Se não adoptou, só restará concluir pela violação do princípio da proporcionalidade.

<sup>28</sup> Para quem, ao contrário de nós, entenda que a liberdade religiosa, na vertente de liberdade ao culto e de reunião, poderia ser suspensa pelo Estado de Emergência – interpretação que rejeitamos à luz do artigo 19.º, n.º 6 da CRP – a verdade é que mesmo aí o princípio da proporcionalidade deve ser respeitado por força do artigo 19.º, n.º 4 da CRP.

<sup>29</sup> Sobre o triplo teste do princípio da proporcionalidade, v. JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 323-335 e GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Volume I, cit., p. 573.

<sup>30</sup> V. artigo 4.º, n.º 2, c), do Decreto n.º 2-A/2020.

<sup>31</sup> V. artigo 4.º, n.º 2, f), do Decreto n.º 2-A/2020.

<sup>32</sup> Dando nota de que, na prática, a proibição de cerimónias fúnebres,

V – Em suma, são várias as dúvidas em torno da inconstitucionalidade das suspensões (e restrições) da liberdade de religião e de culto, operadas entre 18 de Março e 2 de Maio de 2020. Por isso, e recordando as teses que defendem uma “reserva geral imanente de ponderação”<sup>33</sup>, pergunta-se: *não teria sido possível combater a pandemia, restringindo o direito à liberdade religiosa, na vertente do culto colectivo, em prol da saúde pública, respeitando as regras do artigo 18.º da CRP, ao invés de se suspender o seu exercício?* A resposta parece ter sido dada quando os órgãos políticos vieram “emendar a mão” a partir das declarações de Estado de Emergência de Novembro de 2020 em diante<sup>34</sup>, deixando de constar qualquer suspensão ao exercício da liberdade de religião e de culto.

VI – Como assinalaram reputados autores como Tiago Serrão e Pedro Fernández Sánchez, quaisquer dúvidas de inconstitucionalidade poderão ter sido desvalorizadas pelos destinatários, por a Conferência Episcopal Portuguesa (“CEP”), a entidade representativa da Igreja Católica em Portugal – ou seja, da maior expressão religiosa em Portugal – ter antecipado a suspensão das missas e cerimónias comunitárias<sup>35</sup>. De facto, antes da declaração de Estado de Emergência, a 13 de Março de 2020, a CEP suspendeu por tempo indeterminado todas as missas comunitárias “em consonância com as indicações do governo e das autoridades de saúde”<sup>36</sup>. O mesmo tipo de medidas foi, aliás, adoptado por outras comunidades religiosas<sup>37</sup>.

Porém, juridicamente, o facto de a CEP ter limitado o exercício do culto de cidadãos da sua congregação religiosa não pode influir no grau de protecção desse direito fundamental face ao poder estadual. É dizer, se é verdade que esse acatamento voluntário diminuiu a contestação social e, até ver, judicial das restrições ao direito à liberdade religiosa, não deixa de ser verdade que é

<sup>33</sup> V. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., 2010, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 569 ss., 602 ss. e 626 ss.

<sup>34</sup> V. Decretos do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de Novembro; 59-A/2020, de 20 de Novembro; 61-A/2020, de 4 de Dezembro; 66-A/2020, de 17 de Dezembro; 3/2021, de 6 de Janeiro; 8/2021, de 13 de Janeiro; 9-A/2021, de 28 de Janeiro; 29/2021, de 11 de Fevereiro; 39/2021, de 25 de Fevereiro; 49/2021, de 11 de Março; 59/2021, de 25 de Março.

<sup>35</sup> Em declarações ao jornal “Sapo24”, notícia de 15 de Janeiro de 2021, disponível em <https://24.sapo.pt/atualidade/artigos/direitos-religiosos-sao-prioritarios-em-relacao-a-qualquer-outra-atividade-de-natureza-educativa-ou-cultural>

<sup>36</sup> V. <https://www.patriarcado-lisboa.pt/site/index.php?id=10405>

<sup>37</sup> Sobre as medidas adoptadas pelas comunidades religiosas Evangélicas, Presbiterianas, de Testemunhas de Jeová e Muçulmana, v. notícia publicada no *Diário de Notícias*, de 14 de Março de 2021, disponível em <https://www.dn.pt/sociedade/confissoes-religiosas-estao-ansiosas-por-abrir-portas-mas-o-digital-veio-para-ficar-13452512.html>

inadmissível ver aqui uma renúncia a esse direito fundamental. Os direitos fundamentais são, por natureza, como ensina Jorge Miranda, “indisponíveis e irrenunciáveis”<sup>38</sup>. Como escreveu Gomes Canotilho, o direito à liberdade religiosa é um direito “*irrenunciável, indisponível, intransferível e imprescritível*”<sup>39</sup>. Simplificando, do mesmo modo que alguém que salta de um avião sem pára-quadras não deixa de ser titular do direito ao auxílio médico em caso de lesão, também os cidadãos cujas comunidades religiosas suspenderam cerimónias religiosas não perderam o direito a se reunirem para viverem e partilharem a sua fé<sup>40</sup>.

Dito isto, não ignoramos a importância que estas medidas restritivas tiveram para o combate à pandemia. No entanto, não é demais realçar que é precisamente para os casos em que a vontade democrática se sobrepõe aos direitos fundamentais, e em que as violações da Constituição não são contestadas socialmente, que a Lei Fundamental assume a sua máxima utilidade, enquanto trunfo contra a “tirania da maioria”.

### **3.2. *Fora do Estado de Emergência, entre 3 de Maio de 2020 e 5 de Novembro de 2020***

I – Conforme deu nota Jorge Reis Novais, “*no início de Maio, após o fim do estado de emergência decretado pelo Presidente da República e a declaração, por parte do Governo, da situação de calamidade, se percebeu que, afinal, a maior parte das limitações aos direitos fundamentais que provinham do estado de emergência prosseguiram indifereentemente em vigor ou eram renovadas pelo Governo como se o enquadramento e as possibilidades jurídicas de restrição dos direitos fundamentais fossem idênticas nas duas situações, estado de emergência e situação de calamidade*”<sup>41</sup>.

No que toca à liberdade religiosa, a afirmação do reputado constitucionalista tem especial razão de ser. Com efeito, o Governo manteve algumas restrições, não já sob o amparo do Estado de Emergência, mas, desta feita, de declarações de “situação de calamidade” ao abrigo dos artigos 19.º a 30.º da Lei de Bases da Protecção Civil (“LBPC”), aprovada pela Lei n.º 27/2006, 3 de Julho. Em

<sup>38</sup> V. JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., p. 426.

<sup>39</sup> V. GOMES CANOTILHO, “A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Prof. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 782.

<sup>40</sup> Sobre a distinção entre auto-suspensão e auto-restrição de direitos fundamentais, v. JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., pp. 426-429.

<sup>41</sup> V. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...”, cit., pp. 85-86.

concreto, o Governo continuou a proibir a realização de eventos (incluindo celebrações religiosas), excepto quando (i) o número de pessoas fosse igual ou inferior a 10 pessoas ou (ii) quando em “situações devidamente justificadas”<sup>42</sup>, os membros do Governo responsáveis pelas áreas da administração interna e da saúde” o autorizassem, por força do artigo 18.º, n.º 1, da Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de Abril, que declarou a situação de calamidade<sup>43</sup>, bem como em sucessivas renovações<sup>44</sup>.

De entre os eventos religiosos, destaque-se os funerais<sup>45</sup>, os quais foram sendo objecto de limitações específicas a definir pelas autarquias locais, nas sucessivas declarações de situações de calamidade, conforme resulta do artigo 19.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020 e sucessivas alterações<sup>46</sup>.

II – Quanto à legalidade e conformidade com a Constituição destas medidas, temos sérias dúvidas de que a LBPC fosse suficiente para autorizar o Governo a limitar a liberdade religiosa, em especial, a liberdade de culto, através de regulamentos administrativos e, em alguns casos, delegando nas autarquias locais essa limitação.

A lei prevê a possibilidade de declaração de situação de calamidade através de resolução do Conselho de Ministros, ao abrigo dos artigos 8.º, n.º 1, alínea c), e 19.º) da LBPC. Resulta do artigo 22.º, n.º 2, da LBPC que a “*declaração da*

<sup>42</sup> Uma das situações excepcionadas foi a celebração das aparições de Fátima a 12 e 13 de Maio, com regras de distanciamento físico de dois metros entre cada participante, cf. Despacho n.º 5335-B/2020, de 7 de Maio, dos Ministros da Administração Interna e da Saúde.

<sup>43</sup> Alterado no artigo 15.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 53-A/2020, de 14 de Julho, que destrinchava o limite entre 20, 10 ou 5 pessoas,” consoante a situação declarada no respectivo local seja de alerta, contingência e calamidade, respectivamente, salvo se pertencerem ao mesmo agregado familiar”.

<sup>44</sup> Desde a Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de Maio, as cerimónias religiosas passaram a ficar sujeitas às “orientações específicas da DGS”, solução replicada no artigo 12.º Resolução do Conselho de Ministros n.º 43-B/2020, de 12 de Junho, no artigo 15.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 51-A/2020, de 26 de Junho, no artigo 15.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 53-A/2020, de 14 de Julho, no artigo 14.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 55-A/2020, de 31 de Julho, no artigo 14.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 63-A/2020, de 14 de Agosto, no artigo 13.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 70-A/2020, de 11 de Setembro, no artigo 13.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 88-A/2020, de 14 de Outubro e no artigo 13.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 92-A/2020, de 2 de Novembro.

<sup>45</sup> Sobre o “direito de ser sepultado com os ritos da própria religião”, v. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, ob. cit., p. 916.

<sup>46</sup> Replicado pelo artigo 16.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 53-A/2020 e pelo artigo 13.º da Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020.

situação de calamidade pode ainda estabelecer a) A mobilização civil de pessoas, por períodos de tempo determinados; b) A fixação, por razões de segurança dos próprios ou das operações, de limites ou condicionamentos à circulação ou permanência de pessoas, outros seres vivos ou veículos; c) A fixação de cercas sanitárias e de segurança”. Como se verá, é discutível que essa permissão para limitar/condicionar a circulação ou permanência de pessoas (em prol da “segurança dos próprios”) inclua limitar a capacidade de eventos de culto, por já não estar apenas em causa a liberdade de circulação (artigo 27.º da CRP), mas também a liberdade de culto<sup>47</sup>. Antes disso, note-se que, se olharmos ao escopo da lei, é no mínimo controverso que a pandemia seja uma das “situações de acidente grave ou catástrofe”, na acepção do artigo 3.º da LBPC. De facto, é difícil qualificar a pandemia como um “acidente grave”, entendido como “um acontecimento inusitado com efeitos relativamente limitados no tempo e no espaço, susceptível de atingir as pessoas e outros seres vivos, os bens ou o ambiente”, conforme resulta do artigo 3.º, n.º 1, da LBPC. Do mesmo modo, dificilmente esta se poderá qualificar como uma “catástrofe”, por não ser um “acidente grave ou a série de acidentes graves susceptíveis de provocarem elevados prejuízos materiais e, eventualmente, vítimas, afectando intensamente as condições de vida e o tecido sócio-económico em áreas ou na totalidade do território nacional”. Não só a pandemia não produziu “efeitos limitados no tempo e no espaço”, como não é o somatório de uma “série de acidentes”, nem tão-pouco provocou directamente “prejuízos materiais”, mas sim prejuízos imateriais na vida e na saúde das pessoas. O escopo da LBPC parece cingir-se, portanto, apenas a acidentes e catástrofes naturais.

Por outro lado, é igualmente duvidoso que os fins do artigo 22.º, n.º 2, da LBPC tenham sido prosseguidos, ou seja, que as limitações/proibições à realização de eventos religiosos tenham sido impostas “por razões de segurança dos próprios ou das operações”. Isto é, apesar de os riscos de propagação da doença serem inegáveis, como explicámos *supra*, talvez o princípio da proporcionalidade reclamasse que fossem adoptadas medidas menos lesivas e igualmente idóneas a combater o contágio, como celebrações ao ar livre, com distanciamento físico e com uso de máscaras. Mais, mesmo equacionando que uma pandemia poderá legitimar medidas restritivas de direitos fundamentais, a verdade é que o artigo 22.º da LBPC apenas permite “mobilizar pessoas”, “limitar ou condicionar a circulação ou permanência de pessoas, por razões de segurança dos

<sup>47</sup> Defendendo que antes da “situação de excepção constitucional” não existia uma possibilidade de afectação da liberdade de culto prevista “nas leis em vigor”, mas realçando que tal poderia ter sido feito ao abrigo do artigo 18.º da CRP, fora do Estado de Emergência, v. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...”, cit., p. 87.

próprios ou das operações” e “fixar cercas sanitárias e de segurança”. Apesar de a limitação/proibição de eventos religiosos poder ser uma consequência dessas medidas, temos algumas dificuldades em anuir que se possa restringir directamente a liberdade religiosa por maioria de razão. Sendo o artigo 22.º, n.º 2, da LBPC uma lei restritiva de direitos fundamentais impõe-se cautela na sua interpretação, pelo que uma interpretação enunciativa numa lógica de que “a regra que permite o mais, permite o menos”, para autorizar restrições dirigidas directamente a eventos de culto, e não à liberdade (artigo 27.º da CRP), é de afastar por estarem em causa direitos fundamentais distintos.

III – Note-se que o artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto, tão-pouco permitia restringir a liberdade religiosa. Com efeito, este preceito apenas permite ao membro do Governo responsável pela área da saúde “*tomar medidas de excepção indispensáveis em caso de emergência em saúde pública, incluindo a restrição, a suspensão ou o encerramento de actividades ou a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias, que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infecção ou contaminação*”. Ou seja, a permissão esgota-se em medidas que incidam sobre actividades ou pessoas que “tenham sido expostas” à situação de crise sanitária, sendo incompatível com uma proibição geral de realização de todos os eventos de culto. De igual sorte, tão-pouco nos parece que o artigo 17.º, n.º 2, da Lei n.º 81/2009 pudesse resolver a questão ao prever que “*o membro do Governo responsável pela área da saúde, sob proposta do director-geral da Saúde, como autoridade de saúde nacional, pode emitir orientações e normas regulamentares no exercício dos poderes de autoridade, com força executiva imediata, no âmbito das situações de emergência em saúde pública com a finalidade de tornar exequíveis as normas de contingência para as epidemias ou de outras medidas consideradas indispensáveis cuja eficácia dependa da celeridade na sua implementação*”<sup>48</sup>. Ao lado de Jorge Reis Novais, entendemos que essa norma poderá levantar dúvidas de inconstitucionalidade por violação de reserva de lei (artigos 18.º, n.º 2 e 165.º, n.º 1, b), da CRP) quando verse sobre direitos fundamentais, as quais são agravadas pela sua indeterminabilidade e – acrescentamos, nós – ao delegarem a definição primária dessas restrições para actos infralegais, violam também o artigo 112.º, n.º 5, da CRP.

IV – No fundo, ante este quadro legal, como comentaram Paulo Otero e Teresa Violante, a limitação ou restrição à liberdade de culto só pode ser feita

<sup>48</sup> V. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...”, cit., p. 86.

por acto legislativo<sup>49</sup>. Mesmo que se admitisse que existia autorização legislativa para restringir a realização de eventos de culto nos moldes em que o foram (isto é, que existia precedência de lei), o dever de especificação da lei regulamentada, constante do artigo 112.º, n.º 7, da CRP, saíria sempre violado. Com efeito, caso fossem outras as leis habilitantes, estas teriam de vir expressamente referidas nas Resoluções do Governo, sendo plenamente aplicável o ensinamento do Tribunal Constitucional segundo o qual a “Constituição exige todavia que a menção seja “expressa”, recusando deste modo a legitimidade de referências meramente implícitas à base legal autorizante (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 345/01, proc. n.º 115/01)”. No mesmo sentido, é clara a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira: “a dupla exigência [de precedência de lei e citação da lei] torna ilegítimos não só os regulamentos carecidos de habilitação legal, mas também os regulamentos que, embora com provável fundamento legal, não individualizam expressamente este fundamento”<sup>50</sup>. Note-se que esta questão não é meramente formal. Nas palavras do Tribunal Constitucional no mesmo aresto, a exigência de indicação da lei habilitante “tem, assim, como objectivo, por um lado, disciplinar o uso do poder regulamentar, obrigando o Governo e a Administração a controlarem, em cada caso, se podem ou não emitir determinado regulamento, e, por outro lado, garantir a segurança e a transparência jurídicas, dando a conhecer aos destinatários o fundamento do poder regulamentar”.

### **3.3. *Durante o Estado de Emergência, de 6 de Novembro de 2020 a 15 de Abril de 2021***

I – A partir do Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de Novembro, as liberdades de religião, de consciência e de culto deixaram de vir mencionadas nos decretos de declaração de Estado de Emergência. Os efeitos desta opção não foram, porém, claros. Apesar de a “liberdade de culto, na sua dimensão colectiva” ter deixado de constar *expressamente* como restringida ou suspensa, a verdade é que não deixa de ser criticável que o Presidente da República, tendo salvaguardado em anteriores declarações que a liberdade de religião e de consciência não seria afectada (o que, afinal, não se verificou),

<sup>49</sup> Em declarações ao jornal Observador, em 30 de Abril de 2020, disponíveis em <https://observador.pt/2020/04/30/calamidade-permite-medidas-do-governo-ou-cidadaos-podem-resistir-constitucionalistas-nao-se-entendem/>

<sup>50</sup> V. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 75.

não o tenha feito nas ocasiões seguintes. Ficou, assim, a dúvida se esta diferença significava, numa interpretação histórica e sistemática, que a liberdade de culto na sua dimensão colectiva deixou de estar suspensa neste período.

As dúvidas densificam-se quando constatamos que o Governo não deixou de restringir a liberdade de culto no período de Estado de Emergência, de 6 de Novembro de 2020 a 15 de Abril de 2021. De facto, durante este período, e na vigência de iguais configurações normativas do Estado de Emergência<sup>51</sup>, o Governo tomou medidas diametralmente opostas. Enquanto no Decreto n.º 8/2020, de 8 de Novembro, o Governo optou por não restringir qualquer evento religioso, no diploma subsequente, o Decreto n.º 9/2020, de 21 de Novembro, este já limitou as “cerimónias religiosas, incluindo celebrações comunitárias”, as quais ficaram sujeitas às “orientações específicas da DGS”. Ficou, assim, a dúvida sobre se a “liberdade de culto, na sua dimensão colectiva” continuou ou não suspensa. Se por um lado a regra da *enumeratio ergo limitatio*<sup>52</sup>, que impõe a especificação dos direitos suspensos, vertida no artigo 19.º, n.º 3, da CRP, deveria resolver a questão, por outro, o Decreto do Presidente da República e as sucessivas renovações poderiam ter sido mais claras quanto a esta matéria. De facto, os decretos de declaração e renovação do Estado de Emergência deixaram “parcialmente limitado, restringido ou condicionado o exercício” da liberdade de circulação salvo, entre as excepções aí especificadas, “outras razões ponderosas, cabendo ao Governo, nesta eventualidade, especificar as situações e finalidades em que a liberdade de circulação individual, preferencialmente desacompanhada, se mantém”, formulação que, por tão abrangente, poderá ter contribuído para esta dúvida. Ensina a doutrina que quando existem vários sentidos interpretativos possíveis e sendo algum deles inconstitucional, se deve preferir aqueles que sejam mais conformes à Constituição, numa *interpretação conforme à Constituição*<sup>53</sup>. Porém, como escrevemos noutra sede, “não existindo uma hierarquia dos elementos hermenêuticos, a ponderação entre os elementos que apontam para uma interpretação constitucional e os que apontam para uma inconstitucional deve ser sempre casuística”<sup>54</sup>. Ou seja, como ensinava Castanheira Neves, deverá prevalecer aquele elemento que,

<sup>51</sup> Em rigor, estamos a falar de dois momentos distintos, mas sucedaneamente interligados: o Estado de Emergência introduzida pelo Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de Novembro, num primeiro momento, e a sua renovação subsequente, operada pelo Decreto do Presidente da República n.º 59-A/2020, de 20 de Novembro, com o mesmo conteúdo.

<sup>52</sup> V. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1106.

<sup>53</sup> V. JORGE MIRANDA, *Fiscalização da Constitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 84; GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., pp. 1226 e 1227.

<sup>54</sup> V. JOÃO TORNADA, ob. cit., p. 87.

“perante os pontos problemáticos especificamente acentuados no caso concreto, tenha maior força argumentativa na utilização da norma como critério de solução desses pontos”<sup>55</sup>. Neste caso, existindo um argumento interpretativo histórico forte decorrente de as declarações de Estado de Emergência de 18 de Março e 2 de Maio de 2020 terem restringido a liberdade de culto, poderá ser difícil sustentar que ainda haveria espaço para uma interpretação conforme à Constituição no sentido de se ressaltar que a liberdade religiosa não foi afetada pelas declarações de Estado de Emergência de Novembro de 2020 em diante. Especialmente para quem, ao contrário de nós, entenda que a liberdade religiosa protegida pelo artigo 19.º, n.º 6, da CRP se esgota na sua “dimensão individual”.

II – Se as suspensões e as restrições da liberdade de culto não foram autorizadas pelos Decretos do Presidente da República, então quaisquer medidas aplicadas pelo Governo nesse período que tenham restringido a realização de eventos de culto, deveriam ter respeitado as regras do artigo 18.º da CRP. Como se disse, não estando a liberdade religiosa suspensa, a competência da Assembleia da República para restringir essa liberdade (constante do artigo 165.º, n.º 1, b), da CRP) e a reserva de lei (constante dos artigos 18.º, n.º 2, e 198.º, n.º 1, b), da CRP) mantiveram-se. É por essa razão que, como explica Jorge Reis Novais (a propósito de outro direito fundamental, o do artigo 27.º da CRP), não se deve descorar “*a extrema importância de saber quais os direitos fundamentais que foram ou não suspensos na declaração do estado de emergência*”<sup>56</sup>.

Aqui chegados, como as restrições constantes de Decretos do Governo se estribaram na “regulamentação do Estado de Emergência”, estas padecem de inconstitucionalidade por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 165.º, n.º 1, b), e 198.º, n.º 1, b), da CRP. Contra isto, nem se diga que os Decretos do Governo em questão poderiam encontrar guarida (precedência de lei) na LBPC, conforme aconteceu nos períodos em que não vigorou o Estado de Emergência, pois conforme se referiu *supra*, não só nos parece duvidoso que o âmbito subjectivo desse diploma e os fins do artigo 22.º estejam em causa, como, em todo o caso, o dever de especificação da lei regulamentada, constante do artigo 112.º, n.º 7, da CRP, sempre saíria violado.

III – Disto isto, tendo em conta as críticas que se teceram ao longo deste artigo, é naturalmente de saudar que a partir do Decreto n.º 3-A/2021, de 14

<sup>55</sup> V. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 106.

<sup>56</sup> V. JORGE REIS NOVAIS, “Direitos...”, cit., p. 113.

de Janeiro, o Governo tenha excluído da proibição de realização de eventos as “cerimónias religiosas, incluindo celebrações comunitárias”, no artigo 35.º desse diploma. Mais vale tarde do que nunca.

## *Sigilo profissional em medicina dentária e os desafios éticos do e-health: revisão narrativa*

ARTUR MILER\*

AMÉRICO AFONSO\*\*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Material e métodos*. 3. *A medicina centrada no doente em contexto de saúde digital*. 4. *O sigilo profissional em medicina dentária*. 5. *Conclusão*.

RESUMO: Os desafios relacionados com a transição digital e a confidencialidade dos processos clínicos acabam por criar aos profissionais de saúde, nos quais se incluem os médicos dentistas, novos desafios na sua relação com o doente. A medicina centrada no doente abrange a experiência total de doença do utente, envolvendo-o nas decisões clínicas. Nesse sentido, torna-se fundamental continuar a preservar a relação entre o médico e o doente na qual o sigilo profissional é fundamental para o normal estabelecimento desse vínculo e constitui a base sólida no decorrer dos cuidados de saúde prestados ao doente. O objetivo deste trabalho consistiu em perceber, através de uma revisão da literatura, qual a importância do sigilo profissional em medicina dentária, o seu papel na relação de confiança entre o médico dentista e o doente e, em que situações este pode ser “quebrado”, tendo em conta o superior interesse do doente, aliado aos novos temas sobre os desafios éticos da saúde digital ou *e-health*. As questões éticas e bioéticas são fundamentais para dotar os médicos dentistas de maior capacidade de adaptação aos novos contextos abordados. É fundamental que estes profissionais de saúde consolidem a sua forma-

\* Médico Dentista, Pós-Graduado em Reabilitação Oral pela Faculdade de Medicina Dentária da Universidade do Porto; Mestre em Geriatria pela Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra; Curso Pós-Graduado em Bioética no Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

\*\* Médico Dentista, Professor Catedrático na Faculdade de Medicina Dentária da Universidade do Porto.

ção pré e pós-graduada nestas áreas do conhecimento para compreenderem o seu doente como um todo, na procura do seu bem-estar físico e psíquico, no respeito pela pessoa humana. A confiança dos doentes no seu médico dentista, enquanto fiel depositário da sua informação de saúde, será sempre relevante e permite proporcionar um melhor atendimento médico-dentário, traduzindo-se em ganhos de saúde para o doente.

PALAVRAS-CHAVE: Ética; Bioética; Sigilo Profissional; *e-health*; Medicina Dentária

ABSTRACT: The challenges related to the digital transition and the confidentiality of clinical data end up creating for healthcare professionals, which includes the dentist, new contexts in their relationship with the patient. The patient-centered medicine encompasses the user's total experience of illness, involving him in clinical decisions. In this sense, it is essential to continue to preserve the doctor-patient relationship to which professional confidentiality is crucial in the normal establishment of this bond and it constitutes a solid basis in the course of healthcare provided to the patient. The objective of this manuscript was to realize a literature review about the importance of professional confidentiality in dental medicine, its role in the relationship of trust between the dentist and the patient and in what situations it can be "broken" considering the patient's superior interest, coupled with new topics on the ethical challenges of digital health or *e-health*. Ethical and bioethical issues are very important to provide dentists with greater ability to adapt to the new contexts addressed. It is essential that these health professionals reinforce their graduate training in these areas of knowledge to understand their patient as a whole, in the search for their physical and mental well-being, with respect for the human person. Patients' trust in the dentist, as a faithful depository of their health information, remains crucial for dentists to be able to provide responsible dental care and a better quality of life for the patient.

KEYWORDS: Ethics; Bioethics; Professional Confidentiality; e-health; Dentistry

## 1. Introdução

A ética e a responsabilidade social têm vindo a assumir um papel importante nas organizações e na sociedade em geral, impondo a todos os profissionais comportamentos éticos no exercício das suas funções. No contexto ético, a privacidade é um princípio proveniente da intimidade, honra e imagem do doente. Assume-se que, para garantir a privacidade de alguém e de toda a

confidencialidade da informação facultada, esta tem de ser conservada e todo o profissional de saúde tem o dever de a proteger<sup>1</sup>.

Na área da saúde, particularmente na medicina dentária, a privacidade está diretamente associada ao sigilo profissional, um tipo especial de segredo no qual o “confidente” pertence a uma determinada classe profissional e toda a informação cedida pelo doente deve manter-se apenas entre ambos<sup>2</sup>.

A privacidade do doente adquiriu uma maior importância nas questões ético/legais da prática médica contemporânea. A crescente desconfiança dos utentes sobre a privacidade das suas informações de saúde apresenta uma séria ameaça à normalidade na prestação dos cuidados de saúde<sup>3</sup>. O modelo atual de atendimento dos doentes promove um sistema em que estes são vistos como doenças com planos de tratamento e não como indivíduos com uma vida inteira de experiências. Este sistema torna-se ainda mais exagerado aquando da consulta do seu registo clínico eletrónico, em que fluxos de dados pessoais são apresentados acima da narrativa do doente. Os dados quantitativos são cruciais para melhorar a prestação de cuidados de saúde mas não devem desviar o foco dos profissionais de saúde da observação dos doentes enquanto pessoas<sup>4</sup>.

A preservação do sigilo profissional em saúde baseia-se no facto de qualquer profissional, médico, enfermeiro ou médico dentista, assim como outros técnicos de saúde terem a consciência de que todos os factos confidenciais, por força dos códigos éticos e da lei, têm de ser mantidos sob sigilo<sup>5</sup>.

O respeito pela confidencialidade do doente é uma aplicação do respeito pela sua autonomia. A autonomia deste não pode ser substituída a menos que haja uma de duas condições: quando a racionalidade do doente está em questão ou quando o princípio do dano é invocado, isto é, o doente no exercício da sua autonomia vai afetar outros<sup>6</sup>. Além da complexidade legal e da conduta médica inadequada, também existem políticas institucionais e desafios administrativos que podem involuntariamente ameaçar a confidencialidade. Existem desafios emergentes criados pelo Registo Clínico Eletrónico e pelos portais de doentes.

<sup>1</sup> Heikkinen AM, Wickstrom GJ, Leino-Kilpi H. Privacy in occupational health practice: promoting and impeding factors. *Scand J Public Health*. 2007;35(2):116-24.

<sup>2</sup> Zabala-Blanco J, Alconero-Camarero AR, Casaus-Perez M, Gutierrez-Torre E, Saiz-Fernandez G. [Evaluation of bioethical aspects in health professionals]. *Enferm Clin*. 2007;17(2):56-62.

<sup>3</sup> Pretzer M. The clock is ticking on patient privacy. *Med Econ*. 1999;76(2):29-30, 2.

<sup>4</sup> Skylar-Scott IA, Wu BJ. Humanizing the Electronic Medical Record with the Personal Fact. *Am J Med*. 2017;130(7):e291-e2.

<sup>5</sup> Hough G. When confidentiality mandates a secret be kept: a case report. *Int J Group Psychother*. 1992;42(1):105-15.

<sup>6</sup> McCarthy RL. Ethics and patient privacy. *J Am Pharm Assoc* (2003). 2008;48(6):e144-52; quiz e53-4.

Esses sistemas podem não cumprir ou não estarem adaptados aos requisitos do Estado ou da prática médica individual em relação à confidencialidade, o que pode levar a violações não intencionais da confidencialidade ao compartilhar registros entre médicos ou sistemas de saúde<sup>7</sup>.

Os doentes têm o direito de esperar que os profissionais de saúde mantenham a informação de saúde privada de forma a honrar a autonomia do doente e essa obrigação estende-se, inclusive, nos casos em que eles considerem adequado e/ou necessário a divulgação de informações confidenciais a terceiros<sup>8</sup>.

Apesar da necessidade da troca de informação, numa equipa de saúde multidisciplinar, cada profissional deve limitar a informação ao que é de facto realmente necessário para o acompanhamento e para o plano de tratamento dos seus doentes tendo em vista o melhor interesse do doente<sup>9</sup>. Para os profissionais de saúde, a confidencialidade compreende toda a informação a que estes têm acesso, nomeadamente a entrevista clínica, exame físico, resultados laboratoriais e radiológicos ou mesmo a conversa com outros profissionais de saúde envolvidos no tratamento do doente<sup>10</sup>.

O objetivo deste trabalho consistiu em perceber, através de uma revisão da literatura, qual a importância do sigilo profissional em medicina dentária, o seu papel na relação de confiança entre o médico dentista e o doente e em que situações este pode ser “quebrado” tendo em conta o superior interesse do doente, aliado aos novos temas sobre os desafios éticos da saúde digital ou *e-health*.

## 2. Material e métodos

Para a elaboração deste trabalho, efetuou-se uma pesquisa bibliográfica nas bases de dados eletrónicas: *Pubmed*, *B-on* e nas edições da *Revista Jurídica Luso Brasileira*.

Numa primeira fase, foram utilizados como termos de pesquisa: *Dentistry*, *Ethics*, *Bioethics*, *Professional Confidentiality*, os quais foram combinados atra-

<sup>7</sup> Pathak PR, Chou A. Confidential Care for Adolescents in the U.S. Health Care System. *J Patient Cent Res Rev*. 2019;6(1):46-50.

<sup>8</sup> McCarthy RL. Ethics and patient privacy. *J Am Pharm Assoc* (2003). 2008;48(6):e144-52; quiz e53-4.

<sup>9</sup> Phaosavasdi S, Thaneepanichskul S, Tannirandom Y, Pupong V, Uerpairojkit B, Pruksapongs C, et al. The idealistic ethical doctor. *J Med Assoc Thai*. 2007;90(1):201-2.

<sup>10</sup> Mole DJ, Fox C, Napolitano G. Electronic patient data confidentiality practices among surgical trainees: questionnaire study. *Ann R Coll Surg Engl*. 2006;88(6):550-3.

vês da utilização do marcador booleano *AND*, tendo sido adotada a seguinte fórmula de pesquisa: (“dentistry”[MeSH Terms] OR “dentistry”[All Fields]) AND (“ethics”[Subheading] OR “ethics”[All Fields] OR “ethics”[MeSH Terms]) AND (“bioethics”[MeSH Terms] OR “bioethics”[All Fields]) AND (Professional[All Fields] AND (“confidentiality”[MeSH Terms] OR “confidentiality”[All Fields])). Foi obtido um total de 29 artigos. De forma a indagar sobre a relação entre o *e-health* e as questões bioéticas subjacentes a esta temática foi realizada, nas mesmas bases de dados, uma outra pesquisa utilizando os termos MeSH (Medical Subject Headings): *Dentistry*, *Bioethics* e *Electronic Health*, os quais foram igualmente combinados utilizando o marcador booleano *AND*, tendo sido estipulada a seguinte fórmula de pesquisa: (“dentistry”[MeSH Terms] OR “dentistry”[All Fields]) AND (“bioethics”[MeSH Terms] OR “bioethics”[All Fields]) AND (“electronics”[MeSH Terms] OR “electronics”[All Fields] OR “electronic”[All Fields]) AND (“health”[MeSH Terms] OR “health”[All Fields])). Desta pesquisa resultou um total de sete artigos.

Adicionalmente, foram incluídos cinco artigos por pesquisa das referências bibliográficas dos artigos previamente selecionados. Do total dos artigos considerados, foram selecionados aqueles que estavam em concordância com os objetivos inicialmente propostos.

### **3. A medicina centrada no doente em contexto de saúde digital**

A relação clínica entre o doente e o médico é a principal atividade de todos os sistemas de cuidados de saúde. Na tentativa de melhorar este contacto terapêutico, o método clínico centrado na pessoa foi desenvolvido para lidar com a complexidade inerente a esta relação<sup>11</sup>.

Na Medicina Centrada no Doente, os profissionais colocam a pessoa no centro do atendimento. Donald Berwick cunhou três slogans sobre esta prática: “a necessidade do doente é a única necessidade”, “todo o doente é o único doente” e “nada sobre mim sem mim”<sup>12</sup>. Esses slogans sugerem a primazia dos doentes e o dever dos profissionais de remover barreiras ao acesso destes à sua informação de saúde. A Medicina Centrada no Doente apresenta-se como uma abordagem que abrange a experiência total de doença do indivíduo, enfati-

<sup>11</sup> Lam CL, Yuen NY, Mercer SW, Wong W. A pilot study on the validity and reliability of the Patient Enablement Instrument (PEI) in a Chinese population. *Fam Pract.* 2010;27(4):395-403.

<sup>12</sup> Berwick DM. What ‘patient-centered’ should mean: confessions of an extremist. *Health Aff (Millwood)*. 2009;28(4):w555-65.

zando a importância de tomar as crenças e características do mesmo em consideração. Este conceito implica perguntar-lhes sobre as suas metas e prioridades relacionadas com a sua saúde, fornecendo-lhes informações sobre a sua situação e as opções de cuidados, incluindo-os e trabalhando com eles na tomada da decisão clínica para garantir que as suas necessidades estão a ser tratadas adequadamente<sup>13</sup>. É muito importante manter a privacidade dos registos clínicos do doente para manter a confidencialidade da informação<sup>14</sup>.

Sabe-se que os doentes procuram uma abordagem positiva e centrada neles e, se não a encontram, ficam menos satisfeitos, menos habilitados, e podem sofrer maior carga de sintomas<sup>15</sup>.

O princípio do respeito pelas pessoas suscita preocupações éticas relacionadas com a capacidade de descobrir certas características de um doente no seu registo eletrónico de saúde que ele pretende não divulgar. A primeira obrigação moral associada a esse princípio exige que a autonomia do doente seja reconhecida. Isso pressupõe que os doentes são capazes de deliberar no que respeita ao cruzamento entre os seus interesses pessoais e as escolhas clínicas<sup>16</sup>. As pessoas, a esse respeito, são entidades sociais, morais, legais e políticas com direitos, às quais são devidas obrigações. A segunda obrigação moral, em relação ao princípio do respeito pelas pessoas, é a exigência de proteger os doentes que são incapazes de exercer a sua própria autonomia, seja por causa da idade ou por mudanças no seu estado mental<sup>17</sup>.

Infelizmente, o processo de consentimento para o uso clínico dos registos dos doentes não tem acompanhado o potencial de utilização dos dados eletrónicos, ao que acresce o facto dos processos e estruturas necessários para garantir a divulgação e o consentimento adequado ainda não estão em vigor. Além disso, o processo de consentimento, como está, mostrou-se problemático na

<sup>13</sup> Howie JG, Heaney D, Maxwell M. Quality, core values and the general practice consultation: issues of definition, measurement and delivery. *Fam Pract.* 2004;21(4):458-68.

<sup>14</sup> Castledine G. The importance of keeping patient records secure and confidential. *Br J Nurs.* 2006;15(8):466.

<sup>15</sup> Little P, Everitt H, Williamson I, Warner G, Moore M, Gould C, et al. Observational study of effect of patient centredness and positive approach on outcomes of general practice consultations. *BMJ.* 2001;323(7318):908-11.

<sup>16</sup> Cassell EJ. The principles of the Belmont report revisited. How have respect for persons, beneficence, and justice been applied to clinical medicine? *Hastings Cent Rep.* 2000;30(4):12-21.

<sup>17</sup> Cato KD, Bocking W, Larson E. Did I Tell You That? Ethical Issues Related to Using Computational Methods to Discover Non-Disclosed Patient Characteristics. *J Empir Res Hum Res Ethics.* 2016;11(3):214-9.

melhor das hipóteses. Clínicos e doentes manifestaram preocupações, com os médicos a alertarem que o processo de consentimento está “quebrado”<sup>18</sup>.

Apesar de atualmente a situação ter evoluído em Portugal consideramos, a esse propósito, que os novos desafios com que se deparam os profissionais de saúde, no que respeita à transição digital e aos novos mecanismos legais de proteção de dados, vão causar naturais constrangimentos de adaptação, quer aos sistemas informáticos mais rudimentares quer à necessidade de uma maior formação dos profissionais para enfrentarem estas mudanças rápidas e profundas. Acredita-se, acima de tudo, que não vão abalar o sólido compromisso secular da relação médico-doente.

Um desafio maior advém da telessaúde. Este conceito evolutivo surgiu a partir dos procedimentos da telemedicina que tentou alargar os processos de atendimento não presencial para aqueles que, por múltiplas razões, não podiam aceder fisicamente aos cuidados de saúde tradicionais. Na telessaúde, as informações criadas para atendimento clínico podem ser mais e melhor utilizadas do que as recolhidas por procedimentos convencionais para análise de dados, a fim de permitir a avaliação e o planeamento de estratégias de saúde por forma a alcançar outros objetivos organizacionais. É preciso garantir não apenas que tais informações sejam geridas de forma responsável, mas também que o acesso às informações de saúde seja permitido a pessoas ou entidades responsáveis que possam manter a segurança das informações<sup>19</sup>.

#### **4. O sigilo profissional em medicina dentária**

O sigilo profissional é originário de Hipócrates que afirmou: “Aquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto e ouvido, que não seja preciso divulgar, eu guardarei sempre em segredo”<sup>20</sup>. Nos dias de hoje, a literatura existente leva-nos cada vez mais a refletir sobre o sigilo profissional. Com o conceito da multidisciplinaridade a ganhar cada vez mais relevo na medicina dentária, torna-se cada vez mais importante a instrução dos profissionais de saúde que trabalham nos consultórios sobre a necessidade de valorização da componente ética e consequentemente do sigilo profissional. O médico dentista deve, logo na primeira consulta, ter a sensibili-

<sup>18</sup> Hayden EC. Informed consent: a broken contract. *Nature*. 2012;486(7403):312-4.

<sup>19</sup> Kuziemyky CE, Gogia SB, Househ M, Petersen C, Basu A. Balancing Health Information Exchange and Privacy Governance from a Patient-Centred Connected Health and Telehealth Perspective. *Yearb Med Inform*. 2018;27(1):48-54.

<sup>20</sup> Louvrier P. [Professional confidentiality and the family]. *Rev Med Brux*. 2006;27(4):S396-400.

dade de procurar criar uma relação de confiança com o doente para dessa forma conseguir dar seguimento ao melhor tratamento possível.

Os resultados obtidos no estudo de Garbin e colaboradores sugerem que a ausência de sensibilização de assistentes dentárias sobre o sigilo profissional ocorre devido a negligência ou falta de conhecimento para o praticar<sup>21</sup>. É importante reafirmar que todos os profissionais de saúde de um consultório dentário são responsáveis pelo sigilo profissional, incluindo assistentes dentárias. Estas podem ter acesso a documentos clínicos, estão presentes durante o atendimento e têm uma visão “direta” do que acontece na consulta e de informações que o doente possa estar a fornecer ao médico dentista. Em caso de quebra do sigilo, nos termos do Código Deontológico da Ordem dos Médicos Dentistas, o médico dentista é responsabilizado por não ter instruído o seu assistente para a importância dos procedimentos a adotar<sup>22</sup>. A esse propósito, Ponte enfatizou que, mesmo estando a trabalhar numa equipa multidisciplinar, não há necessidade de partilhar toda a informação do doente com todos os membros. Os médicos dentistas e assistentes dentárias devem compartilhar toda a informação apenas quando é do superior interesse para o doente<sup>23</sup>.

Maccon afirma que em situações como revelar a existência de doenças infecciosas ou informação considerada essencial para continuar o tratamento dentário do doente não podem ser consideradas quebras do sigilo profissional. A quebra de sigilo profissional, nestes casos, é uma forma de evitar que os profissionais de saúde sejam expostos a graves problemas<sup>24</sup>.

Sirinskiene e seus colaboradores exploraram os limites do sigilo profissional no contexto dos doentes com Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA). Os autores assumiram que, neste caso, o sigilo profissional pode e deve ser quebrado para informar as pessoas que estão mais próximas destes doentes, como o seu companheiro ou quem está responsável por ele, bem como, o profissional de saúde que o acompanha. No entanto, depois de ser partilhada essa informação, a mesma deve ser analisada tendo em consideração a autonomia do doente, o seu estado psicológico e mental<sup>25</sup>. Muitos estudos relataram que doentes com SIDA precisam particularmente de cuidar da sua saúde oral, pois

<sup>21</sup> Garbin CA, Garbin AJ, Saliba NA, de Lima DC, de Macedo AP. Analysis of the ethical aspects of professional confidentiality in dental practice. *J Appl Oral Sci.* 2008;16(1):75-80.

<sup>22</sup> Masic I, Ridanovic Z. Ethical principles in health data protection. *Med Arh.* 1995;49(1-2):41-4.

<sup>23</sup> Ponte C. [Confidentiality and professional secrecy in health establishments]. *Soins.* 2006(710):22-3.

<sup>24</sup> Maccoon K. To what extent should a colleague be unnecessarily exposed to risks for the sake of protecting patient privacy: an ethical dilemma. *Health Law Can.* 2005;26(2):13-6.

<sup>25</sup> Sirinskiene A, Juskevicius J, Naberkovas A. Confidentiality and duty to warn the third parties in HIV/AIDS context. *Med Etika Bioet.* 2005;12(1):2-7.

são mais propensos a doenças da cavidade oral, mais agressivas, as quais vão interferir com a alimentação, com a administração da terapia e a sua qualidade de vida em geral<sup>26</sup>.

Trata-se de uma questão bastante pertinente a relação entre sigilo profissional dos Médicos e os doentes com SIDA. Giuliani e seus colaboradores indicam-nos que, apesar da sua importância e dos relatos de discriminação contra pessoas com SIDA, poucos estudos têm sido realizados sobre o acesso a tratamentos de saúde oral e da relação médico dentista/doente, mesmo sabendo que os que existem destacam o quão complexa e delicada esta relação pode ser<sup>27</sup>.

Seria importante um olhar mais cuidado sobre este tipo de situações, sendo, na opinião dos autores, o sigilo profissional uma ferramenta indispensável no reforço da confiança entre o médico dentista e o seu doente especial. Nestes casos, considera-se que o mais importante será a sensibilidade e o cuidado que o profissional de saúde tem de ter para conseguir obter sucesso ao longo do tratamento.

Hariharan e seus colaboradores reportam que alguns profissionais de saúde, incluindo médicos e enfermeiros, apresentavam pouco conhecimento dos princípios legais e éticos, bem como, do conceito de sigilo profissional. Depois de detetado o problema, os autores concluíram que é necessário reforçar o estudo da ética e das leis de modo preparar os profissionais de saúde para lidar com os problemas que poderiam surgir na sua vida profissional<sup>28</sup>.

A preservação do sigilo profissional é um dos principais conceitos éticos ao qual deve ser dada prioridade na educação médica<sup>29</sup>. No Mestrado Integrado em Medicina Dentária já está introduzida a disciplina de Ética e Deontologia. É uma forma de consciencializar os estudantes que estão prestes a iniciar a sua profissão. Nos tempos que vivemos, o sigilo profissional será sempre muito importante e, mais que a introdução da disciplina de Ética no Mestrado Integrado, os princípios éticos devem ser sempre reforçados durante o percurso académico para que, deste modo, os médicos dentistas estejam preparados para

<sup>26</sup> Dobalian A, Andersen RM, Stein JA, Hays RD, Cunningham WE, Marcus M. The impact of HIV on oral health and subsequent use of dental services. *J Public Health Dent*. 2003;63(2):78-85.

<sup>27</sup> Giuliani M, Lajolo C, Rezza G, Arici C, Babudieri S, Grima P, et al. Dental care and HIV-infected individuals: are they equally treated? *Community Dent Oral Epidemiol*. 2005;33(6):447-53.

<sup>28</sup> Hariharan S, Jonnalagadda R, Walrond E, Moseley H. Knowledge, attitudes and practice of health-care ethics and law among doctors and nurses in Barbados. *BMC Med Ethics*. 2006;7:E7.

<sup>29</sup> Graham HJ. Patient confidentiality: implications for teaching in undergraduate medical education. *Clin Anat*. 2006;19(5):448-55.

saber assumir o seu dever enquanto profissionais de saúde e ter sempre em consideração os superiores interesses do doente<sup>30</sup>.

## 5. Conclusão

As questões relacionadas com a privacidade do doente e a confidencialidade dos seus dados clínicos são suscetíveis de permanecer na vanguarda da ética e do direito de boas práticas clínicas ao longo dos anos na relação médico-doente. Deste modo, compreendemos que um método clínico centrado no doente, que privilegia a comunicação, a parceria e a promoção de saúde, tem repercussões positivas no doente, que se sente mais habilitado e capaz de lidar com a sua vida e as suas doenças.

A evolução tecnológica e a digitalização da saúde, ao tempo em que trouxeram benefícios evidentes, encerram, em si, desafios éticos relacionados com a partilha de dados de saúde que requerem ações concretas de todos. Partilhar dados e informação do doente é uma dívida que deve acolher o bem da pessoa e o bem comum, à luz do princípio da justiça, mas em prol do progresso dos cuidados de saúde e da evolução da ciência.

Os profissionais de saúde, nomeadamente os médicos dentistas, devem assegurar e garantir que não vão utilizar nem divulgar inadvertidamente os dados de saúde dos seus doentes. Para lá das suas obrigações legais, os médicos dentistas, à semelhança de todos os profissionais de saúde, têm a obrigação moral de perante os seus doentes garantir a não ocorrência da violação do sigilo profissional. Neste sentido, asseguramos que os nossos doentes se sintam confiantes e seguros de que os seus dados são respeitados e utilizados de forma correta, podendo o doente concentrar toda a sua atenção na cooperação com o seu médico dentista de forma a otimizar a sua saúde oral e melhorar a sua qualidade de vida.

<sup>30</sup> Pirnay P. [Should we teach bioethics to students in dentistry as part of public studies? An example in the Faculty of Dentistry at the University Paris Descartes]. *Rev Epidemiol Sante Publique*. 2015;63(3):203-10.

## *Recuperar o espaço público e proteger os direitos fundamentais dos comerciantes informais: balizas da Corte Constitucional da Colômbia (2010-2017)\**

*Recovering the public space and protecting the fundamental rights of informal vendors: parameters from the Constitutional Court of Colombia (2010-2017)*

HIDEMBERG ALVES DA FROTA \*\*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sentencia C-211/17. 3. Sentencia T-067/17. 4. Sentencia T-424/17. 5. Sentencia T-607/15. 6. Sentencia T-481/14. 7. Sentencia T-231/14. 8. Sentencia T-386/13. 9. Sentencia T-244/12. 10. Sentencia T-926/10. 11. Sentencia T-135/10. 12. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo jurídico se revestiu da finalidade de examinar os acórdãos da Corte Constitucional da Colômbia de 2010 a 2017 que tiveram de balancear o dever do Estado-Administração de recuperar o espaço público com a salvaguarda dos direitos fundamentais dos comerciantes informais afetados, de modo negativo, por tal espécie de exercício, nas esferas locais, do poder de polícia e das potestades fiscalizatória e punitiva do Poder Público. Inferiu-se que a Corte Constitucional colombiana, de maneira reiterada, tem reformado decisões do Poder

\* Artigo jurídico originalmente publicado na *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 6, n. 2, p. 1-26, jul.-dez. 2019.

\*\* Especialista em Direito Internacional e Direitos Humanos (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas). Especialista em Direito Público (Escola Paulista de Direito – EDP). Especialista em Direito Penal e Criminologia (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS). Especialista em Direitos Humanos e Questão Social (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR). Especialista em Psicologia Positiva: Ciência do Bem-Estar e Autorrealização (PUCRS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (PUCRS). Especialista em Direito Tributário (PUC Minas). Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas (MP/AM).

Judiciário daquela Nação que desconsideram a omissão do Poder Executivo, em âmbito distrital e municipal, de proporcionar aos vendedores informais medidas administrativas concretas que viabilizem a sobrevivência financeira desses particulares e de seus familiares, uma vez que a Administração Pública recalcitra na conduta de não lhes providenciar programas estatais de capacitação, formalização de atividades econômicas e realocação ajustados às especificidades dessa parcela da população urbana e, muitas vezes, incorre em iterativo comportamento contraditório e desleal, ao frustrar, de maneira repentina, a expectativa e a confiança legítimas de vendedores informais que, no transcurso de anos ou decênios, desempenharam o seu ofício com a aquiescência implícita ou explícita dos entes estatais locais, que depois os surpreenderam com linha de ação diametralmente oposta, marcada pela postura higienista e punitivista.

**PALAVRAS-CHAVE:** recuperação do espaço público; direitos fundamentais dos comerciantes informais; jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia.

**ABSTRACT:** The purpose of this legal paper was to analyze the judgments of the Constitutional Court of Colombia from 2010 to 2017, which had to balance the duty of the Public Administration in promoting the recovery of the public space while safeguarding the fundamental rights of informal vendors negatively affected by this type of exercise, in the local spheres, of the police power and the controlling e punishment power of the government. It was inferred that the Constitutional Court of Colombia has repeatedly reversed decisions of the Judiciary of said country that disregard the omission of the Executive, at the district and municipal level, in providing informal vendors with concrete administrative measures that enable the financial survival of these individuals and their families, since the Public Administration shows resistance in the conduct of not providing them with state programs for their qualification, the formalization of economic activities and relocation, in line with the particularities of this segment of the urban population and often incurs repeated contradictory and disloyal behavior by suddenly frustrating the legitimate expectation and confidence of informal vendors who, over the years or decades, have exercised their profession with the implicit or explicit acquiescence of local state entities that then surprise them with a diametrically opposite course of action, marked by a hygienist and punitive attitude.

**KEYWORDS:** recovery of the public space; fundamental rights of informal vendors; precedents of the Constitutional Court of Colombia.

## 1. Introdução

Este artigo jurídico se propõe a expor, em breves linhas, os principais aspectos relacionados aos acórdãos da Corte Constitucional da Colômbia que, expendidos no decurso da janela temporal de 2010 a 2017, guardam como substrato comum o permanente desafio de a função jurisdicional do Estado, sobremaneira na América Latina e nas demais regiões do globo marcadas pela agudez e persistência das desigualdades sociais, permitir a eficaz, eficiente e efetiva ação da Administração Pública de defesa da ordem urbanística e recuperação do espaço público degradado, (a) sem, contudo, comprometer os direitos fundamentais dos comerciantes informais, notadamente os seus direitos ao trabalho e ao mínimo vital (ou mínimo existencial), na qualidade de pessoas naturais em estado de vulnerabilidade pessoal, familiar, social e/ou econômica, com reduzida perspectiva de inserção no mercado de trabalho formal e ascensão na pirâmide social, cuja renda depende de tais atividades econômicas e sustenta núcleos familiares, (b) nem macular a confiança e as expectativas legítimas depositadas em parcela significativa daqueles, no decorrer de anos ou décadas, à vista do padrão de conduta sedimentado, em nível local, pelo Estado-Administração, ao anuir, de maneira tácita ou explícita, com o desempenho cotidiano desses ofícios, por vezes surpreendendo os referidos vendedores informais com uma repentina mudança de comportamento, imbuída de índole higienista e punitivista, de sancioná-los pecuniariamente na via administrativa e apreender suas mercadorias e equipamentos, desmontando ou destruindo suas modestas instalações, com frequência despreocupado, o Poder Público, em prevenir ou minorar os efeitos negativos em relação à manutenção desses particulares e de seus familiares, cidadãos e cidadãs que vivem no anonimato, sob o manto da invisibilidade perante a opinião pública, enfrentando a etiquetagem social que os estigmatiza e o desinteresse da classe média e dos setores do corpo social dotados de maior poder aquisitivo, prestígio social e influência política.

## 2. Sentencia C-211/17

Corporificado na Lei n.º 1.801, de 29 de julho de 2016, o Código Nacional de Polícia e Convivência<sup>1</sup>, enfeixa, de acordo com o seu artigo 1.º, plexo normativo de caráter preventivo a reger não só as condições para a convivência em território colombiano, por meio da qual se cumram os deveres e obriga-

<sup>1</sup> Código Nacional de Policía y Convivencia (COLÔMBIA, 2019k).

ções das pessoas naturais e jurídicas, como também a disciplina jurídica para o exercício do poder, da função e da atividade de polícia, em conformidade com a Constituição e o ordenamento jurídico daquele País (COLÔMBIA, 2019k).

Conforme preconiza o artigo 140 do supracitado CNPC, constituem comportamentos contrários ao cuidado e à integridade do espaço público as circunstâncias em que sua ocupação viole as normas vigentes (artigo 140, n.º 4), conduta passível da sanção administrativa de multa (prevista no seu artigo 140, parágrafo segundo, item 4), cuja reiteração implicará, além disso, o confisco ou, a depender do caso concreto, a destruição do bem com o qual se efetuou a indevida ocupação (punições também cominadas pelo seu artigo 140, parágrafo terceiro) (COLÔMBIA, 2019k).

Instada ao controle concentrado de constitucionalidade de tais normas legais, a Sala Plena da Corte Constitucional da Colômbia<sup>2</sup>, em 5 de abril de 2017, nos autos do *Expediente D-11638*, sob a relatoria do Magistrado Iván Humberto Escrucería Mayolo, em votação por maioria, lavrou o acórdão substanciado na *Sentencia C-211/17*, a qual chancelou a constitucionalidade da referida regra legal que define, como comportamentos contrários ao cuidado e à integridade do espaço público, as situações em que a sua ocupação descumpra as normas vigentes (artigo 140, n.º 4, do CNPC), mas, forte no princípio da proporcionalidade (em sua vertente quadripartite, composta pelos subprincípios, subcritérios ou dimensões da finalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), declarou inaplicáveis as mencionadas regras legais a preverem penalidades administrativas de multa, confisco e destruição de bem (respectivamente, parágrafo segundo, item 4, e parágrafo terceiro, ambos do artigo 140 do CNPC) nos casos concretos nos quais afete (a) o conjunto de pessoas em situação de manifesta vulnerabilidade ou (b) os grupos de proteção especial que se encontrem, à luz da jurisprudência daquele Tribunal Constitucional, protegidos pelo princípio da confiança legítima, (c) até que as autoridades administrativas competentes lhes ofereçam programas de realocação ou alternativas de trabalho formal, a fim de que assim sejam assegurados os direitos à dignidade humana, ao mínimo vital e ao trabalho<sup>3</sup> (COLÔMBIA, 2019b).

O Tribunal Constitucional colombiano, firme na sua jurisprudência iterativa, ressaltou que as medidas estatais voltadas à recuperação do espaço público curvam-se a um juízo estrito de proporcionalidade, tendo-se em mira estarem

<sup>2</sup> *Sala Plena de la Corte Constitucional* (COLÔMBIA, 2019b).

<sup>3</sup> Nesse caminhar, destacam-se, no corpo da *Sentencia C-211/17*, (a) a fundamentação do aresto, sumarizada no item 8.3 (“Conclusão”) do Capítulo VII (“Considerações da Corte Constitucional”), bem assim (b) a sua parte dispositiva, esta materializada em seu Capítulo VIII (“Da Decisão”) (COLÔMBIA, 2019b).

em jogo os direitos sociais e fundamentais de uma parcela vulnerável da população, o que torna indispensável sejam contemplados os seguintes critérios: (1) devem consistir em medidas estatais direcionadas a um fim legítimo e imperioso, (2) implementadas por meios plenamente ajustados à legalidade, é dizer, que garantam o respeito ao devido processo e à dignidade das pessoas afetadas e sejam imprescindíveis para se materializar tal finalidade, (3) sem que, no afã de se promover uma dada finalidade constitucional, sacrifiquem-se em excesso outros interesses também de estatura constitucional<sup>4</sup> (COLÔMBIA, 2019b).

Ao adaptar tal orientação jurisprudencial à contextura do controle abstrato de constitucionalidade, a Corte Constitucional colombiana invocou, conforme rutilado alhures, o princípio da proporcionalidade em sua feição quadripartite (finalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*)<sup>5</sup> (COLÔMBIA, 2019b):

1. Sob a óptica do subprincípio, subcritério ou dimensão da finalidade, a Corte identificou a finalidade constitucional específica de o CNPC, na condição de diploma legislativo, fomentar a proteção da integridade do espaço público a ser concretizada pelo Poder Executivo.
2. Sob o prisma do subprincípio, subcritério ou dimensão da adequação, a Corte entendeu que o CNPC consiste em diploma legislativo idôneo para promover tal fim constitucional, ante a ausência de direitos absolutos e, lado outro, levando ela em conta a supremacia constitucional do interesse geral.
3. Sob a perspectiva do subprincípio, subcritério ou dimensão da necessidade, a Corte perscrutou a existência de meios e mecanismos que pudessem proteger a incolumidade do espaço público de forma menos gravosa aos direitos dos vendedores informais, na condição de pessoas naturais que possuem direito subjetivo à especial proteção constitucional e são destinatárias de ações afirmativas. Inferiu que a parcela de comerciantes informais resguardada pelo princípio da confiança legítima (*a*) não deve ser atingida por atos administrativos de multa, apreensão ou destruição de seus bens, ainda que essas medidas administrativas possuam previsão legal no CNPC, e (*b*) faz jus a programas estatais de realocação ou de alternativas de trabalho formal, bem como ao devido esclarecimento, pelo Poder Público, acerca do local e das condições em que continuarão a exercer suas atividades, no bojo de políticas públicas concebidas com antecedência.

<sup>4</sup> Ementa e item 7.5 da fundamentação da *Sentencia C-211/17* (COLÔMBIA, 2019b).

<sup>5</sup> Item 8.1 da fundamentação da *Sentencia C-211/17* (COLÔMBIA, 2019b).

4. Sob o ângulo do subprincípio, subcritério ou dimensão da proporcionalidade em sentido estrito, a Corte assentou que o CNPC configura diploma legislativo desproporcional, porque o legislador nacional não prescreveu, em tal ato legislativo, mecanismos protetivos em prol de um segmento da economia informal da Colômbia, de molde que, nesse aspecto, descumpriu a ordem constitucional, mormente o princípio da confiança legítima, cujo respeito importaria fossem previstas, pelo Poder Legislativo, e implementadas, pelo Poder Executivo, políticas públicas voltadas a garantir a realocação dos vendedores informais, bem assim a sua reinserção e regularização da sua vida econômica, com o oferecimento de alternativas de trabalho formal.

No sobredito *Expediente D-11638*, as Magistradas Maria Victoria Calle Correa e Gloria Stella Ortiz Delgado proferiram, cada uma, votos em separado (COLÔMBIA, 2019b).

A Magistrada Calle Correa, a título de voto parcialmente dissonante (“salvamento parcial de voto”), propôs redação alternativa para a parte dispositiva do acórdão: ressaltou que a Corte Constitucional da Colômbia deveria, na parte dispositiva da *Sentencia C-211/17*, afastar a incidência das normas legais relativas a penalidades administrativas de multa, confisco e destruição de bem quanto às pessoas que se dedicam ao trabalho informal em espaço público até que, com vistas a garantir os direitos fundamentais à dignidade humana, ao mínimo vital e ao trabalho, as autoridades administrativas competentes *planejem, coordenem e executem programas de realocação ou ofereçam alternativas de trabalho formal* (esse é o ponto de divergência, ora grifado em itálico, atinente à redação da parte dispositiva contida na *Sentencia C-211/17*) (COLÔMBIA, 2019b).

Já a Magistrada Ortiz Delegado, ao esclarecer as razões do voto apartado, valendo-se do instrumento da “aclaración de voto”, (a) vislumbrou não ser possível a Corte Constitucional preconizar, em abstrato, o direito de vendedores informais ao trabalho em espaço público (seria viável apenas reconhecer, em situações concretas, examinadas caso a caso, a eventual presença do direito ao trabalho de vendedores informais especificamente nas circunstâncias em que desalojados sem planos estatais de realocação) e, de outra banda, (b) reputou inadequado a um juízo de constitucionalidade a Corte preconizar o imperativo constitucional de que se adotem ações afirmativas, na condição de política pública inclusiva, por meio de programas de realocação ou de alternativas de trabalho adequados, já que, em sua óptica, essas assertivas seriam apropriadas se estivessem inseridas em uma eventual exposição de motivos de determinado projeto de lei acerca da matéria, porém inapropriadas naquele contexto, na qual compunham as razões de decidir de um provimento jurisdicional, em que o

Poder Público desempenhava, não uma função normativa imanente ao Poder Legislativo, e sim um múnus jurisdicional de controle de constitucionalidade (COLÔMBIA, 2019b).

### 3. *Sentencia T-067/17*

A Sétima Sala de Revisão da Corte Constitucional da Colômbia<sup>6</sup>, em 3 de fevereiro de 2017, em votação unânime, proferiu a *Sentencia T-067/17*, sob a relatoria do Magistrado Aquiles Arrieta Gómez (COLÔMBIA, 2019e).

Ao lavar tal acórdão, a Corte Constitucional colombiana, entre outras medidas, incumbiu a Administração Pública, por meio da Prefeitura Maior de Bogotá<sup>7</sup> e do Instituto para a Economia Social (IPES)<sup>8</sup>, no prazo de 48 horas, a partir do momento em que notificados daquele aresto, de (a) verificar a situação pessoal, familiar, social e econômica de Blanca Cristina Amaguaña Maldonado e, demais disso, (b) franquear-lhe, no prazo máximo de 10 dias úteis, uma alternativa econômica, laboral ou de realocação do seu ofício de vendedora informal (COLÔMBIA, 2019e).

Encarregou a Administração Distrital de Bogotá, quando da formulação e implementação dessas providências administrativas, (1) de considerar o fato de que a autora da ação judicial de tutela<sup>9</sup> é mantenedora de uma família e, ao mesmo tempo, (2) ter em vista a peculiaridade de ela integrar uma comunidade indígena, Kiwcha (COLÔMBIA, 2019e).

Por ambos os motivos, a Corte estendeu à esfera jurídica de Amaguaña Maldonado e do seu grupo familiar a incidência do princípio do respeito à diversidade cultural<sup>10</sup> (COLÔMBIA, 2019e).

### 4. *Sentencia T-424/17*

A Terceira Sala de Revisão<sup>11</sup> da Corte Constitucional da Colômbia, em 4 de julho de 2017, em votação unânime, proferiu a *Sentencia T-424/17*,

<sup>6</sup> *Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional* (COLÔMBIA, 2019e).

<sup>7</sup> *Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.* (COLÔMBIA, 2019e).

<sup>8</sup> *Instituto Para La Economía Social (IPES)* (COLÔMBIA, 2019e).

<sup>9</sup> *Acción de tutela* (COLÔMBIA, 2019e).

<sup>10</sup> Nesse passo, convém a leitura da parte dispositiva da *Sentencia T-067/17* e das considerações discriminadas, em particular, no item 12 da fundamentação de tal acórdão (COLÔMBIA, 2019e).

<sup>11</sup> *Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional* (COLÔMBIA, 2019j).

sob a relatoria do Magistrado Alejandro Linares Cantillo, a qual confirmou a sentença do Segundo Juizado Municipal Misto de Caldas (municipalidade do Departamento de Antioquia)<sup>12</sup>, juízo singular que havia negado à Ângela Patricia Herrera Colorado o respaldo tanto do princípio da confiança legítima quanto dos direitos fundamentais à vida digna, ao mínimo vital e ao trabalho, por ela invocados (COLÔMBIA, 2019j).

Em detrimento do pleito de Hererra Colorado, a Corte Constitucional colombiana corroborou a sentença impugnada, porque detectou a ausência de comportamento estatal comissivo ou omissivo que pudesse induzir na jurisdição-administrada a crença na licitude da atividade empresarial informal por ela levada a efeito<sup>13</sup> (COLÔMBIA, 2019j).

Em outras palavras, ao cancelar o juízo *a quo*, a Corte Constitucional assim se posicionou<sup>14</sup> (COLÔMBIA, 2019j):

1. Assinalou que a ausência, em tal caso concreto, de fatos inequívocos, conclusivos, verificáveis e objetivados que, relativos à atuação posterior da Administração Pública, tivessem o condão de fomentar na jurisdição-administrada expectativas legítimas, ou seja, na conjuntura fática em liça, a Corte entendeu que o comportamento do Estado-Administração não tivera o potencial de suscitar confiança legítima na proprietária do quiosque e enfatizou que o procedimento administrativo de restituição do espaço público não fora fruto do ilícito impedimento, pela Municipalidade, ao desempenho daquela atividade empresarial informal nem de uma suposta frustração de expectativas legítimas que teriam sido alegadamente semeadas naquela particular pela Administração local.
2. Notou que a conduta da Administração Pública Municipal não propiciara o surgimento de expectativas legítimas na vendedora informal de alimentos, haja vista que a autoridade administrativa, desde o início da

<sup>12</sup> *Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caldas (Antioquia)* (COLÔMBIA, 2019i). O vocábulo “promiscuo” significa, em tal contexto técnico-jurídico, que se cuida de órgão jurisdicional misto, comum ou de jurisdição geral, ou seja, tanto cível (extrapenal) quanto penal (WEST III, 2012, p. 314).

<sup>13</sup> Na esteira, confirmam-se os itens 82 a 88 (fundamentação) e 89 a 90 (parte conclusiva) da *Sentencia T-424/17* (COLÔMBIA, 2019j).

<sup>14</sup> Nessa senda, sobressaem-se, no corpo da *Sentencia T-424/17*, (a) a fundamentação do aresto, principalmente a parcela expendida nos itens 82 a 88 da letra F (“Solução do Caso Concreto”) do Capítulo II (“Considerações”), assim como (b) o primeiro item da parte dispositiva do acórdão, esta materializada em seu Capítulo III (“Da Decisão”). Por razões de didática, com vistas a facilitar a contextualização do caso concreto em análise, pela comunidade jurídica de língua portuguesa, os argumentos contidos nos supracitados itens 82 a 83 da *Sentencia T-424/17* foram acima expostos em sequência didática, sem a estrita observância da ordem em que foram ventilados naquele aresto (COLÔMBIA, 2019j).

atividade empresarial informal, cientificara a particular do caráter ilícito da sua conduta, ou seja, a jurisdicionada-administrada instalara o quiosque e o ampliou apesar de o Inspetor de Polícia<sup>15</sup> haver lavrado auto de infração, nos dias 27 de novembro de 2012 e 24 de janeiro de 2013, por meio do qual determinara a demolição de tal construção ilegal, em virtude de a ocupação do espaço público ter ocorrido de forma ilegal, sem a chancela do Estado-Administração.

3. Frisou que a Prefeitura de Caldas<sup>16</sup> não atuara de maneira contraditória nem açodada, ao ordenar a demolição do quiosque construído sem o beneplácito da Municipalidade, pela jurisdicionada-administrada, haja vista que a medida administrativa atacada fora precedida do devido procedimento administrativo, no bojo do qual se facultaram à vendedora informal de alimentos os direitos ao devido processo, à defesa e ao contraditório.

*Ad latere*, o Tribunal Constitucional colombiano salientou que o dever constitucional de a Administração Pública proteger o espaço público deve se harmonizar com o múnus de resguardar os direitos da parcela dos vendedores informais que, agasalhados pelo princípio da confiança legítima, ocupam zonas consideradas espaços públicos e, em face dos quais, são aplicáveis os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando da imposição das medidas administrativas corretivas<sup>17</sup> (COLÔMBIA, 2019j).

## 5. *Sentencia T-607/15*

A Sexta Sala de Revisão<sup>18</sup> da Corte Constitucional da Colômbia, em 21 de setembro de 2015, em votação unânime, proferiu a *Sentencia T-607/15*, sob a relatoria do Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio (COLÔMBIA, 2019i).

No referido julgamento, a Corte Constitucional colombiana, ao reformar a sentença proferida pelo Terceiro Juizado Penal para Adolescentes, com Função de Juízo de Controle de Garantias<sup>19</sup>, de Cartagena das Índias (Capital do Departamento de Bolívar), almejou amparar os direitos fundamentais

<sup>15</sup> *Inspección Primera Municipal de Policía de Caldas* (COLÔMBIA, 2019j).

<sup>16</sup> *Alcaldía de Caldas* (COLÔMBIA, 2019j).

<sup>17</sup> Item 63 da fundamentação da *Sentencia T-424/17* (COLÔMBIA, 2019j).

<sup>18</sup> *Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional* (COLÔMBIA, 2019i).

<sup>19</sup> *Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias* (COLÔMBIA, 2019i).

de Danilsa Salas Mendonza ao mínimo vital, ao devido processo e à dignidade humana, ao reconhecer violados os princípios da legalidade, do devido processo, da proporcionalidade, da razoabilidade e, mormente, da autoridade (COLÔMBIA, 2019i).

Ao assim proceder, (a) determinou ao Inspetor de Polícia a restituição dos bens da particular apreendidos pelo Poder Público local, no prazo de 24 horas, a contar da data em que cientificada a mencionada autoridade policial a respeito de tal acórdão, (b) advertiu o Prefeito do Distrito Turístico e Cultural de Cartagena das Índias<sup>20</sup> de que não quantificasse nem cobrasse de Salas Mendonza custos relativos à guarda, pela Administração Distrital, dos bens de propriedade dela retidos pela Administração Pública, e (c) ordenou à Gerência do Espaço Público e de Mobilidade<sup>21</sup> daquele ente distrital<sup>22</sup>, no prazo de 10 dias, a contar da data da ciência, pela Gerência, de tal aresto, que verificasse a situação pessoal, familiar, social e econômica da jurisdicionada-administrada e oferecesse a ela, segundo as circunstâncias do caso concreto, uma alternativa de cunho econômico ou laboral ou a sua realocação, no prazo máximo de 30 dias, ao final do qual competiria ao Estado-Administração inserir aquela vendedora informal em um dos programas divisados pelo Acórdão 040 de 2016<sup>23</sup>, o qual constitui o diploma legislativo que, emanado do Poder Legislativo (Conselho Distrital de Cartagena das Índias<sup>24</sup>), rege a matéria em foco, ou seja, positiva a política pública local voltada quer à formalização das atividades desempenhadas pelas pessoas que ocupam o espaço público, quer à recuperação deste (COLÔMBIA, 2019c).

A Corte Constitucional considerou desproporcional, neste panorama fático, a exigência feita pela Gerência do Espaço Público e de Mobilidade à Salas Mendonza de condicionar a devolução a ela de 1 carrinho de mão e 19 mangas (1) não só à apresentação da sua carteira de identidade, mas também (2) à comprovação, pela interessada, da titularidade de tais bens e à juntada, também pela requerente, (3) da cópia do ato administrativo sancionador aplicado, em seu desfavor, pelo Inspetor de Polícia, bem como (4) do comprovante de que a penalidade administrativa fora devidamente executada e notificada (COLÔMBIA, 2019i).

<sup>20</sup> *Alcaide Distrital de Cartagena de Indias* (COLÔMBIA, 2019i).

<sup>21</sup> *Gerencia del Espacio Público y Movilidad* (COLÔMBIA, 2019i).

<sup>22</sup> *Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias* (COLÔMBIA, 2019i).

<sup>23</sup> *Acuerdo 040 de 2006* (COLÔMBIA, 2019i).

<sup>24</sup> *Concejo Distrital de Cartagena de Indias* (CARTAGENA DAS ÍNDIAS, 2019a).

Destacam-se as seguintes razões invocadas pela Corte Constitucional<sup>25</sup> (COLÔMBIA, 2019i):

1. A Administração Pública violou o artigo 19<sup>26</sup> do Decreto Regulamentador 0184, de 17 de fevereiro de 2014<sup>27</sup>, expedido pelo Prefeito Maior daquele Distrito Turístico e Cultural de Cartagena das Índias<sup>28</sup>, preceito que, nessas circunstâncias, determina a devolução de bens perecíveis (no caso, recorde-se, 19 mangas) no prazo de 24 horas, a contar da sua apreensão.
2. Ausenta-se do ordenamento jurídico colombiano a exigência de que tais bens fossem registrados.
3. Enquadra-se tal contexto fático na definição legal de posse positivada pelo artigo 762 do Código Civil colombiano<sup>29</sup>, uma vez que Salas Mendonza possuía não só a posse de tais bens como também o *animus domini*, sem que terceiro houvesse reivindicado a sua propriedade.
4. A circunstância de que Salas Mendonza, ao protocolizar o requerimento administrativo, acostara-lhe a cópia da ata<sup>30</sup> em que se narraram os fatos em questão, lavrada de modo contemporâneo aos fatos pela própria Gerência do Espaço Público e de Mobilidade, ou seja, consignada quando a Gerência, na tarde de 18 de fevereiro de 2015, deflagrara o procedimento de recuperação de espaço público que, realizado nas

<sup>25</sup> Argumentos ora expostos em ordem didática, que não corresponde rigorosamente à seqüência em que foram consignados na *Sentencia T-607/15*, principalmente em seu item 7.5 (COLÔMBIA, 2019i).

<sup>26</sup> Artigo 19 do Decreto Regulamentador 0184, de 17 de fevereiro de 2014, aviado pelo Prefeito Maior do Distrito Turístico e Cultural de Cartagena das Índias, *in litteris*: “ARTÍCULO DÉCIMO NOVENO. TÉRMINO DE LA RETENCIÓN. Cuando el objeto de la retención sean bienes perecederos, la retención no excederá las veinticuatro (24) horas contadas a partir de momento que fueron retenidos, siempre y cuando el infractor solicite formalmente su devolución durante ese lapso. Pasado éste término, si la mercancía es de fácil descomposición, por razones de salubridad general se desechará sin responsabilidad alguna para el Distrito e si están en buen estado de conservación se procederá a donarlos a entidades de beneficencia, de lo cual se dejará constancia a través de un acta.” (CARTAGENA DAS ÍNDIAS, 2019b)

<sup>27</sup> *Decreto Reqlamentario 0184 de 2014* (COLÔMBIA, 2019i).

<sup>28</sup> *Alcaide Mayor de Cartagena de Indias* (COLÔMBIA, 2019i).

<sup>29</sup> Artigo 762 do Código Civil da Colômbia, *in verbis*: “TITULO VII. DE LA POSESION CAPITULO I. DE LAS POSESION Y SUS DIFERENTES CALIDADES ARTICULO 762. DEFINICIÓN DE POSESIÓN. La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.” (COLÔMBIA, 2019i)

<sup>30</sup> *Acta Núm. R-2128* (COLÔMBIA, 2019i).

calçadas da Avenida El Lago, contígua ao Mercado Bazurto, culminara com a apreensão, pelo Poder Público, de 1 carrinho de mão e 19 mangas, destinados ao comércio informal por meio dos quais mantinha a si mesma e a sua família, composta, segundo alegou em sua petição inicial, por 5 filhos (2 menores de idade).

5. A exigência de que Salas Mendonza comprovasse a titularidade de tais bens, além de obstar a sua devolução, inviabilizava o sustento de si própria e de seus familiares.
6. A cópia da decisão administrativa que punira Salas Mendonza com multa por ocupação indevida do espaço público não era requisito indispensável para que propugnasse, na esfera administrativa, pela devolução dos seus bens apreendidos, porquanto a apreensão e a devolução de tais bens (tutela administrativa de urgência, adotada de pronto pela Administração Distrital, em prol do interesse público de preservar o espaço público de ocupação irregular) dizia respeito a feito administrativo distinto daquele pertinente à sanção pecuniária por ocupação indevida do espaço público (este se relacionava à matéria de mérito, isto é, se realmente houve ou não a ocupação ilícita de espaço público e se seria o caso de confirmar a multa aplicada cautelarmente), de maneira que, embora ambos os processos administrativos se referissem ao mesmo caso concreto, consistiam em feitos administrativos que, distintos e independentes entre si, quanto aos seus respectivos objetos, tramitavam em paralelo, sem que a comprovação da existência de decisão administrativa sancionadora fosse pressuposto para a devolução dos bens apreendidos.
7. Afigurava-se inexigível que Salas Mendonza juntasse ao seu requerimento administrativo a cópia de decisão administrativa sancionadora que nem sequer havia adquirido definitividade à época em que protocolizada a sua petição administrativa.
8. Não seria imputável a Salas Mendonza a responsabilidade quer pelo atraso, devido à inércia da Administração Pública, na tramitação do processo administrativo destinado a conferir caráter definitivo ou não à sanção de multa, quer pelas irregularidades em que incorrera o Poder Público no procedimento de guarda dos bens apreendidos.

Ao fazer o retrospecto da sua jurisprudência remansosa acerca dos limites ao poder de polícia administrativo em tessituras fáticas similares, o Tribunal Constitucional colombiano rememorou que, nessas situações, sopesa-se a interface entre (a) o princípio da legalidade, (b) a finalidade de garantia e preservação da ordem pública, (c) o grau de necessidade da medida administrativa em apreço, à luz do propósito de conservar e restabelecer, de maneira eficaz, a

ordem pública, (d) o grau de proporcionalidade da ação administrativa, à vista do contraste entre o fim perseguido e a gravidade das circunstâncias em relação às quais se aplica essa atuação estatal, e (e) o princípio da igualdade<sup>31</sup> (COLÔMBIA, 2019i).

## 6. Sentencia T-481/14

A Primeira Sala de Revisão<sup>32</sup> da Corte Constitucional da Colômbia, em 9 de julho de 2014, em votação unânime, proferiu a *Sentencia T-481/14*, sob a relatoria da Magistrada María Victoria Calle Correa (COLÔMBIA, 2019d).

No mencionado julgado, a Corte Constitucional colombiana reformou a sentença proferida pelo Segundo Juizado Penal Municipal, com Função de Juízo de Controle de Garantias<sup>33</sup>, de Pereira (Capital do Departamento de Risaralda), por vislumbrar o menoscabo, pela Prefeitura daquele Município, dos direitos fundamentais de Jorge Eliecer Duque Moncada ao trabalho e ao mínimo vital, bem assim do princípio da confiança legítima (COLÔMBIA, 2019d).

Por conseguinte, cometeram-se ao ente municipal os misteres de (1) verificar a situação pessoal, familiar, social e econômica do jurisdicionado-administrado e (2) inscrevê-lo no registro de comerciantes informais, ante o desiderato de lhe oferecer, no período máximo de 30 dias, uma alternativa econômica, laboral ou de realocação, aos quais se somou (3) a incumbência de a Municipalidade, ao elaborar e implementar tais ações administrativas, ter em mente a circunstância de que se tratava de pessoa que, em função de deficiência física (ausência de movimentos das extremidades superiores do seu corpo, a representar a perda de 69,15% da sua capacidade laboral), encontrava-se em situação de incapacidade (COLÔMBIA, 2019d).

Duque Moncada vendia abacates e créditos de celular pré-pago em frente ao *shopping center* “Estación Central”, quando, nos dias 29 de novembro e 3 de dezembro de 2013, agentes municipais apreenderam suas mercadorias, alegando que estava afetando o espaço público (COLÔMBIA, 2019d).

Ao resguardar o comerciante informal, a Corte Constitucional teve em perspectiva (a) a contextura diferenciada em que se inseria Duque Moncada, na condição de pessoa em situação de incapacidade, (b) o comportamento contraditório da Administração Pública, pois que, depois de anos reiterados de inércia

<sup>31</sup> Item 5.2.2 da fundamentação da *Sentencia T-607/15* (COLÔMBIA, 2019i).

<sup>32</sup> *Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional* (COLÔMBIA, 2019d).

<sup>33</sup> *Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira* (COLÔMBIA, 2019d).

administrativa (omissão continuada que despertara no comerciante informal a expectativa legítima de que poderia exercer, naquele espaço público, sua atividade econômica de venda de abacates e créditos de celular pré-pago), o Município de Pereira o surpreendera, com a repentina apreensão de suas mercadorias e advertências verbais levadas a cabo por servidores públicos locais, e, ainda, (c) a circunstância de que o Poder Público se mantivera silente diante das consequências negativas da cessação do comércio informal até então exercido por Duque Moncada, na medida em que, a despeito dos programas governamentais nos quais poderia haver incluído Duque Moncada, a Administração Municipal se omitira de adotar providências concretas para proporcionar àquele particular alternativas econômicas adequadas para a sua manutenção e consentâneas com as suas condições de saúde e dificuldades socioeconômicas<sup>34</sup> (COLÔMBIA, 2019d).

Invocando os aportes da sua jurisprudência sedimentada, o Tribunal Constitucional colombiano frisou que o ente estatal, ao aviar medidas com impactos negativos sobre grupos vulneráveis, deve assegurar que tais provimentos administrativos (a) se sujeitem aos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, é dizer, cabe ao Estado-Administração, ao promover uma finalidade constitucional específica, abster-se de sacrificar em excesso outros interesses igualmente protegidos pela ordem constitucional, e, para tanto, (b) tais atos devem ser acompanhados de ações destinadas a mitigar ou a compensar os efeitos negativos daquelas medidas<sup>35</sup> (COLÔMBIA, 2019d).

## 7. *Sentencia T-231/14*

A Sétima Sala de Revisão<sup>36</sup> da Corte Constitucional da Colômbia, em 9 de abril de 2014, em votação unânime, proferiu a *Sentencia T-231/14*, sob a relatoria do Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (COLÔMBIA, 2019f).

Em tal aresto, a Corte Constitucional colombiana reformou provimento jurisdicional oriundo da segunda instância, esta corporificada no Sexto Juízo Penal do Circuito, com Funções de Conhecimento, de Bucaramanga<sup>37</sup> (Capital

<sup>34</sup> Quanto à *ratio decidendi* da *Sentencia T-481/14*, merece especial atenção o trecho da fundamentação de tal acórdão alinhavado no item 6 (“La Alcaldía de Pereira vulneró los derechos al trabajo y al mínimo vital de Jorge Eliecer Duque Moncada”) do Capítulo II (“Consideraciones y Fundamentos”) (COLÔMBIA, 2019d).

<sup>35</sup> Item 4.6 da fundamentação da *Sentencia T-481/14* (COLÔMBIA, 2019d).

<sup>36</sup> *Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional* (COLÔMBIA, 2019f).

<sup>37</sup> *Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga* (COLÔMBIA, 2019f).

do Departamento de Santander), o qual, por sua vez, havia confirmado decisão de primeira instância que, emanada do Terceiro Juizado Penal Municipal, com Função de Juízo de Controle de Garantias<sup>38</sup>, julgara improcedente a ação de tutela ajuizada por Hugo Sierra Rojas (COLÔMBIA, 2019f).

Ao dissentir de ambos os órgãos jurisdicionais, a Corte divisou afrontados os direitos fundamentais ao devido processo, à igualdade, à proteção do princípio da confiança legítima, ao trabalho e ao mínimo vital não somente do autor daquela ação judicial contra o Município de Bucaramanga (este representado pela Prefeitura Municipal<sup>39</sup>, pela Secretaria de Governo Municipal<sup>40</sup>, pelo Departamento da Defensoria do Espaço Público<sup>41</sup> e pela Inspeção de Polícia do Espaço Público<sup>42</sup>), como também dos demais comerciantes informais do Bairro Girardot, situado naquela Municipalidade, ainda que não integrantes da lide (COLÔMBIA, 2019f).

Em outras palavras, a Corte outorgou efeitos *inter comunis* à *Sentencia T-231/14*, com o propósito de que o ente municipal concedesse a todos os vendedores informais do Bairro Girardot a oportunidade de ser cadastrados, como tais, pela Administração Municipal, e de terem acesso aos programas locais destinados a essa parcela da coletividade, voltados à sua capacitação, formalização da atividade econômica e realocação (COLÔMBIA, 2019f).

A *Sentencia T-231/14* configura acórdão arrimado em 4 eixos argumentativos<sup>43</sup> (COLÔMBIA, 2019f):

1. O peticionário e o seu núcleo familiar dependiam da sua atividade empresarial informal de venda de comida na rua. Tal quadro de vulnerabilidade social e econômica se agravava pela dificuldade de Sierra Rojas se inserir no mercado de trabalho formal, por se tratar de uma pessoa já idosa, de 63 anos à época da lavratura do acórdão, com epilepsia.
2. A atividade empresarial desenvolvida por Sierra Rojas alicerçava-se na confiança legítima, porquanto havia mais de 30 anos que atuava como comerciante informal no Bairro Girardot, conforme ampla prova testemunhal coligida aos autos, além de a documentação acostada ao feito

<sup>38</sup> *Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga* (COLÔMBIA, 2019f).

<sup>39</sup> *Alcaldía Municipal de Bucaramanga* (COLÔMBIA, 2019f).

<sup>40</sup> *Secretaría de Gobierno Municipal de Bucaramanga* (COLÔMBIA, 2019f).

<sup>41</sup> *Departamento Administrativo - Defensoría del Espacio Público de Bucaramanga* (COLÔMBIA, 2019f).

<sup>42</sup> *Inspección de Policía del Espacio Público de Bucaramanga* (COLÔMBIA, 2019f).

<sup>43</sup> Entre as passagens de maior relevância da fundamentação da *Sentencia T-231/14*, é digna de nota, pela pertinência didática, a parte conclusiva, contida em seu item 5 (COLÔMBIA, 2019f).

- judicial comprovar que a própria Administração Municipal havia lhe dado reiteradas licenças para tanto.
3. O Município de Bucaramanga descumprira o dever de condicionar a reorganização e a recuperação do espaço público no Bairro Girardot ao planejamento prévio no tocante às consequências dessa ação administrativa sobre a parcela da coletividade a ser por ela afetada de forma negativa, o que deveria ter sido efetuado mediante o antecedente estudo de impacto sobre esse segmento da sociedade, com o efetivo cadastramento dos possíveis prejudicados e a anterior concepção e execução de programas estatais direcionados a dar-lhes alternativas exequíveis de sustento.
  4. Outros vendedores informais localizados no Bairro Girardot estavam na mesma situação de Sierra Rojas, ou seja, passíveis de terem a sua atividade econômica obstada pelas medidas de recuperação do espaço público, sem que houvessem sido cadastrados pelo Poder Público nem tivessem a possibilidade de usufruir de programas estatais de capacitação, formalização da atividade econômica e realocação.

Ao recapitular a sua jurisprudência consolidada, o Tribunal Constitucional colombiano reprisou o imperativo de que a Administração Pública, ao recuperar e proteger o espaço público, proceda com razoabilidade e proporcionalidade, isto é, (a) minimize o dano sobre as pessoas afetadas, assegurando a estas a devida proteção dos seus direitos constitucionais ao mínimo vital e ao gozo de condições de subsistência dignas, (b) múnus que se associa ao adequado planejamento, por meio de abrangentes recenseamentos e estudos de impactos prévios, com a participação das comunidades atingidas<sup>44</sup> (COLÔMBIA, 2019f).

Por outro lado, no tocante aos administrados que provocam a jurisdição do Poder Judiciário, reportou-se ao critério ou requisito da imediatidade, segundo o qual cumpre acionar a máquina judiciária em quadra contemporânea à atuação do Estado-Administração, levando-se em conta, o Poder Judiciário, na avaliação desse lapso temporal entre a implementação das medidas administrativas impugnadas e o ajuizamento da respectiva ação judicial a combatê-las, as balizas dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade<sup>45</sup> (COLÔMBIA, 2019f).

<sup>44</sup> Ementa e item 3.3.2 da fundamentação da *Sentencia T-231/14* (COLÔMBIA, 2019g).

<sup>45</sup> Item 4.1.3.3 da fundamentação da *Sentencia T-231/14* (COLÔMBIA, 2019g).

## 8. *Sentencia T-386/13*

A Primeira Sala de Revisão da Corte Constitucional da Colômbia<sup>46</sup>, em 21 de junho de 2013, em votação unânime, sob a relatoria da Magistrada María Victoria Calle Correa, consignou a *Sentencia T-386/13* (COLÔMBIA, 2019c).

O Tribunal Constitucional colombiano, por meio do apontado aresto, reformou o ato decisório jurisdicional do Sexto Juízo Cível do Circuito de Cartagena das Índias<sup>47</sup>, o qual, a seu turno, havia chancelado a sentença proferida pelo Terceiro Juizado Civil de Cartagena das Índias<sup>48</sup> (COLÔMBIA, 2019c).

Ao revisar a decisão jurisdicional tomada pela Justiça de 2.º grau daquele País, a Corte Constitucional colombiana aspirou a resguardar os direitos fundamentais de Miriam Cantillo Arrieta ao mínimo vital e ao trabalho, bem como a atrair para a esfera jurídica desta o campo de incidência do princípio da confiança legítima (COLÔMBIA, 2019c).

A Corte Constitucional determinou à Gerência do Espaço Público e de Mobilidade daquele Distrito Turístico e Cultural<sup>49</sup> que, no prazo máximo de 5 dias, contados da ciência de tal aresto, (a) examinasse a situação pessoal, familiar, social e econômica de Cantillo Arrieta, e (b) oferecesse a ela, de acordo com as circunstâncias intrínsecas àquela jurisdicionada-administrada, uma alternativa de cariz econômico ou laboral ou, ainda, a sua realocação, e, no prazo não superior a 30 dias, (c) providenciasse a sua inclusão em um dos programas estatais endereçados a esse segmento da população local<sup>50</sup>, divisados pelo Acórdão 040 de 2006<sup>51</sup>, o qual, repisa-se, plasma o diploma legislativo que, baixado pelo Poder Legislativo (Conselho Distrital de Cartagena das Índias<sup>52</sup>), disciplina a política pública daquele ente distrital direcionada tanto à formalização das atividades desempenhadas pelas pessoas que ocupam o espaço público quanto à recuperação deste (COLÔMBIA, 2019c).

A Corte vislumbrou conduta omissiva da Administração Pública, porquanto, mesmo que Calle Correa atuasse havia cerca de 20 anos no espaço público do Mercado Bazurto, na condição de vendedora ambulante, o Estado-

<sup>46</sup> *Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional* (COLÔMBIA, 2019c).

<sup>47</sup> *Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cartagena* (COLÔMBIA, 2019c).

<sup>48</sup> *Juzgado Tercero Civil Municipal de Cartagena* (COLÔMBIA, 2019c).

<sup>49</sup> *Gerencia de Espacio Público y Movilidad del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias* (COLÔMBIA, 2019i).

<sup>50</sup> Vide, nesse aspecto, a parte dispositiva da *Sentencia T-386/13* (COLÔMBIA, 2019c).

<sup>51</sup> *Acuerdo 040 de 2006* (COLÔMBIA, 2019c).

<sup>52</sup> *Concejo Distrital de Cartagena de Indias* (CARTAGENA DAS ÍNDIAS, 2019a).

-Administração se omitira do dever de inclui-la no Registro Único de Vendedores Informais<sup>53</sup>, o que a impedia de se beneficiar dos Programas de Formalização Econômica<sup>54</sup> divisados pelo supracitado ato legislativo (Acórdão 040 de 2006)<sup>55</sup> (COLÔMBIA, 2019c).

Demais disso, a Corte notou que, como mulher, a vendedora ambulante se inseria em um contexto de maior invisibilidade, já que as ações governamentais nesse setor, em regra, levavam em conta o perfil preponderante desse grupo vulnerável, composto, em sua maioria, por homens, cuja voz majoritária ofuscava a participação das mulheres no diálogo com o Poder Público<sup>56</sup> (COLÔMBIA, 2019c).

Por isso, determinou àquela Gerência de Espaço Público e de Mobilidade que incluísse, em seu programa de recuperação do espaço público, a concepção e a execução de políticas públicas untadas com a perspectiva de gênero, isto é, revestida de enfoque diferenciado, em prol das mulheres, haja vista que credoras de especial proteção constitucional<sup>57</sup> (COLÔMBIA, 2019c).

A vulnerabilidade de Cantillo Arrieta adquirira tonalidades diferenciadas não apenas ante o fenômeno da desigualdade de gênero, mas também por sozinha sustentar sua família e a si mesma, com o comércio informal de venda de limões, atividade antes desempenhada em comunhão com o seu companheiro em união estável, à época já falecido<sup>58</sup> (COLÔMBIA, 2019c).

## 9. *Sentencia T-244/12*

A Sétima Sala de Revisão<sup>59</sup> da Corte Constitucional da Colômbia, em 26 de março de 2012, em votação por maioria, proferiu a *Sentencia T-244/12*, sob a relatoria do Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (COLÔMBIA, 2019g).

O indigitado acórdão reformou a sentença de mérito prolatada pelo Terceiro Juizado Penal Municipal para Adolescentes, com Função de Juízo de

<sup>53</sup> *Registro Único de Vendedores Informales (RUV)* (COLÔMBIA, 2019c).

<sup>54</sup> *Programas de Formalización de la Economía Informal a la Formal* (COLÔMBIA, 2019c).

<sup>55</sup> Leia-se, a respeito, o Capítulo III da *Sentencia T-386/13*, a qual corporifica a sua parte dispositiva (COLÔMBIA, 2019c).

<sup>56</sup> Item 9 da *Sentencia T-386/13*, situado em sua parte conclusiva (COLÔMBIA, 2019c).

<sup>57</sup> Para fins de aprofundamento, coteje-se, na *Sentencia T-386/13*, a ementa com a fundamentação, em particular o item 8 desta. A par disso, didática síntese encontra-se alinhavada no item 9 da sua parte conclusiva (COLÔMBIA, 2019c).

<sup>58</sup> Item 8 da *Sentencia T-386/13*, posicionado ao final da sua fundamentação (COLÔMBIA, 2019c).

<sup>59</sup> *Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional* (COLÔMBIA, 2019g).

Controle de Garantias de Cartagena das Índias<sup>60</sup>, com o intento de assim salvaguardar os direitos fundamentais ao devido processo, ao mínimo vital e à vida em condições dignas de Alba Luz Marrugo Mestra, Neiver Alexander Gordón Romero e Héctor Eliécer Cumplido Barbudo<sup>61</sup> (COLÔMBIA, 2019g).

Entre as medidas judiciais adotadas nesse panorama fático, a Corte Constitucional colombiana determinou que a Prefeitura do Distrito Turístico e Cultural de Cartagena das Índias<sup>62</sup>, no prazo máximo de 3 meses, analisasse a situação peculiar a cada um dos jurisdicionados-administrados, bem como das demais pessoas que se encontrassem nas mesmas circunstâncias, para que, desse modo, aquilatasse-se o respectivo contexto pessoal, familiar, laboral, social e econômico e, de forma congruente com a situação de cada pessoa, adotasse-se medidas destinadas à proteção dos seus direitos fundamentais que não fossem necessariamente pela via da reparação pecuniária, a exemplo de programas estatais a promoverem o ingresso dessa parcela da população no mercado formal de trabalho<sup>63</sup> (COLÔMBIA, 2019g).

A Corte concitou o Ministério do Trabalho<sup>64</sup> e a própria Prefeitura daquele Distrito Turístico e Cultural a verificarem as condições laborais dos demandantes e a aviarem medidas que considerassem pertinentes, em seus correspondentes âmbitos de competência, para assegurar a concreção dos direitos fundamentais de tais cidadãos<sup>65</sup> (COLÔMBIA, 2019g).

Instou, ainda, as autoridades demandadas a incluírem os grupos vulneráveis nos estudos socioeconômicos voltados à implementação de políticas públicas de recuperação do espaço público e de programas estatais de revitalização urbana<sup>66</sup> (COLÔMBIA, 2019g).

Nessa conjuntura fática, o Tribunal Constitucional da Colômbia concluiu que a Prefeitura Distrital, a Secretaria de Infraestrutura<sup>67</sup> daquele ente, o Consórcio Cartagena 2010<sup>68</sup> e a Transcaribe S. A. esposaram visão estreita em demasia no que se refere ao universo de pessoas a serem potencialmente afetadas pela implementação do novo sistema de transporte urbano de Cartagena

<sup>60</sup> *Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cartagena de Indias* (COLÔMBIA, 2019g).

<sup>61</sup> Item 1 da parte dispositiva da *Sentencia T-244/12* (COLÔMBIA, 2019g).

<sup>62</sup> *Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias* (COLÔMBIA, 2019g).

<sup>63</sup> Inteligência conjunta do item 2 da parte dispositiva e do item 6.4 da parte conclusiva da fundamentação da *Sentencia T-244/12* (COLÔMBIA, 2019g).

<sup>64</sup> *Ministerio del Trabajo* (COLÔMBIA, 2019g).

<sup>65</sup> Item 3 da parte dispositiva da *Sentencia T-244/12* (COLÔMBIA, 2019g).

<sup>66</sup> Item 4 da parte dispositiva da *Sentencia T-244/12* (COLÔMBIA, 2019g).

<sup>67</sup> *Secretaría de Infraestructura* (COLÔMBIA, 2019g).

<sup>68</sup> *Consortio Cartagena 2010* (COLÔMBIA, 2019g).

das Índias, o Transcribe, porquanto deixaram de equiparar a comerciantes informais essa espécie de vendedores informais que provocou o Poder Judiciário, denominados de “patinadores”, cuja atividade cotidiana consistia, naquele caso concreto, em ofertar e vender ao público do Mercado Bazurto produtos de lojas de camas e colchões<sup>69</sup> (COLÔMBIA, 2019g).

A Corte inferiu que tais particulares, sendo parte do grupo vulnerável a ser alcançado pelas ações de recuperação do espaço público então em curso, (a) deveriam ter tido a oportunidade de participar do processo de formulação das decisões administrativas passíveis de atingi-los e (b) haver sido beneficiados por medidas administrativas que lhes proporcionassem alternativas, para que suas necessidades específicas fossem atendidas, de acordo com o seu grau de afetação diante daquelas ações urbanísticas do Poder Público (COLÔMBIA, 2019g).

Em dissonância com esse posicionamento majoritário, os Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto e Luis Ernesto Vargas Silva pronunciaram, cada um, votos em separado (COLÔMBIA, 2019g).

O Magistrado Sierra Porto asseriu que a ação de tutela em comento não deveria ser conhecida, porque os demandantes, sendo “patinadores”, não eram comerciantes informais, e sim trabalhadores que percebiam comissões de lojas de camas e colchões, ainda que se cuidasse de relações laborais precárias (COLÔMBIA, 2019g).

Já o Magistrado Vargas Silva, ao dilucidar os motivos do voto apartado, expressando-se por intermédio do instrumento da “aclaración de voto”, pontuou que todos os trabalhadores possuem direito a medidas estatais mínimas de proteção dos seus direitos fundamentais, independentemente dos possíveis graus em que foram afetados pelas ações do Poder Público, de sorte que julgou inoportuno a Corte Constitucional se reportar a “níveis de afetação”, máxime porque tal locução poderia servir de pretexto para que o Poder Executivo, aproveitando-se do conceito indeterminado dessa expressão, atuasse de maneira deficiente, propiciando medidas protetivas a apenas uma parcela do grupo vulnerável (COLÔMBIA, 2019g).

## 10. *Sentencia T-926/10*

A indicada Sétima Sala de Revisão<sup>70</sup> da Corte Constitucional da Colômbia, em 17 de novembro de 2010, em votação por maioria, prolatou a *Senten-*

<sup>69</sup> Inteligência conjunta dos itens 6.2.1, 6.3.1 e 6.3.2 (fundamentação), em conjunto com o item 2.3.4 (relatório), todos da *Sentencia T-244/12* (COLÔMBIA, 2019g).

<sup>70</sup> *Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional* (COLÔMBIA, 2019h).

cia T-926/19, igualmente sob a relatoria do Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (COLÔMBIA, 2019h).

O supracitado aresto reformou o *decisum* do Oitavo Juízo Penal do Circuito de Manizales<sup>71</sup> (Capital do Departamento de Caldas) e, em consequência, confirmou a sentença antes proferida pelo Primeiro Juízo Penal Municipal, com Função de Juízo de Cognição, também de Manizales<sup>72</sup> (COLÔMBIA, 2019h).

Ao assim proceder, a Corte negou provimento ao recurso judicial interposto por Alberto Galvis Giraldo, porém exortou a Prefeitura daquela Capital<sup>73</sup> a deflagrar o procedimento de realocação de tal comerciante informal, caso o particular viesse a comprovar que, antes de 8 de agosto de 1999, já atuava no comércio informal<sup>74</sup> (COLÔMBIA, 2019h).

O Tribunal Constitucional colombiano salientou que Galvis Giraldo não havia se desincumbido de comprovar o preenchimento dos requisitos legais estatuídos pelo Acórdão 443 de 1999<sup>75</sup>, diploma legislativo que, editado pelo Poder Legislativo (Conselho de Manizales<sup>76</sup>), e regulamentado, pelo Poder Executivo (Prefeitura de Manizales), via Decreto 136 de 2002, estabelece os critérios legais para vendedores informais localizados naquele ente local serem beneficiados por planos estatais de realocação<sup>77</sup>, além de regulamentar o funcionamento de vendas informais naquela Municipalidade (COLÔMBIA, 2019h; MANIZALES, 2019a).

Em outras palavras, o jurisdicionado-administrado, de acordo com o pensamento majoritário da Corte Constitucional da Colômbia, não comprovou que, à época em que fora encetado, pela Municipalidade, o respectivo procedimento de recuperação do espaço público, já contava com o mínimo legal de 3 anos de atividade, em Manizales, como comerciante informal (COLÔMBIA, 2019h).

Contudo, o Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, por intermédio de voto divergente, acentuou que a Corte deveria ter provido o recurso judicial de Galvis Giraldo (COLÔMBIA, 2019h).

A divergência aberta pelo Magistrado Vargas Silva (COLÔMBIA, 2019h) estribou-se, em essência, neste eixo argumentativo (COLÔMBIA, 2019h):

<sup>71</sup> *Juez Octavo Penal del Circuito de Manizales* (COLÔMBIA, 2019h).

<sup>72</sup> *Juez Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Manizales* (COLÔMBIA, 2019h).

<sup>73</sup> *Alcaldía de Manizales* (COLÔMBIA, 2019h).

<sup>74</sup> Parte dispositiva da *Sentencia T-926/10* (COLÔMBIA, 2019h).

<sup>75</sup> *Acuerdo 443 de 1999* (COLÔMBIA, 2019h).

<sup>76</sup> *Concejo de Manizales* (MANIZALES, 2019b).

<sup>77</sup> Ganha relevo, nesse sentido, a leitura do item 3.2.3.3 da fundamentação da *Sentencia T-926/10* (COLÔMBIA, 2019h).

- (a) Considerou presente excesso de formalismo e de rigor nas exigências feitas a Galvis Giraldo pelo Estado-Administração, calçadas em interpretação da legislação local restritiva em demasia, a ponto de se afigurar inconstitucional.
- (b) Entendeu que o ente estatal não logrou trazer aos autos do processo judicial contraprova quanto à alegação do particular de que desempenhava atividade econômica informal havia 8 anos.
- (c) Reputou suficientes os indícios carreados ao feito judicial de que, de fato, o peticionário e o seu núcleo familiar se encontravam em estado de vulnerabilidade.
- (d) Considerou que a Administração Pública poderia haver, de pronto, assistido Galvis Giraldo e sua família sem prejuízo de que, em paralelo, fosse prorrogado o prazo para que o particular, na via administrativa, apresentasse os documentos exigidos pelo ente municipal.

### 11. *Sentencia T-135/10*

A Quarta Sala de Revisão da Corte Constitucional da Colômbia<sup>78</sup>, em 24 de fevereiro de 2010, à unanimidade, sob a relatoria do Magistrado Gabriel Eduardo Mendonza Martelo, lavrou a *Sentencia T-135/10*, por intermédio da qual reformou o provimento jurisdicional emanado do Sexto Juízo Penal do Circuito de Ibagué<sup>79</sup> (Capital do Departamento de Tolima), com vistas a ratificar a sentença proferida pelo Décimo Terceiro Juizado Penal daquela Capital<sup>80</sup> e, por conseguinte, resguardar os direitos fundamentais ao trabalho, ao mínimo vital e ao devido processo de Luz Marina Vargas Castillo (COLÔMBIA, 2019a).

Portanto, condenou a Municipalidade (a) a oferecer-lhe em 5 dias, contados da ciência do aresto, plano imbuído de medidas adequadas, necessárias e suficientes para realocá-la em lugar em que pudesse exercer uma atividade produtiva, atuando em conformidade com o ordenamento jurídico colombiano, e, no prazo máximo de 30 dias, a partir da ciência do mesmo acórdão, (b) incumbiu o ente municipal de realocá-la em condições apropriadas, a fim de que pudesse seguir trabalhando<sup>81</sup> (COLÔMBIA, 2019a).

<sup>78</sup> *Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional* (COLÔMBIA, 2019a).

<sup>79</sup> *Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, Tolima* (COLÔMBIA, 2019a)

<sup>80</sup> *Juzgado Trece Penal Municipal de Ibagué, Tolima* (COLÔMBIA, 2019a).

<sup>81</sup> Nesse diapasão, confira-se a parte dispositiva da *Sentencia T-135/10* (COLÔMBIA, 2019a).

A condenação da Fazenda Pública teve como principal fundamento o fato de que, durante cerca de 7 anos consecutivos, a Administração Municipal fora conivente com a ocupação irregular do espaço público por Vargas Castillo, realizada pela venda informal de frutas e verduras, até que o Estado-Administração houvera por bem recuperá-lo no ano de 2009<sup>82</sup> (COLÔMBIA, 2019a).

## 12. Considerações finais

Na *Sentencia C-211/17*, na seara do controle de constitucionalidade abstrata do Código Nacional de Polícia e Convivência da Colômbia, chancelou-se a constitucionalidade da referida regra legal que define, como comportamentos contrários ao cuidado e à integridade do espaço público, as situações em que a sua ocupação descumpra as normas vigentes (artigo 140, n.º 4, do CNPC).

No entanto, declararam-se inaplicáveis as mencionadas regras legais a preverem penalidades administrativas de multa, confisco e destruição de bem (respectivamente, parágrafo segundo, item 4, e parágrafo terceiro, ambos do artigo 140 do CNPC) nos casos concretos em que afete (a) o conjunto de pessoas em situação de manifesta vulnerabilidade ou (b) os grupos de proteção especial que se encontrem, à luz da jurisprudência daquele Tribunal Constitucional, protegidos pelo princípio da confiança legítima, (c) até que as autoridades administrativas competentes lhes ofereçam programas de realocação ou alternativas de trabalho formal, a fim de que assim sejam assegurados os direitos à dignidade humana, ao mínimo vital e ao trabalho.

Na *Sentencia T-067/17*, determinou-se que a Administração Pública de Bogotá perquirisse a situação pessoal, familiar, social e econômica de Blanca Cristina Amaguaña Maldonado e (b) lhe franqueasse, no prazo máximo de 10 dias úteis, uma alternativa econômica, laboral ou de realocação do seu ofício de vendedora informal, de molde que, quando da formulação e implementação dessas providências administrativas, (1) considerasse-se o fato de que a autora da ação judicial de tutela é mantenedora de uma família e, ao mesmo tempo, (2) tivesse-se em vista a peculiaridade de ela integrar uma comunidade indígena.

Na *Sentencia T-424/17*, recusou-se à Ángela Patricia Herrera Colorado o respaldo tanto do princípio da confiança legítima quanto dos direitos fundamentais à vida digna, ao mínimo vital e ao trabalho, porque se detectou a ausência de comportamento estatal comissivo ou omissivo que pudesse indu-

<sup>82</sup> Inteligência conjunta do item 2 (relatório) e do item 7 (fundamentação) da *Sentencia T-135/10* (COLÔMBIA, 2019a).

zir na jurisdicionada-administrada a crença na licitude da atividade empresarial informal por ela levada a efeito.

Na *Sentencia T-607/15*, ampararam-se os direitos fundamentais de Danilsa Salas Mendonza ao mínimo vital, ao devido processo e à dignidade humana, em consequência de se reconhecerem violados os princípios da legalidade, do devido processo, da proporcionalidade, da razoabilidade e, mormente, da autoridade.

Determinou-se a restituição dos bens da particular apreendidos pelo Poder Público local. Advertiu-se o Prefeito do Distrito Turístico e Cultural de Cartagena das Índias de que não quantificasse nem cobrasse de Salas Mendonza custos pela guarda dos bens de propriedade dela retidos pela Administração Pública.

Ordenou-se, ainda, que se aquilatasse a situação pessoal, familiar, social e econômica da jurisdicionada-administrada e se oferecesse a ela, segundo as circunstâncias do caso concreto, uma alternativa de cunho econômico ou laboral ou a sua realocação, no prazo máximo de 30 dias, ao final do qual aquela vendedora informal seria inserida em um dos programas locais de realocação de comerciantes informais.

Na *Sentencia T-481/14*, vislumbrou-se o menoscabo dos direitos fundamentais de Jorge Eliecer Duque Moncada ao trabalho e ao mínimo vital, bem assim do princípio da confiança legítima.

Cometeram-se ao ente municipal os misteres de (1) perscrutar a situação pessoal, familiar, social e econômica do jurisdicionado-administrado e (2) inscrevê-lo no registro de comerciantes informais, propiciando-se-lhe uma alternativa econômica, laboral ou de realocação, e (3) elaborar e implementar tais ações administrativas, tendo-se em mente a circunstância de que se tratava de pessoa que, em face de deficiência física (ausência de movimentos das extremidades superiores do seu corpo, a representar a perda de 69,15% da sua capacidade laboral), encontrava-se em situação de incapacidade.

Na *Sentencia T-231/14*, enxergou-se o desrespeito aos direitos fundamentais ao devido processo, à igualdade, à proteção do princípio da confiança legítima, ao trabalho e ao mínimo vital não somente do autor daquela ação judicial, como também dos demais comerciantes informais do Bairro Girardot, em Bucaramanga, conquanto não integrantes da lide.

Via efeitos *inter comunis*, determinou-se que o ente municipal franqueasse a todos os vendedores informais do Bairro Girardot a oportunidade de ser cadastrados, como tais, pela Administração Municipal, e de terem acesso aos programas locais destinados a essa parcela da coletividade, voltados à sua capacitação, formalização da atividade econômica e realocação.

Na *Sentencia T-386/13*, detectou-se a afronta aos direitos fundamentais de Miriam Cantillo Arrieta ao mínimo vital e ao trabalho e se assentou o mister de que fosse protegida pelo campo de incidência do princípio da confiança legítima.

Determinou-se à Gerência do Espaço Público e de Mobilidade do Distrito Turístico e Cultural de Cartagena das Índias que, no prazo máximo de 5 dias, contados da ciência de tal aresto, (a) examinasse a situação pessoal, familiar, social e econômica de Cantillo Arrieta, e (b) oferecesse a ela, de acordo com as circunstâncias intrínsecas àquela jurisdicionada-administrada, uma alternativa de cariz econômico ou laboral ou, ainda, a sua realocação, e, no prazo não superior a 30 dias, (c) providenciasse a sua inclusão em um dos programas estatais endereçados a esse segmento da população local, divisados pelo diploma legislativo correspondente (Acórdão 040 de 2006).

Vislumbrou-se conduta omissiva da Administração Pública, porquanto, mesmo que Calle Correa atuasse havia cerca de 20 anos no espaço público do Mercado Bazurto, na condição de vendedora ambulante, o Estado-Administração se omitira do dever de inclui-la no Registro de Vendedores Informais, o que a impedia de se beneficiar dos Programas de Formalização Econômica divisados pelo supracitado ato legislativo (Acórdão 040 de 2006).

Notou-se que, como mulher, a vendedora ambulante se inseria em um contexto de maior invisibilidade, já que as ações governamentais nesse setor, em regra, levavam em conta o perfil preponderante desse grupo vulnerável, composto, em sua maioria, por homens, cuja voz majoritária ofuscava a participação das mulheres no diálogo com o Poder Público.

Por isso, ordenou-se àquela Gerência de Espaço Público e de Mobilidade que incluísse, em seu programa de recuperação do espaço público, a concepção e a execução de políticas públicas norteadas pela perspectiva de gênero, isto é, revestida de enfoque diferenciado, em prol das mulheres, haja vista que credoras de especial proteção constitucional.

A vulnerabilidade de Cantillo Arrieta adquirira tonalidades diferenciadas não apenas ante o fenômeno da desigualdade de gênero, mas também por sozinha sustentar sua família e a si mesma, com o comércio informal de venda de limões, atividade antes desempenhada em comunhão com o seu companheiro em união estável, à época já falecido.

Na *Sentencia T-244/12*, a Corte Constitucional da Colômbia estendeu o regime protetivo dos comerciantes informais aos trabalhadores informais que possuísem vínculo laboral precário com estabelecimentos empresariais especializados no comércio de camas e colchões.

Na *Sentencia T-926/10*, o Tribunal Constitucional colombiano, em que pese haver alinhavado que Galvis Giraldo não havia se desincumbido de com-

provar o preenchimento dos requisitos legais indispensáveis para que fosse beneficiado por planos locais de realocação de vendedores informais, exortou a Prefeitura de Manizales a deflagrar o procedimento de realocação daquele comerciante informal, caso o particular viesse a comprovar que, antes de 8 de agosto de 1999, já atuava no comércio informal.

Na *Sentencia T-135/10*, a Corte Constitucional colombiana protegeu os direitos fundamentais ao trabalho, ao mínimo vital e ao devido processo de Luz Marina Vargas Castillo, condenando a Municipalidade (a) a oferecer-lhe em 5 dias, contados da ciência do aresto, plano imbuído de medidas adequadas, necessárias e suficientes para realocá-la em local em que pudesse exercer uma atividade produtiva, consentânea com o ordenamento jurídico colombiano, e, no prazo máximo de 30 dias, a partir da ciência do acórdão, (b) a incumbência de realocá-la em condições idôneas, a fim de que pudesse seguir trabalhando, haja vista, máxime, o fato de que, durante cerca de 7 anos consecutivos, a Administração Municipal fora conivente com a ocupação irregular do espaço público por Vargas Castillo, realizada pela venda informal de frutas e verduras, até que houvera por bem recuperá-lo no ano de 2009.

Dessarte, na parcela das circunstâncias fáticas acima narradas em que o Tribunal Constitucional colombiano condenou a Fazenda Pública, a Corte Constitucional, em geral, levou em conta não só o estado de vulnerabilidade pessoal, familiar, social e econômica do jurisdicionado-administrado e os excessos das medidas interventivas e punitivas adotadas pelo Poder Público, como também o fato de que, em tais casos concretos, a Administração Pública, por meio de conduta omissiva ou comissiva reiterada ao cabo de anos ou décadas, anuiu, de maneira tácita ou expressa, ao longo de dilatada janela temporal, com a atividade empresarial informal desempenhada pelo respectivo jurisdicionado-administrado.

Posto de outro modo, percebe-se que a Corte Constitucional da Colômbia (a) tem combatido a mentalidade de um filão de órgãos do Poder Judiciário daquele País que consente com a conduta do Poder Executivo de alijar do espaço urbano vendedores informais que se encontram em estado de vulnerabilidade pessoal, familiar, social e econômica, com largo período de tempo devotado a esse tipo de atividade econômica informal e, lado outro, o Tribunal Constitucional colombiano (b) vem impondo ao Estado-Administração o dever de conjugar a recuperação e a revitalização dos espaços públicos degradados com a efetiva prestação de serviços públicos de capacitação, formalização de atividades econômicas e realocação compatíveis com a conjuntura pessoal, familiar, social e econômica a que se vinculam tais comerciantes informais, de molde que o Poder Público, especialmente nas searas locais, contemple, com justiça social, igualdade material e proporcionalidade, o seu papel de fomentar

não só um padrão mínimo para a sobrevivência financeira desse segmento da população, mas também condições dignas para o seu desenvolvimento como cidadãos e cidadãs.

Por derradeiro, depreende-se que o Poder Judiciário, ao demarcar os limites para as ações administrativas de recuperação e revitalização dos espaços públicos, deve (a) aquilatar o contexto pessoal, familiar, social e econômico dos comerciante(s) informal(is) atingido(s) e (b) perquirir a compatibilidade das medidas implementadas pelo Poder Executivo com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da confiança legítima, (c) examinando, no panorama fático em questão, com base nas provas dos autos judiciais, se os atos administrativos impugnados guardam juridicidade, aos olhos dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (inclusive sob o enfoque dos subprincípios ou subcritérios da finalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), e, também, (d) verificando se houve incongruência entre uma eventual iterativa condescendência ou inércia do Estado-Administração e a nova linha de ação desenvolvida pela Administração Pública nas situações em que foi observado que o ente estatal passou a adotar conduta mais rigorosa no exercício do poder de polícia e das potestades fiscalizatória e sancionatória (deferência ao princípio da confiança legítima).

## Referências bibliográficas

- CARTAGENA DAS ÍNDIAS. Concejo Distrital de Cartagena de Indias. Disponible en: <<http://concejodistritaldecartagena.gov.co/>>. Consultado el: 30 ene. 2019a.
- CARTAGENA DAS ÍNDIAS. Decreto n.º 0184. 17 feb. 2014. Por meio del cual se dictan disposiciones y medidas tendientes a la protección y preservación de la integridad del espacio público distrital y su destinación al uso común. Disponible en: <[http://www.fenalcobolivar.com/sites/default/files/decreto\\_0184.pdf](http://www.fenalcobolivar.com/sites/default/files/decreto_0184.pdf)>. Consultado el: 30 ene. 2019b.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional). Sentencia T-135/10. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, D. C., 24 de febrero de 2010. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-135-10.htm>>. Consultado el: 30 ene. 2019a.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Plena de la Corte Constitucional). Sentencia C-211/17. Magistrado Ponente: Iván Humberto Escruce Mayolo. Bogotá, D.C., 5 de abril de 2017. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-211-17.htm>>. Consultado el: 30 ene. 2019b.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional). Sentencia T-386/13. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

- Bogotá, D. C., 28 de junio de 2013. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-386-13.htm>>. Consultado el: 30 ene. 2019c.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional). Sentencia T-481/14. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C., 9 de julio de 2014. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-481-14.htm>>. Consultado el: 30 ene. 2019d.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional). Sentencia T-067/17. Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez. Bogotá, D.C., 3 de febrero de 2017. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-067-17.htm>>. Consultado el: 30 ene. 2019e.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional). Sentencia T-231/14. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, D.C., 9 de abril de 2014. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-231-14.htm>>. Consultado el: 30 ene. 2019f.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional). Sentencia T-244/12. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, D. C., 26 de marzo de 2012. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-244-12.htm>>. Consultado el: 30 ene. 2019g.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional). Sentencia T-926/10. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, D. C., 17 de noviembre de 2010. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-926-10.htm>>. Consultado el: 30 ene. 2019h.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional). Sentencia T-607/15. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, D.C., 21 de septiembre de 2015. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-607-15.htm>>. Consultado el: 30 ene. 2019i.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional). Sentencia T-424/17. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. Bogotá, D.C., 4 de julio de 2017. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-424-17.htm>>. Consultado el: 30 ene. 2019j.
- COLÔMBIA. Ley 1801 de 2016 (julio 29). Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia. *Diario Oficial No. 49.949 de 29 de julio de 2016*, Bogotá, D. C. Disponible en: <<https://www.policia.gov.co/sites/default/files/ley-1801-codigo-nacional-policia-convivencia.pdf>>. Consultado el: 30 ene. 2019k.
- COLÔMBIA. Ley 84 de 1873 (26 de mayo). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. *Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873*, Bogotá, D. C. Dis-

ponible en: <[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)>. Consultado el: 30 ene. 2019l.

MANIZALES. Concejo de Manizales. Acuerdo Nro 443-99. Por meio del cual se reglamentan las ventas informales en la ciudad de Manizales y se derogan unas disposiciones. Disponible en: <<http://manizales.gov.co/RecursosAlcaldia/201505051437453917.pdf>>. Consultado el: 30 ene. 2019a.

MANIZALES. Concejo de Manizales. Disponible en: <<http://concejodemanizales.gov.co/>>. Consultado el: 30 ene. 2019b.

WEST III, Thomas L. *Spanish-English Dictionary of Law and Business*. 2nd ed. Chattanooga: Intermark, 2012.



# *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição da República Portuguesa. Breves considerações sobre a conformidade constitucional*

RICARDO JOÃO DA SILVA MARCOS\*

*SUMÁRIO: Introdução. O Tribunal Penal Internacional. Portugal e o Tribunal Penal Internacional. Prevalência da Constituição. Considerações finais.*

## **Introdução**

A Constituição da República Portuguesa, doravante “CRP”, permite atualmente acolher diversas normas de direito internacional. E se é certo que muitas dessas permissões e aberturas surgiram com as diversas alterações que a lei fundamental foi sofrendo ao longo dos anos de vigência da mesma, existem também disposições que se mantêm fiéis ao texto constitucional originário.

Exemplo desta consolidação é o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 8.º onde, respetivamente, se dispõe que “normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português” e que “normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.”.

Desta forma, foi desde cedo que o legislador constitucional, da ainda jovem democracia portuguesa, com uma certa inspiração na Constituição de

\* Licenciado em Direito e Aluno de Mestrado Científico em Direito, menção de Ciências Jurídico Políticas, especialidade em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1933<sup>1</sup>, percebeu a importância que o acolhimento das normas e princípios de direito internacional poderiam ter para Portugal se inserir de forma plena no seio de uma comunidade internacional cada vez mais complexa e focada na resolução de problemas comuns e transversais.

Assim, os princípios normativos de Direito Internacional Público, doravante “DIP”, e o costume internacional geral ou comum aplicam-se diretamente na ordem interna portuguesa por força do n.º 1 do artigo 8.º<sup>2</sup>, não sendo relevante para este nosso estudo saber se as normas se tornam parte integrante do direito interno (*Teoria da transformação*), ou se o direito internacional não perde o seu carácter de direito internacional (*Teoria da adoção*)<sup>3</sup>.

O n.º 2 estabelece também um regime de receção automática, mas condicionada, das normas de DIP convencional, internacionalmente vinculativas do estado português, ou seja, de tratados e acordos que abranjam Portugal, quer por o país ser parte dele, quer por ter sido celebrado por uma organização internacional da qual Portugal faça parte<sup>4</sup>.

E se não temos qualquer dúvida da necessidade e do benefício que decorre deste acolhimento, temos também consciência de que podem ocorrer determinados problemas e ambiguidades.

Talvez o mais complexo se encontre no caso em que uma norma de direito internacional, que se torne vigente no nosso ordenamento jurídico – seja por via da receção automática do n.º 1 ou através da publicação, sem fiscalização preventiva de constitucionalidade – venha a colidir ou conflitar com o núcleo essencial da CRP.

E se é certo que, por vezes, as convenções internacionais conduzem a uma reforma constitucional profunda, também não é menos verdade que, muitas vezes, essas reformas resultam escassas e incompletas. Exemplo disso é o que se verifica no acolhimento do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, doravante “ERTPI”, que, mesmo após a introdução do n.º 7 do artigo 7.º da CRP, pode conduzir a situações que potencialmente conflituem com o núcleo essencial da lei fundamental Portuguesa.

<sup>1</sup> De facto, já o artigo 4.º da Constituição de 1933, dispunha que “a nação portuguesa constitui um estado independente, cuja soberania só reconhece como limites, na ordem interna, a moral e o direito; e na internacional, os que derivem das convenções ou tratados livremente celebrados ou do direito consuetudinário livremente aceite (...)” – MIRANDA, Jorge – *As Constituições portuguesas*, 6.ª edição, Principia, Lisboa 2013, pág. 188.

<sup>2</sup> MORAIS, Carlos Blanco de – *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, 3.ª edição Coimbra Editora, Cascais, 2015, pág. 135 e ss.

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 255.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pág.256.

## O Tribunal Penal Internacional

No pós-Segunda Guerra Mundial foram criados alguns tribunais *ad hoc* de âmbito internacional, de forma a julgar os crimes cometidos durante o conflito ocorrido de entre 1939 e 1945, sendo os mais céleres o Tribunal Internacional de Tóquio, também conhecido por Tribunal para o Extremo Oriente (maio de 1946 a novembro de 1948), que julgou os líderes do império Japonês, e o Tribunal de Nuremberga (novembro de 1945 a outubro de 1946) a quem foi entregue a tarefa de julgar os crimes cometidos pelos altos dirigentes político-militares e outras figuras da elite económica e social da Alemanha nazi, no período do conflito *supra* referido.

Mais tarde, foram criados outros tribunais *ad hoc*, sempre com o objetivo de punir crimes de guerra, genocídio, e contra a humanidade. Entre estes tribunais, por terem tido um relevante papel na definição do que é hoje o Tribunal Penal Internacional, são de destacar o Tribunal Penal para o Ruanda, que funcionou entre novembro de 1994 e dezembro de 2015, e que teve como objetivo julgar os responsáveis pelo massacre perpetrado contra a minoria tutsi, ocorrido entre abril e julho de 1994, e o Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia, que esteve em funcionamento entre maio de 1993 e dezembro de 2017, e que teve como missão julgar os crimes de guerra, genocídio e contra a humanidade cometidos durante os conflitos ocorridos nos Balcãs na década de 90 do século passado.

Depois de na década de 1950 uma comissão criada pela Organização das Nações Unidas, ter falhado a sua missão de elaborar o estatuto do tribunal penal internacional, em 1990 foi constituída uma nova comissão onde, após diversas reuniões, foi criado um comité com objetivo de preparar a conferência de Roma, que acabou somente por se realizar em julho de 1998.

Desta forma, reunidos na cidade de Roma, representantes de mais de 120 países, mesmo com o voto contra de algumas nações importantes no contexto internacional, como os Estados Unidos da América, e a República Popular da China e cerca de vinte abstenções, aprovaram a criação de um Tribunal Penal Internacional, ou TPI, de carácter permanente, permanência essa que, como vimos anteriormente nos diversos casos de tribunais *ad hoc* elencados, nunca havia ocorrido.

Tal como resulta do n.º 1 do artigo 126.º do estatuto aprovado em Roma, o mesmo entraria “em vigor no 1.º dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do 60.º instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas”. Entrou, desta forma, em vigor a 1 de julho de 2002, depois de aos 11 dias do mês de abril desse mesmo ano ter sido atingido o

quórum necessário, quando 10 Estados o ratificaram simultaneamente durante uma cerimónia realizada nas Nações Unidas.

## **Portugal e o Tribunal Penal Internacional**

Portugal ratificou no início do ano de 2002 o tratado que institui o Tribunal Penal Internacional<sup>5</sup>, o que nos coloca perante a questão formulada por MARIA FERNANDA PALMA<sup>6</sup>, implicará esta ratificação repercussões nos princípios constitucionais portugueses?

A ratificação do ERTPI implicou a nosso ver repercussões, desde logo, a necessidade de compatibilizar a CRP com o mesmo.

Como nos ensina Vital Moreira<sup>7</sup>, existem, em sede de compatibilização com a nossa Constituição, duas vias distintas: uma que conduz à alteração de todas as disposições que potencialmente colidam com o ERTPI, ou, à semelhança do que foi feito na França, a introdução de uma cláusula de receção do estatuto nos termos por ele previstos.

Portugal acabou por, na senda do realizado pela França, inserir uma cláusula constitucional aberta de receção do estatuto. É desta forma que surge a alteração feita ao artigo 7.º da CRP<sup>8</sup>, que introduz ao mencionado artigo o seu n.º 7, aditado pela 5.ª revisão constitucional, revisão esta que aproveitou também para fazer alterações no regime da extradição.

Aditado com o intuito de resolver um problema e permitir adesão ao ERTPI, o n.º 7 do artigo 7.º vem, a nosso ver, colocar outras questões passíveis de conduzir a situações ainda mais gravosas.

A forma como se encontra redigido o preceito, permite que Portugal adira de forma plena ao ERTPI, não contemplando no artigo a possibilidade de o ERTPI ser alterado, sendo o único limite o respeito pela dignidade da pessoa humana, limite esse que parece ter diversas interpretações e fronteiras relativamente flexíveis na sua definição. Veja-se, por exemplo, a questão da prisão perpétua. O ERTPI surge num contexto de proteção dos direitos humanos, e,

<sup>5</sup> Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, retificado e republicado em língua portuguesa pela Resolução da Assembleia da República 03/2002 de 18 de janeiro.

<sup>6</sup> PALMA, Maria Fernanda – *O tribunal penal internacional e Constituição penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11, 2001, pág. 7.

<sup>7</sup> MOREIRA, Vital [et al.] – *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 16 e ss.

<sup>8</sup> Alterado pelo/a Artigo 2.º do/a Lei Constitucional n.º 1/2001 – Diário da República n.º 286/2001, Série I-A de 2001-12-12, em vigor a partir de 2001-12-17.

desta forma, pode dizer-se que o ERTPI pretende respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana. No entanto, permite a aplicação de penas privativas de liberdade de carácter perpétuo. Desta forma não parece errado afirmar que este tipo de pena é, à luz do ERTPI, compatível com a dignidade da pessoa humana.

Por sua vez o Tribunal Constitucional Alemão considerou que é desumano privar um condenado de toda a esperança de vir a ser livre, sendo um imperativo da dignidade da pessoa humana prever uma possibilidade de libertação antecipada que dependa do seu próprio comportamento e não apenas de uma graça<sup>9</sup>. E se é certo que o ERTPI no seu artigo 110.º prevê a revisão da pena decorridos 25 anos, também é certo que os critérios elencados não são os mais objetivos.

Com este pequeno exercício de comparação fica totalmente evidente, pelo menos para o tópico em causa, que o conceito de dignidade da pessoa humana pode ter diversos limites e fronteiras pouco definidos ou, no mínimo, com alguma elasticidade que permitam a interpretação.

Assim, com uma cláusula tão permissiva como a do artigo 7.º, Portugal poderá ficar vinculado a interpretações da dignidade da pessoa humana pouco compatíveis com o núcleo essencial da nossa Constituição, constituído desde logo pelo conjunto de direitos fundamentais, presentes no Título II da CRP, e que devem ser, entre outras coisas, a efetivação e o garante da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1.º, em todos os momentos. Sendo desta forma, a nosso ver, prudente pensar numa possível alteração de formulação do clausulado supramencionado.

Passemos agora à análise de algumas das possíveis desconformidades do ERTPI com a nossa lei fundamental.

As repercussões mencionadas, fazem-se sentir desde logo na difícil compatibilização das normas do ERTPI com o núcleo fundamental da CRP, principalmente, mas não exclusivamente<sup>10</sup>, no que diz respeito às penas potencialmente aplicáveis, penas essas que tem um elevado grau de indeterminação, podendo a moldura penal quando se tratam dos crimes previstos no artigo 5.º do ERTPI, atingir os 30 anos em determinados casos e sendo admitida a prisão perpétua nas

<sup>9</sup> *Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen* 45, pág. 187, *apud* PALMA, Maria Fernanda, 2001, op. cit., pág. 27.

<sup>10</sup> A problemática das molduras penais não é caso isolado no que à difícil compatibilização diz respeito. Podemos também referir que é admitida a extradição para aplicação de penas de prisão perpétua, a admissibilidade de outras fontes que não os tratados internacionais para previsão e punição dos crimes a julgar pelo TPI e a possibilidade de decisões, consolidadas, de caso julgado, produzidas pelos tribunais nacionais poderem ser postas em causa pela jurisdição do TPI.

situações mais gravosas, tal como resulta desde logo das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 77.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Situação esta que adiantamos desde já ser, a nosso ver, incompatível com o plasmado no n.º 1 do artigo 30.º<sup>11</sup> da CRP, que, de forma imperativa, veda a existência de penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas de liberdade de carácter perpétuo, ilimitado ou indefinido.

Não podemos, nesta sede, com o devido respeito, concordar com MARIA FERNANDA PALMA, no seu entendimento de que a norma constitucional “não conflitua diretamente com a previsão de tal pena no Estatuto, na medida em que é uma pena que depende da aplicação subsidiária do estatuto pelo Tribunal Penal Internacional no caso de Portugal renunciar ao exercido da sua própria jurisdição”<sup>12</sup>. Num primeiro momento, porque, tal como iremos ver em seguida, mesmo nos casos em que o tribunal nacional chame a si a competência e julgue um delito que entre também na esfera de competência do TPI, este último poderá, em determinadas circunstâncias, avocar para si a decisão da causa, destruindo para isso os efeitos produzidos pelo caso julgado nacional. Ou seja, Portugal pode escolher exercer a sua jurisdição e mesmo assim ver todo processo ser anulado, para, posteriormente, vir a ser aplicada uma pena privativa de liberdade de duração superior a vinte e cinco anos ou até mesmo, em determinados tipos de crime, uma sanção de carácter perpétuo, decisões essas que colidem com os princípios e normas, constitucionais e penais da República Portuguesa.

Impõe-se, nesta sede, falar da declaração interpretativa feita por Portugal aquando da ratificação do Estatuto de Roma. No n.º 1 da mencionada ratificação é dito que “Portugal manifesta a sua intenção de exercer o poder de jurisdição sobre pessoas encontradas em território nacional indiciadas pelos crimes previstos no n.º 1 do artigo 5.º do Estatuto, com observância da sua tradição penal, de acordo com as suas regras constitucionais e demais legislação penal interna.”.

Importa, assim, saber qual a natureza da declaração interpretativa, e para tal é importante desde já deixar claro que o ERTPI, como resulta do seu artigo 120.º<sup>13</sup>, não admite que os países que o subscrevem coloquem reservas, estando assim, os Estados parte que o ratificaram vinculados a todas as disposições dele constantes. Desta forma, e seguindo o entendimento de VITAL MOREIRA, esta declaração mais não é do que uma mera declaração política através da qual Por-

<sup>11</sup> “Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.”.

<sup>12</sup> PALMA, Maria Fernanda, 2001, op. cit., pág. 24 e ss.

<sup>13</sup> O artigo 120.º do estatuto é taxativo “Não são admitidas reservas a este Estatuto.”.

tugal reafirma a sua vontade de julgar, e punir, nos tribunais nacionais os crimes previstos no Estatuto<sup>14</sup>.

Concluimos assim, neste ponto, que podem sempre existir situações em que o TPI pode avocar a competência para julgar e sentenciar, e, sendo a declaração interpretativa uma mera declaração política e não uma verdadeira reserva ao ERTPI, fica assim, a nosso ver, improcedente o argumento apresentado por Maria Fernanda Palma.

A Professora de Lisboa defende ainda que a norma do ERTPI “que prevê a punição por prisão perpétua não vigorará, com efeito na ordem jurídica portuguesa, mas apenas interferirá com a ordem jurídica portuguesa, na medida em que é direito aplicável pelo Tribunal Penal Internacional, complementarmente.”<sup>15</sup>.

No que a este segundo argumento diz respeito, cumpre analisar, no nosso ponto de vista, duas questões distintas: em primeiro lugar, o papel da Constituição enquanto lei fundamental de proteção dos direitos dos particulares; e em segundo, uma eventual decisão do tribunal no sentido do cumprimento de pena ser feito em Portugal.

Importa desde já afirmar, no que à primeira questão diz respeito, que a República Portuguesa é um estado de direito democrático, como resulta desde logo do artigo 2.º da CRP. Esse estado de direito democrático traduz-se desde logo no respeito e na garantia de efetivação dos direitos fundamentais, como resulta também do supramencionado artigo 2.º.

Esse estado de direito é um estado vinculado a um conjunto de valores, nos quais a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais ocupam um lugar, não apenas de destaque e preponderância, mas de essencialidade. Desta forma, o respeito por estes valores é a linha orientadora do Estado na relação com os particulares, de resto como resulta do n.º 1 do artigo 18.º<sup>16</sup>.

Assim, a disposição do n.º 1 do artigo 30.º, estando inserida no Título II, está no regime dos direitos, liberdades e garantias. Desta forma o direito a uma definição de pena com carácter não perpétuo é um direito fundamental, inultrapassável, seja sob que pretexto for.

Pode-se falar ainda do n.º 6 do artigo 19.º, preceito do qual Vital Moreira<sup>17</sup> parte para defender que a duração da pena, nomeadamente no que à prisão perpétua diz respeito, não tem um carácter de essencialidade. Defende o Professor que se a pena perpétua e a sua proibição fosse de carácter absoluto, a mesma

<sup>14</sup> MOREIRA, Vital [et al.], 2004, op. cit., pág. 36 e ss.

<sup>15</sup> PALMA, Maria Fernanda, 2001, op. cit., pág. 25.

<sup>16</sup> “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

<sup>17</sup> MOREIRA, Vital [Et al.], 2004, op. cit., pág. 35 e ss.

teria de fazer parte do elenco do n.º 6 do artigo 19.º, que regula os limites absolutos numa situação de suspensão de direitos. Não podemos concordar com o Professor de Coimbra. Sendo a pena perpétua violadora da dignidade da pessoa humana, na configuração da CRP pois são proibidas medidas restritivas da liberdade com carácter perpétuo, terá sempre de ser uma disposição absoluta, mais se acrescenta a isso que, como resulta do artigo 18.º n.º 2, da nossa lei fundamental, a lei só pode restringir direitos liberdades e garantias em situações expressamente previstas na Constituição e apenas para salvaguardar outros interesses. Desta forma, existe neste artigo um critério de necessidade na restrição, e, sendo a suspensão de direitos fundamentais prevista no artigo 19.º n.º 6 algo necessariamente temporário, fundado nos motivos do n.º 2 do artigo 19.º, e tendo em vista o regresso à normalidade constitucional como resulta do n.º 8, não será necessário vedar no mesmo a prisão perpétua, pois, voltando o estado de direito democrático à normalidade, poderá ser aplicada uma pena razoável e conforme com o estado de direito constitucionalmente instituído, o legislador constitucional, veda, e a nosso ver bem, a pena capital, pois a mesma poderia não ser reversível em tempo útil. Também as penas corporais e lesões à integridade física são irreversíveis, e dessa forma vedadas em toda e qualquer circunstância. Assim, temos de concluir que é absolutamente vedado pela nossa lei fundamental a aplicação de uma pena privativa de liberdade de carácter perpétuo.

Existe ainda um outro ponto que deve ser analisado, em resposta ao argumento de Maria Fernanda Palma, quando refere que a norma que prevê a prisão perpetua não vigorará, mas apenas interferirá com a ordem jurídica nacional. Na hipotética situação de um condenado pelo Tribunal Penal Internacional vir a cumprir pena em Portugal, o que pode acontecer em diversas situações, seja por preferência do condenado que é ouvido antes de ser tomada a decisão do local onde cumprirá a sua pena ou por indicação do tribunal ou designação pelo estado anfitrião como resulta do n.º 4 do artigo 103.º do estatuto do tribunal. No caso de tal situação vir a ocorrer, Portugal fica vinculado à pena decidida pelo Tribunal Penal Internacional, tal como resulta do artigo 105.º n.º 1 e n.º 2<sup>18</sup>.

A colisão acima referida não é caso único. Embora menos flagrante, o artigo 20.º do ERTPI, com a epígrafe *Ne bis in idem*, pode também conduzir a situações de potencial conflito, pois embora o sentido amplo do preceito se apro-

<sup>18</sup> Estipula o artigo 105.º do estatuto: “1 – Sem prejuízo das condições que um Estado haja estabelecido nos termos do artigo 103.º, n.º 1, alínea b), a pena privativa de liberdade é vinculativa para os Estados Partes, não podendo estes modificá-la em caso algum. 2 – Será da exclusiva competência do Tribunal pronunciar-se sobre qualquer pedido de revisão ou recurso. O Estado da execução não obstará a que o condenado apresente um tal pedido”.

xime do estipulado no artigo 29.º n.º 5 da CRP, vem logo em seguida no seu n.º 3 admitir exceções que, à luz da CRP não são de forma alguma admitidas.

Mais se acrescenta que, tal como resulta do supramencionado n.º 3 do artigo 20.º do ERTPI, o *Ne bis in idem*, não é imperativo quando o processo “Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à acção da justiça”. Ora, esta afirmação pode “abrir a porta” a um colocar em causa dos tribunais nacionais, e, sendo os tribunais um órgão de soberania, estamos a permitir a um sujeito de direito internacional colocar em causa parte da soberania nacional, no que respeita à aplicação da lei penal e com a possibilidade de aplicação de uma pena incompatível com os direitos fundamentais e limites penais constitucionalmente garantidos, o que não nos parece admissível à luz da nossa lei fundamental<sup>19</sup>. Mais: quais os critérios que o TPI utiliza para considerar que não “existe intenção de submeter a pessoa à justiça”? Uma moldura penal mais reduzida pode ser considerada como falta dessa intenção? Se a resposta a esta última questão for afirmativa, o TPI estaria a colocar em causa todo o sistema penal que entre nós vigora. Ainda nesta sede fica aberta a possibilidade de destruição de caso julgado pelos tribunais nacionais, o que em virtude da subjetividade de critérios aplicados pode conduzir a uma situação de grande instabilidade e falta de confiança nas decisões e posições tomadas pelos tribunais nacionais.

A questão adicional que aqui se coloca é simples, será admissível à luz dos princípios da proteção da confiança e da dignidade da pessoa humana que alguém que tenha sido julgado, condenado e se encontre a cumprir pena, veja impender sobre si a possibilidade de todos os efeitos da sua sentença serem destruídos, abrindo-se, desde logo, a possibilidade de atravessar novamente um processo criminal e possivelmente ser condenado a uma pena superior, ou até mesmo a uma pena privativa de liberdade de carácter perpétuo? A nosso ver, a resposta a esta questão, e independentemente dos crimes eventualmente praticados, terá de ser sempre no sentido da inadmissibilidade: a dignidade humana é inerente à qualidade de pessoa e não pode ser perdida sob nenhum pretexto, e

<sup>19</sup> O Estado Português, poderá ceder parte da sua soberania, tal como acontece com a EU, mas tal permissão terá de derivar da própria Constituição, e a este respeito o artigo 29.º n.º 2 é taxativo quando refere que a punição terá de ser “nos limites da lei interna”, limite que no âmbito do TPI poderá não ser respeitado.

a nosso ver uma privação perpétua de liberdade é incompatível com a condição humana, incompatível com uma dignidade inviolável<sup>20</sup>.

### **Prevalência da Constituição**

Se é certo que, devido à cláusula de receção automática, não existe fiscalização de constitucionalidade no n.º 1 do artigo 8.º, no n.º 2, que trata das convenções internacionais, tanto as de carácter geral como as de carácter especial, a situação é diferente, pois necessitam de ser ratificadas ou aprovadas, apenas vigorando após a sua publicação oficial.

Resulta de forma expressa do artigo 278.º, n.º 1 da CRP, que trata da fiscalização preventiva, que o Presidente da República pode pedir ao Tribunal Constitucional, a fiscalização “de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura”.

Desta forma, parece claro que o legislador nacional tentou limitar a aplicação das normas de direito internacional, àquelas que verificassem uma conformidade com a Constituição, se assim não fosse, não se entende qual o sentido, e a necessidade de fazer constar neste número, os tratados e convenções internacionais.

Outro argumento que pode abonar no sentido de que as normas materiais da CRP prevalecem sobre disposições de convenções internacionais é o disposto no n.º 2, do artigo 277.º da CRP. Este artigo refere que a violação orgânica ou formal não impede a aplicação de tratados regularmente ratificados, ora, de fora desta previsão fica a inconstitucionalidade material, que por ferir o núcleo da lei fundamental é a mais gravosa.

Parece-nos, assim, que o legislador constitucional procurou desta forma salvaguardar em todas as situações, aquele que é o núcleo dos direitos fundamentais previstos na Constituição Portuguesa.

### **Considerações finais**

Ao longo destas breves linhas analisámos alguns dos possíveis conflitos entre o ERTPI e a CRP, a questão da pena privativa de liberdade de carácter perpé-

<sup>20</sup> Ver situação referida *supra* no que respeita à potencial elasticidade do conceito de dignidade da pessoa humana.

tuo é a nosso ver uma situação incompatível com o estado constitucionalmente instituído e dessa forma não pode ser aceite sob que pretexto for, seja no ordenamento português, seja em ordenamento internacional com a convivência do ordenamento nacional.

Desta forma, e tendo presente que o Tribunal Penal Internacional foi concebido para proteger os direitos humanos, não nos parece razoável deixar de parte uma cooperação com o mesmo, cooperação essa que é a nosso ver positiva e desejável. No entanto pensamos que essa cooperação deveria ser repensada, existindo para isso, a nosso ver, duas soluções, ou uma revisão profunda da nossa lei fundamental que teria necessariamente de alterar a forma como se formulam diversos preceitos constitucionais, alterando assim também aquela que é a conceção de dignidade da pessoa humana prevista na CRP, ou um abandono do ERTPI, abandono esse, permitido pelo mesmo.

Em caso de abandono, é a nosso ver importante frisar que o mesmo deve ser feito apenas de forma a evitar o conflito entre as normas do ERTPI e as normas constitucionais, sendo nesta sede relevante referir que Portugal deverá sempre manter a sua colaboração com o ERTPI mesmo não fazendo parte do mesmo, situação essa prevista pelo próprio ERTPI no seu artigo 13.º, n.º 2 e n.º 3.



# *As responsabilidades parentais e a Igualdade de Género em tempos de pandemia: o caso das mulheres profissionais de saúde*

INÊS FREIRE DOS SANTOS\*

*SUMÁRIO: 1. Os impactos de género da COVID-19. 2. A regulação das responsabilidades parentais e o estado de emergência: 2.1. A guarda dos menores e o regime de visitas: 2.1.1. Situações de «incumprimento» das responsabilidades parentais; 2.1.2. Situações de impedimento do cumprimento das responsabilidades parentais. 3. As «mães ausentes» – uma análise transversal. Conclusões.*

**RESUMO:** Este artigo é uma breve análise ao regime das responsabilidades parentais, em tempos de pandemia, em concreto sobre o caso das mães profissionais de saúde. Importa determinar se existiu igualdade de género em matéria de responsabilidades parentais, no que concerne ao regime de guarda e visitas, pelos desafios encontrados face à pandemia em que muitas profissionais de saúde se viram impedidas (por decisão própria ou por imposição), de cumprir as suas responsabilidades parentais.

A mulher, afigura-se ainda na sociedade atual como cuidadora, mãe e esposa. Exerce as suas funções tanto profissionais, como familiares, o que na atual pandemia da COVID-19, representou um acréscimo das suas responsabilidades. Devido à pandemia, os estabelecimentos de ensino encerraram, alguns profissionais passaram ao teletrabalho e outros viram o seu trabalho redobrado, como o caso, dos(as) profissionais de saúde. Com as crianças em casa, houve um aumento das necessidades de apoio escolar, familiar, do dia-a-dia, entre outras, dificultando a compatibilidade dessas tarefas com o exercício profissional. A desigualdade do trabalho doméstico por género era já uma realidade existente em Portugal, que se procurava superar, mas com a pandemia, a balança da igualdade voltou a acentuar-se na sua

\* Licenciada em Direito (2018) e Pós-Graduada em Direito da Igualdade (2020) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É Assistente Convidada na Nova School of Law desde 2021.

desigualdade. O cumprimento das responsabilidades parentais, como a guarda dos menores ou as visitas, foi uma dificuldade sentida, especialmente pelas mulheres profissionais de saúde, agravado pelas situações de impossibilidade de cumprir com essas mesmas responsabilidades pelo acréscimo de trabalho ou risco de contágio. Apesar de os dados ainda serem reduzidos, podemos hoje afirmar, que a pandemia teve um impacto nas possibilidades (já desiguais), de as mulheres manterem os seus empregos ou serem promovidas, pelo aumento das responsabilidades familiares. O impacto foi sentido a vários níveis, nomeadamente, profissional e familiar, gerando incompatibilidades ou riscos acrescidos, pelo que importa determinar se as mães profissionais de saúde, pelos motivos relacionados com a pandemia, estiveram numa situação de incumprimento das suas responsabilidades parentais ou se podiam de alguma forma serem impedidas de as cumprir.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidades parentais; pandemia; família; exercício profissional; igualdade

**ABSTRACT:** This article is a brief analysis of the system of parental responsibilities in times of pandemic, specifically on the case of mothers who are health professionals. It is important to determine whether there was gender equality in terms of parental responsibilities, regarding the regime of custody and visits, due to the challenges faced in the face of the pandemic in which many health professionals were prevented (by their own decision or by imposition) from fulfilling their parental responsibilities.

Today, women are still seen as caretakers, mothers, and wives. She carries out both her professional and family duties, which in the current pandemic of COVID-19, represented an increase in her responsibilities. Due to the pandemic, educational institutions closed, some professionals started teleworking and others saw their work redoubled, as is the case of health professionals. With children at home, there was an increase in the need for school, family, and day-to-day support, among others, making it difficult to reconcile these tasks with professional practice. The inequality of domestic work by gender was already an existing reality in Portugal, which they were trying to overcome, but with the pandemic, the balance of equality was again accentuated in its inequality. The fulfilment of parental responsibilities, such as the custody of minors or visits, was a difficulty felt, especially by female health professionals, aggravated by situations of impossibility to comply with these same responsibilities due to additional work or the risk of contagion. Although the data is still limited, we can today state that the pandemic had an impact on the (already unequal) possibilities for women to keep their jobs or to be promoted, due to their increased family responsibilities. The impact was felt at various levels, namely professional and family, generating incompatibilities

or increased risks, so that it is important to determine whether mothers who were health professionals, for reasons related to the pandemic, were in a situation of non-compliance with their parental responsibilities or could in some way be prevented from fulfilling them.

KEYWORDS: parental responsibilities; pandemic; family; work practice; equality

## **Introdução\*\***

Olhei à minha volta e comecei a reparar melhor nas outras mulheres: umas resignadas e heróicas na sua coragem e silêncios (...).

Maria Lamas. *As Mulheres do Meu País*. Lisboa: Actuális, 1950, p. 5

Nestes tempos excecionais, o Ser Humano «dono» da sua liberdade e poder de decisão, viu-se obrigado a adotar medidas preventivas que restringiram os seus direitos e a abdicar do «poder» sob a sua vida, baralhando as rotinas, reajustando o seu modo de vida, coabitando em família todas as horas do dia. Num misto entre o instinto de sobrevivência e proteção dos seus, anulando os seus próprios desejos ou necessidades, ficaram as mulheres, mães e esposas, os seus papéis desde o «início do mundo», que agora conjugam com tantos outros. As mulheres, mesmo as que não se encontravam em situação de extrema vulnerabilidade, foram afetadas a diversos níveis, nomeadamente, psicológico, físico, espiritual e económico, com a pandemia. No seu lar, até então porto seguro de abrigo, numa verdadeira proeza para conciliar a atividade profissional com os cuidados da casa, as atividades das crianças, e em alguns casos, turnos profissionais.

Este artigo procurará, dar algumas respostas às questões que surgiram com a pandemia em relação à igualdade de género e às responsabilidades parentais, das mulheres que exerceram a sua atividade profissional na área da saúde, conciliando com as suas responsabilidades familiares. Não iremos

\*\* O presente trabalho foi elaborado no ano de 2020.

No que concerne às datas-limite, que foram consideradas para a recolha ou a consideração de fontes legislativas ou jurisprudenciais, considerou-se toda a informação recolhida até ao término do mês de outubro de 2020.

Ao longo do corpo do texto remetem-se diversos desenvolvimentos para notas de rodapé, facilitando e auxiliando a leitura.

O presente documento encontra-se escrito adotando o Novo Acordo Ortográfico.

aprofundar as questões de foro penal, nomeadamente, sobre as situações de violência que surgiram ou se agravaram com a pandemia, mas sim, analisar se o exercício das responsabilidades parentais, nomeadamente, no que se refere à guarda e visitas às crianças, foi exequível durante o pico da pandemia, para as mulheres profissionais de saúde. Crê-se que a análise das responsabilidades parentais, com enfoque, nas dificuldades sentidas pelas mulheres que exerceram atividade profissional durante a pandemia, não deverá ser apenas um estudo no âmbito do Direito, mas um estudo que beneficia de uma perspetiva interdisciplinar. Reconhecendo neste ponto que, «o Direito não está imune à influência dos fenómenos sociais, que, aliás, visa modelar. E o Direito da Família participa das características do todo a que pertence. No entanto, a sua permeabilidade à realidade social é superior à da generalidade dos sectores do Direito».<sup>1</sup>

O artigo terá como objetivo compreender que implicações teve a pandemia no exercício das responsabilidades parentais, por parte das mulheres que exercem uma profissão na área da saúde e que possíveis soluções devem ser conceptualizadas para um próximo e eventual novo pico da pandemia, no qual se decreta o confinamento da população.

Desta forma, sugere-se a seguinte estrutura para o artigo, abordando em primeiro lugar quais os impactos de género, conhecidos até à data, da COVID-19. Em seguida, aprofundaremos as questões a que se procura dar uma resposta, sobre a regulação das responsabilidades parentais e o estado de emergência, no que concerne, à guarda dos menores e ao regime de visitas, quando ocorre uma impossibilidade de cumprimento das responsabilidades por parte do(a) progenitor(a) profissional de saúde, por decisão do próprio ou por imposição, devido ao risco de contágio ou aumento do volume de trabalho originado pela pandemia. Por fim, será feito um breve comentário referente à perspetiva, ainda atual, sobre as «mães ausentes», as mulheres que deixam o lar para exercer outras funções, nomeadamente profissionais. Um estigma que atualmente ainda afeta de forma significativamente as mulheres, que durante a pandemia, sofreram «julgamentos» da sociedade, da família e em alguns casos, de si próprias, pela dificuldade de aceitação e conjugação de outros papéis, além de mãe e esposa.

<sup>1</sup> FRANCISO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA. *Curso de Direito da Família, vol. I, Introdução. Direito Matrimonial*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 147-149.

## 1. Os impactos de género da COVID-19

«No longo prazo, podem ser formuladas políticas para combater a desigualdade de género por meio da criação de condições e incentivos para que as mulheres trabalhem».

Nações Unidas. Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental<sup>2</sup>

Iniciamos este capítulo com uma questão para a qual, possivelmente, só teremos uma resposta num futuro próximo. Qual foi o verdadeiro impacto da COVID-19 nas questões da igualdade de género? Para responder a esta questão são necessários dados sobre a realidade vivida durante a pandemia, e neste sentido, são diversos os estudos a decorrer que procuram dar resposta a esta e outras questões sobre a matéria.<sup>3</sup>

As questões da igualdade de género têm percorrido um caminho lento e difícil até aos dias de hoje. O ano de 2020 trouxe um novo desafio. Enfrentamos uma nova dificuldade, com uma origem diferente, uma crise sanitária que certamente culminará numa crise económica e financeira. Desta forma, tal como em crises anteriores, surgirão novas desigualdades de género, que devem ser estudadas e prevenidas desde o início, evitando sair desta crise numa situação pior, no que se refere à igualdade, do que a qual nos encontrávamos anteriormente.

Tomemos como exemplo trabalhos de investigação sobre crises anteriores, para que se possa compreender de que forma as crises pandémicas<sup>4</sup> afetaram os direitos de igualdade. Estudos sobre o Ébola em 2014 e o vírus Zika em 2015, mostraram que existiram efeitos negativos e duradouros na igualdade de

<sup>2</sup> Disponível em <https://unric.org/pt/a-covid-19-e-as-diferencas-de-genero/>, consultado a 1.10.2020

<sup>3</sup> O projeto «GENDER RESEARCH 4 COVID-19», promovido pela FCT, foi lançado pelo Governo para estudar os impactos de género da pandemia, e foram 16 os projetos a receber financiamento para esta análise.

<sup>4</sup> Neste ponto salienta-se o artigo de MARGARIDA SILVA PEREIRA na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em que refere que «as pandemias atentam, por regra, de forma muito intensa e sem dúvida cruel, contra os direitos das crianças e os direitos de Género, refletindo-se o problema na forma como o direito da Família os considera e está munido de capacidade de resposta para eles». MARGARIDA SILVA PEREIRA. «O impacto da Pandemia por COVID-19: Direito da Família, Direitos das Crianças e Direitos de Género. E a fragilidade do estatuto patrimonial dos cônjuges nas respostas». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, p. 456.

género.<sup>5</sup> Em relação ao Ébola, o estudo de Clare Wenham<sup>6</sup>, mostrou que as crianças foram menos vacinadas durante o período de maior pico da doença, o que conduziu a mais doenças durante o seu crescimento e uma maior exigência de cuidados por parte das mães. Este acréscimo dos cuidados maternos, conduziu a uma menor probabilidade de reentrada no mercado de trabalho (em comparação aos homens) ou ao exercício da sua atividade profissional de forma mais limitada, o que representou uma diminuição dos rendimentos e menores oportunidades de progressão na carreira. Além destes efeitos sobre a atividade profissional, também as complicações durante a gravidez e no parto, aumentaram, pelo facto da prioridade do sistema de saúde, estar direcionada para a pandemia e não para outras situações de saúde.

Em relação ao Coronavírus, sabe-se até à data que está a afetar mais homens do que mulheres no que concerne à própria doença, contudo os seus efeitos (dos quais se exclui as infeções, hospitalizações ou mortes pelo vírus), no que respeita aos cuidados de saúde a terceiros, alterações profissionais, psicológicas, entre outras, afeta significativamente mais as mulheres.<sup>7</sup> Mais se acrescenta que, as mulheres ao representarem 70% dos recursos humanos em saúde (a nível mundial),<sup>8</sup> estão muito presentes nas linhas de frente, e consequentemente, correm um risco elevado de exposição à infeção por COVID-19. Dados recentes mostram que do total de profissionais da saúde infetados em Espanha e Itália, 72% e 66%, respetivamente, eram mulheres.<sup>9</sup> A alteração das

<sup>5</sup> A respeito destes estudos, foram consultados: Comissão do Desenvolvimento do Parlamento Europeu. «Relatório sobre a crise do Ébola: lições a longo prazo e como reforçar os sistemas de saúde nos países em desenvolvimento para evitar crises futuras». Relator: Charles Goerens, 2015. Assim como, o projeto desenvolvido pela OMS, a ONU e o Governo Brasileiro, disponível em <http://maisdireitosmenoszika.org/>, consultado a 16. 10.2020.

<sup>6</sup> C. WENHAM, J. SMITH & R. MORGAN. «COVID-19: the gendered impacts of the outbreak». *The Lancet*, Volume 395 ISSUE 10227, 2020, pp. 846-848. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30526-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30526-2), consultado a 20.10.2020.

<sup>7</sup> Dados disponíveis em <https://globalhealth5050.org/the-sex-gender-and-covid-19-project/>, consultado a 17.10.2020. Projeto em colaboração entre a Global Health 50/50 (housed at University College London), African Population and Health Research Center (APHRC) e International Center for Research on Women (ICRW).

<sup>8</sup> M. BONIOL, M McISAAC, L. XU, T. WULIJI, K. DIALLO & J. CAMPBELL. *Gender equity in the health workforce: analysis of 104 countries*. Geneva: World Health Organization; 2019. WHO Ref. No. WHO/HIS/HWF/Gender/WP1/2019.1 (<https://apps.who.int/iris/handle/10665/311314>, consultado a 17.10.2020

<sup>9</sup> UN Women. *Policy brief: The impact of COVID-19 on women*. New York (NY): United Nations, 2020 (<https://www.unwomen.org//media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women-en.pdf?la=en&vs=1406>, consultado a 18.10.2020

condições de vida e do quotidiano, significaram uma sobrecarga de trabalho por parte das mulheres como responsáveis do cuidado e da segurança, especialmente em relação às crianças, o que requer não só cuidados diretos, mas também os indiretos, como manter as condições da habitação, a estabilidade, a tranquilidade, o acompanhamento nas rotinas, a manutenção dos contactos sociais, entre outros. Sabe-se também que a precariedade no trabalho afeta de forma particular as mulheres (pelo tipo de vínculos, pela sua concentração em setores mais precários, pelas desigualdades remuneratórias e maior exposição a perdas de rendimentos), assim como, a integração das mulheres no mercado de trabalho ocorre através de sectores económicos, que foram particularmente afetados pela pandemia. A crescer a estas questões, os profissionais na linha da frente do combate à crise de saúde pública e mais expostos a doenças, como já se referiu, são mulheres, nomeadamente, enfermeiras, médicas, técnicas de serviços de apoio social e dos serviços de limpeza.<sup>10</sup>

A pandemia, agravou, desta forma, a já persistente desigualdade entre homens e mulheres no desempenho das suas responsabilidades, enquanto cuidadoras da família e da casa<sup>11</sup>, bem como representou uma sobrecarga para as mulheres pelo encerramento de instituições de cuidado e de ensino, e pelo confinamento das famílias nas suas habitações. Salienta-se que para muitas mulheres, especialmente em profissões na linha da frente, o teletrabalho não foi possível. Existindo mais mulheres a trabalhar nos setores sociais, no retalho e serviços de saúde, o trabalho remoto não foi uma solução possível, desta forma, levantam-se questões sobre a conciliação das responsabilidades parentais, profissionais e o estado de emergência decorrente da pandemia.

## **2. A regulação das responsabilidades parentais e o estado de emergência**

A 18 de março de 2020, foi pelo Presidente da República declarado o estado de emergência em Portugal, pela situação de calamidade pública originada pela pandemia. Neste sentido, foram impostas diversas medidas e suspenso o exercício de direitos, tais como, restrições à liberdade de circulação, de propriedade e iniciativa económica privada, de circulação internacional, de reunião e de

<sup>10</sup> C. WENHAM, J. SMITH & R. MORGAN. «COVID-19: the gendered impacts of the outbreak». *The Lancet*, Volume 395 ISSUE 10227, 2020, pp. 846-848. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30526-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30526-2), consultado a 20.10.2020

<sup>11</sup> HELOÍSA PERISTA *et al.* *Policy Brief – Os Usos do Tempo de Homens e de Mulheres em Portugal*. Lisboa: CESIS – Centro de Estudos para a Intervenção Social e CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, 2016, pp.59-62.

manifestação, de liberdade de culto (na sua dimensão coletiva) e de resistência. Em regra, aos cidadãos (que não se encontravam sujeitos ao dever especial de proteção), foi imposto um dever geral de recolhimento no domicílio.

«O direito português privilegia, desde 2008, a partilha das responsabilidades parentais entre pais divorciados ou separados (artigos 1906.º, 1911.º, n.º 2, e 1912.º, n.º 1, do código civil)». <sup>12</sup> «Em matéria de exercício das responsabilidades parentais, é relevante a circunstância de os pais viverem ou não juntos. Se viverem juntos, a titularidade do exercício cabe a ambos de modo indiferenciado. Se os progenitores não viverem juntos, a titularidade do exercício pode incumbir a ambos ou exclusivamente a um deles; quando haja então exercício em comum ou bilateral das responsabilidades, ou o filho reside apenas com um dos pais ou reside alternadamente com os dois. Considera-se que a situação é de residência alternada sempre que a repartição do tempo de convívio da criança com os pais se situar entre 33 e 50%. De outro modo, depara-se com residência única (em benefício do progenitor que dispuser de mais tempo com o filho)». <sup>13</sup> Desta forma, uma realidade que não pode ficar esquecida é a de muitas crianças portuguesas que vivem num regime de residência alternada ou de residência com um(a) progenitor(a) com visitas ao outro(a) progenitor(a). Nestes casos, a declaração do estado de emergência nacional não deve ter implicações nas relações familiares, sendo imperativo o cumprimento das responsabilidades parentais, conforme as mesmas estejam reguladas (por acordo entre os titulares das mesmas ou por determinação do tribunal competente). Ainda assim, a legislação que vigorou no período de exceção, não concretizava o modo de cumprimento das responsabilidades parentais. Porém, sendo o regime imperativo, não podem os pais deixar de cumprir as suas responsabilidades parentais com fundamento no estado de emergência decretado, mesmo que decretadas medidas pelo Governo, proibindo as deslocações (para as quais não existisse uma justificação perentória).

Não podemos, é certo, desconsiderar que no combate da epidemia, mostrou-se urgente adotar medidas essenciais e necessárias, para restringir determinados direitos, com o objetivo de salvar o bem maior que é a saúde pública e a vida. Não esquecendo que vivendo num Estado de direito democrático, o superior interesse da criança, deverá também ele prevalecer. Num Estado de direito democrático, as medidas adotadas têm de respeitar os limites consagrados

<sup>12</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO. «Direito da Família-20 e COVID-19». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, P. 361.

<sup>13</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO. «Residência alternada – Dois pais ou uma só casa?». *Revista de direito comercial*. Disponível em <http://www.revistadedireitocomercial.com>, de 21.09.2020, pp. 1633-1634, consultado a 10.11.2020

tanto no direito interno, como no direito internacional. Todos os direitos a que nos referimos têm fundamento na Constituição da República Portuguesa, mas também em tratados internacionais de direitos humanos, nomeadamente, os Pactos da ONU, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Carta Social Europeia, assim como na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sabemos que o legislador naturalmente procedeu a uma série de ponderações de direitos fundamentais que deram origem às soluções legislativas em causa, designadamente entre os direitos à vida e à saúde e o direito à liberdade, à autonomia e eventualmente aos direitos parentais. O legislador teve de fazer uma concordância prática entre todos esses direitos, uma vez que está obrigado a satisfazer todos, os quais colidem. O legislador tem, *prima facie*, competência para o efeito atribuída pela Constituição da República Portuguesa (artigo n.º 165/1/b da CRP), a qual é naturalmente também regulada pela mesma (por haver uma restrição, em especial pelo artigo n.º 18.º da CRP), estando impedido de restringir direitos fundamentais de modo excessivo (desproporcional). Além disso, está obrigado a fazê-lo porquanto dos direitos fundamentais decorrem deveres de proteção que impendem sobre o Estado, i.e., o Estado está jurídico-constitucionalmente obrigado a satisfazer os direitos fundamentais da mãe e filhos(as). A ponderação legislativa feita pelo legislador pode ser controlada *a posteriori* pelo Tribunal Constitucional, que tem competência jurisdicional para efeito. O Tribunal Constitucional, caso lhe seja requerida a apreciação da constitucionalidade das normas em causa, terá de avaliar a ponderação feita pelo legislador, ele próprio fazendo uma nova ponderação daqueles direitos fundamentais, a qual é regulada pela proporcionalidade. É no âmbito deste controlo da solução do legislador feito no contexto da aplicação do princípio da proporcionalidade e em especial do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que se aponta no sentido da prevalência do direito à vida, mas não anulando os direitos fundamentais da família e da criança. O legislador teve de conciliar todos os direitos, procurando uma solução protetora da saúde pública, mas que não violasse os direitos da família, permitindo o exercício das responsabilidades parentais. Recordando neste ponto, que a CEDH permite restrições em relação aos direitos da vida privada e familiar, desde que se respeite o princípio da legalidade, o princípio da proporcionalidade e que o seu objetivo seja legítimo (neste caso, a proteção da saúde pública). Não se crê que se deva desconectar os vários direitos, pois o direito à saúde está intimamente relacionado e dependente do respeito a outros direitos humanos, contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, incluindo os direitos à habitação, ao trabalho, à educação, à dignidade humana, à vida, à não-discriminação, à igualdade, à privacidade, à liberdade de associação, e assembleia e movimento. Esses e outros direitos e liberdades orientam elementos integrais do direito

à saúde.<sup>14</sup> Os Princípios de Siracusa,<sup>15</sup> adotados pelo Conselho Econômico e Social da ONU em 1984, e os comentários gerais do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre estado de emergência<sup>16</sup> e liberdade de movimento<sup>17</sup> fornecem orientações oficiais sobre as respostas governamentais que restringem direitos humanos por razões de saúde pública ou emergência nacional.

Desta forma, analisaremos em que medida foi possível o exercício das responsabilidades parentais, e se esse exercício foi realizado em igualdade entre géneros. Reforçando a ONU que as «declarações de emergência baseadas no surto do COVID-19 não devem ser usadas para discriminar grupos específicos, minorias ou indivíduos».<sup>18</sup>

Aprofundaremos duas questões das responsabilidades parentais, nomeadamente, a guarda dos menores e o regime de visitas, considerando as limitações impostas pelo confinamento, a necessidade de garantir assistência permanente às crianças, especialmente em situação de isolamento profilático ou cujas atividades letivas tenham sido suspensas.

### 2.1. *A guarda dos menores e o regime de visitas*

Antes de analisarmos cada ponto em questão, destaca-se a Convenção sobre os Direitos da Criança, que consagra princípios e direitos, tais como, o princí-

<sup>14</sup> CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Contained in Document E/C.12/2000/4). Disponível em <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>, consultado a 25.10.2020

<sup>15</sup> Siracusa principles. On the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights. American Association for the International Commission of Jurists. Disponível em <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf>, consultado a 25.10.2020

<sup>16</sup> CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency\* Adopted at the Seventy-second Session of the Human Rights Committee, on 31 August 2001 CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, General Comment No. 29. (General Comments), disponível em <https://www.refworld.org/docid/453883fd1f.html>, consultado a 25.10.2020

<sup>17</sup> CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement) Adopted at the Sixty-seventh session of the Human Rights Committee, on 2 November 1999 CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No. 27. (General Comments) (Contained in document CCPR/C/21/Rev.1/Add.9), disponível em <https://www.refworld.org/docid/45139c394.html>, consultado a 25.10.2020

<sup>18</sup> ONU. COVID-19: States should not abuse emergency measures to suppress human rights – UN experts. 16.3.2020. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25722>.

Consultado a 27.10.2020.

pio do superior interesse da criança (artigo 3.º), o direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento (artigo 6.º), o princípio da não separação dos pais (artigo 9.º), o princípio da responsabilização dos pais na educação e desenvolvimento da criança (artigo 18.º) e o direito ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social (artigo 27.º). A nossa Constituição da República também salvaguarda iguais direitos e princípios, como o princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quanto à manutenção e educação dos filhos (artigo 36.º, n.º 3), e o princípio da não separação entre pais e filhos (artigo 36.º, n.º 6). É com base nestes princípios e direitos que se devem estipular responsabilidades parentais, e face à pandemia, conceptualizar regimes de exceção que também salvaguardem as famílias e as suas dinâmicas. Tanto as situações de confinamento, como as limitações impostas de circulação, tem de acautelar os direitos e interesses das crianças, pessoas vulneráveis e das próprias famílias, respeitando o cumprimento de responsabilidades parentais.

Estes direitos e princípios, apresentam características de ordem pública, constituindo uma das bases nucleares da família. As responsabilidades parentais são funcionais, orientadas e delimitadas pelo interesse dos(as) filho(as), de exercício obrigatório, indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo suscetíveis de controlo judicial.<sup>19</sup> Quando regulado, o exercício das responsabilidades parentais, deve estar de acordo «com os interesses da criança»,<sup>20</sup> que dependem de uma relação próxima com os pais, da manutenção das relações afetivas e de um ambiente familiar estável e equilibrado. Para esta decisão, são analisados vários critérios dos pais, tais como, a capacidade de prestar cuidados, a estabilidade das relações ou as ligações de afeto. Desta forma, considerando a residência da criança de acordo com o artigo 1906.º, n.ºs 5 e 7, do Código Civil, «o tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro. Ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais, assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho. O tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e acei-

<sup>19</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO. *Direito da Família Contemporâneo*, Reimp. da 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, págs. 221–22. Artigos 1878.º, n.º 1, 1882.º, 1915.º do Código Civil.

<sup>20</sup> Cf. artigo 3.º, da Convenção sobre os Direitos da Criança; artigo 4.º, al. a), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e artigo 1906.º, n.os 1 e 7, do Código Civil.

tando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles».<sup>21</sup>

A guarda da criança pode ser confiada a um dos progenitores, ou aos dois progenitores (residência alternada). Além dos fatores relacionados com os pais, que já se referiram, em relação à criança será analisado as necessidades físicas e de saúde, idade, o seu desenvolvimento, a possibilidade de manter relações previamente estabelecidas, a sua adaptação ao ambiente social e familiar, e os efeitos de uma mudança de residência.

O superior interesse da criança deve ser respeitado, apesar de sujeitas ao regime do confinamento que foi imposto nos termos do artigo 3.º, n.º 1, als. a) e b), do Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de abril. O contexto epidemiológico trouxe os riscos inerentes ao contágio, com influência direta na guarda das crianças. Assim, no caso de um dos progenitores pertencer a um grupo de risco, pode ser acordado sobre qual dos progenitores recai o dever de recolhimento domiciliário, articulando como devem efetuar a entrega e recolha da criança, minorando as situações de contágio do progenitor mais vulnerável, não podendo este regime ser imposto por qualquer dos pais, mas sim ser definido por acordo. Em situações em que o progenitor se encontre afetado ou exista elevado grau de suspeita dessa possibilidade, pela salvaguarda da saúde do(a) menor, este(a) deverá permanecer com o outro progenitor ou terceiro, até que ocorra a recuperação total da doença ou seja afastada a suspeita de infeção.<sup>22</sup>

O perigo de contágio levantou uma questão relevante para as mulheres com exercício profissional de primeira linha e para os(as) filhos(as) que se encontram à sua guarda.<sup>23</sup> Alguns profissionais de saúde, neste período de pandemia, por estarem a trabalhar ou em quarentena, optaram por viver em casas ou quartos disponibilizados por hotéis ou alojamento local, evitando desta forma, o risco de contágio à família. Além destas decisões pessoais, as mulheres profissionais de saúde, com filhos(as) em idade escolar, foram diretamente afetadas pelo encerro das escolas e políticas de distanciamento social. No período de confinamento e maior incidência do surto, os profissionais de saúde trabalharam mais horas, sem interrupções e sob elevada pressão, aumentando a fadiga e a exaustão.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Cf. artigo 1906.º, n.º 5 a 7 do Código Civil

<sup>22</sup> Cf. artigo 1918.º do Código Civil

<sup>23</sup> «Gerou grandes problemas nos casos de progenitores doentes, em quarentena, ou exercendo profissões de risco para a saúde». MARGARIDA SILVA PEREIRA. «O impacto da Pandemia por COVID-19: Direito da Família, Direitos das Crianças e Direitos de Género. E a fragilidade do estatuto patrimonial dos cônjuges nas respostas». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, p. 469.

<sup>24</sup> JONATHAN SCHWARTZ, CHWAN-CHUEN KING E MUH-YONG YEN. «Protecting Health care Workers During the Corona virus Disease 2019 (COVID19) Outbreak: Lessons from Taiwan's Severe Acute Respiratory Syndrome Response». *Clinical Infectious Diseases*. *Ciaa* 255, 2020, pp.1-3.

Além da questão da guarda dos menores, levantam-se também questões sobre o regime de visitas. Neste sentido, a título de exemplo, um caso que foi noticiado<sup>25</sup> de uma enfermeira, divorciada com a guarda total dos seus filhos menores. Com a pandemia, o pai das crianças ficou em teletrabalho, ficando também responsável pelos menores nesse período de confinamento e agravamento da pandemia. Contudo, a solução que era transitória, tornou-se permanente, pois o progenitor impediu as visitas. Pela situação profissional, a mãe necessitava que os filhos ficassem com o pai, pelo que aceitou a imposição. Contudo, esta restrição aos direitos não pode ser aplicada de forma unilateral por um dos pais, salvaguardado pela CRP, que pelo no número 6 do artigo n.º 36 «os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumprem os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial».

O regime de visitas permite que a criança mantenha um contacto, tão próximo quanto possível, com o progenitor com quem não tem a sua residência habitual. Para o efeito, são definidas regras, nomeadamente, sobre horários, deslocações, entre outras, relativas aos contactos com a criança, nos vários dias acordados, por exemplo, aos fins-de-semana, nas férias escolares, nas épocas festivas, aniversários da criança, entre outros. Salvo estipulação em contrário, deverá existir uma igualdade no tempo passado com a criança por cada progenitor. «O direito de visita impõe a salvaguarda do interesse do próprio menor em manter com aquele progenitor, a quem não foi confiada a guarda, a relação de grande proximidade a que se alude, no nosso ordenamento jurídico, no artigo 1906.º, n.º 7 do Código Civil, possibilitando, na prática, por essa via, ao progenitor não guardião dos menores, que o conteúdo das responsabilidades parentais inserido nos artigos 1877.º e segs. do Código Civil alcance expressão real e faça todo o sentido. A aplicação de sanções por incumprimento do que tiver sido acordado ou decidido há-de depender da ponderação e análise dos factos concretos carreados e provados nos respectivos autos».<sup>26</sup> Contudo, tal como já se referiu, em especial no caso das profissionais de saúde pode ter ocorrido uma impossibilidade de cumprimento do dever imposto pelas responsabilidades parentais, durante o estado de emergência, motivada pelo trabalho ou saúde, mesmo que a título meramente preventivo. Ainda em relação ao caso noticiado, em circunstâncias excepcionais originadas pela pandemia, a existên-

<sup>25</sup> Notícia disponível em <https://www.sabado.pt/vida/detalhe/enfermeiras-proibidas-de-ver-os-filhos-pelos-ex-maridos>, consultado a 30.10.2020

<sup>26</sup> ACRL de 26-01-2017, do TRL, Proc. 776/12.2TMLS 8.ª Secção. Desembargadores: Ilídio Martins e Octávia Viegas. Sumário elaborado por Isabel Lima. Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur\\_mostra\\_doc.php?nid=5194&codarea=58&](http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?nid=5194&codarea=58&)

cia de uma recomendação clínica, fundamentada, pode conduzir à recusa de entrega da criança, ao progenitor que não consegue assegurar as condições de prevenção e de segurança, no nível da proteção exigido, a quem é especialmente vulnerável, neste caso, as crianças.

Impõe-se, desta forma, duas questões sobre as responsabilidades parentais das mulheres profissionais de saúde, por um lado as situações em que não lhes foi possível cumprir essas mesmas responsabilidades, por outro lado, as situações em que foram impedidas de as cumprir.

### 2.1.1. *Situações de «incumprimento» das responsabilidades parentais*

«O exercício do direito de visita por parte do progenitor não guardião funciona como um meio de este manifestar a sua afetividade pela criança, de ambos se conhecerem reciprocamente e partilharem os seus sentimentos de amizade, as suas emoções, ideias, esperanças e valores mais íntimos».<sup>27</sup> Tal como referido, além do regime de visitas existe a possibilidade do regime da residência alternada, com vista ao superior interesse da criança, salvaguardando os seus direitos e o relacionamento com os seus progenitores, os(as) irmãos(as), quando existam, e com os restantes familiares, nos termos conjugados do artigo 8.º da CEDH, artigos 9.º e 18.º da CDC, artigos 26.º, n.º 1 e 36.º, n.º 6 da CRP e artigos 1878.º, 1887.º-A e 1906.º, n.º 5 a 7 do CC. A lei procurará garantir que as responsabilidades parentais são efetivamente cumpridas, neste sentido, prevê o artigo 41.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro), que se um dos progenitores não cumprir com o regime das responsabilidades parentais, pode o outro(a) progenitor(a) requerer ao tribunal as diligências necessárias para o seu cumprimento coercivo e o pagamento de multa, sem prejuízo da condenação em indemnização a favor da criança, do(a) progenitor(a) requerente ou de ambos. Também no âmbito do procedimento criminal, o(a) progenitor(a) que viole de modo repetido e injustificado o regime estabelecido na regulação do exercício das responsabilidades parentais, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias (artigo 249.º do Código Penal). Mesmo em situações não pandémicas, a lei prevê restrições ao exercício das responsabilidades parentais quando o superior interesse da criança o exija. Este interesse deve sempre prevalecer ao regime de guarda estabelecido ou ao regime de visitas. Importa, desta forma, determinar se existe incumprimento, nos casos de obrigação de distanciamento social ou

<sup>27</sup> MARIA CLARA SOTTOMAYOR. *Exercício conjunto das responsabilidades parentais: igualdade ou retorno ao patriarcado?*. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 106.

confinamento, mas também nas situações em que se trate de um(a) progenitor(a) profissional de saúde que represente um risco acrescido de contágio aos menores.

Em pandemia, a suspensão do regime de residência alternada ou de visitas, aplicar-se-á em situações em que o(a) progenitor(a) ou alguém do seu agregado familiar padece de COVID-19 ou se encontra em quarentena determinada por uma autoridade de saúde competente. No caso de um dos progenitores exercer uma profissão de risco acrescido, como profissional de saúde, pode também ponderar-se se deverá manter o regime ou suspendê-lo temporariamente. Nos termos do artigo 1918.º do Código Civil, pode ser imposto uma providência de suspensão das responsabilidades parentais, ficando o menor com o(a) progenitor(a) ou terceiro, que garanta as condições de saúde necessárias. Nos casos em que não existe acordo em relação à suspensão, do regime de residência alternada ou visitas, caberá ao tribunal a decisão, ponderando todas as circunstâncias relativas a cada um dos progenitores e à necessidade de proteção da criança, mas também da rede de apoio e suporte da mesma. Nestes casos, a decisão é tomada no sentido da suspensão, quando se verifica um perigo para a saúde da criança, nos termos do artigo 1918.º do Código Civil.

Apesar de serem questões recentes e não antes vividas, tratando-se de situações em que haja risco de contágio, deverá existir uma suspensão temporária do regime de residência alternada ou de visitas ao outro progenitor, não representando tal suspensão um incumprimento. Salienta Margarida Silva Pereira que «as situações do afastamento voluntário e ditado por razões atendíveis não geraram por si, como não geram em regra, problemas específicos nem conflitos». <sup>28</sup> Neste mesmo sentido, Magda Fernandes e Irene Teixeira de Oliveira referem que a «necessidade de estar ausente, longe da família e, em certos casos, dos filhos menores a quem são devidos cuidados no âmbito do exercício das responsabilidades parentais, jamais poderá ser enquadrada como um incumprimento dos deveres advenientes do regime de responsabilidades parentais acordado ou estabelecido». <sup>29</sup>

<sup>28</sup> MARGARIDA SILVA PEREIRA. «O impacto da Pandemia por COVID-19: Direito da Família, Direitos das Crianças e Direitos de Género. E a fragilidade do estatuto patrimonial dos cônjuges nas respostas». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, p. 469

<sup>29</sup> Magda Fernandes e Irene Teixeira de Oliveira. «Tendências jurisprudenciais e atuais da guarda partilhada...». *Revista Julgar*, n.º17, novembro de 2020, p.18

Disponível em:

file:///C:/Users/UTILIZ~1/AppData/Local/Temp/20201120-JULGAR-Tend%C3%AAscias-atuais-da-Guarda-Partilhada-em-Portugal-Magda-FeTend%C3%AAscias-atuais-da-Guarda-Partilhada-em-Portugal-Magda-Fernandes-e-Irene-T-Oliveira.pdf

A título de exemplo, de forma a retratar soluções aplicáveis a esta questão, no Brasil, em decisão liminar, o desembargador da 8.<sup>a</sup> Turma Cível do TJDFT determinou a suspensão temporária do regime de visitas de um pai à filha, durante o período de isolamento social determinado pelo Governo do Distrito Federal. O pedido para suspender a visitação foi feito pelo próprio pai, que o solicitou por viver com seus progenitores idosos e pertencentes a um grupo de risco, sendo que as deslocações poderiam representar uma via de contágio, colocando a vida dele e dos seus familiares em risco.<sup>30</sup>

A este respeito, importa determinar o conceito de «situações de risco de contágio». Durante a pandemia, os vários especialistas têm procurado determinar que situações ou comportamentos representavam maior ou menor risco de contágio, e de que forma determinados contactos seriam considerados de risco. A resposta não é até à data totalmente determinável. Ainda assim, se os progenitores estiverem de mútuo acordo quanto às questões da situação atual e em relação às responsabilidades parentais, atuam no sentido de uma maior flexibilização e cedências mútuas. Contudo, os profissionais de saúde representam uma das profissões de risco acrescido de contágio,<sup>31</sup> podendo e devendo em alguns casos, ponderar a suspensão temporária do cumprimento do regime de regulação das responsabilidades parentais. Nestes casos, quando existe acordo, podem ser estipuladas outras vias de manutenção dos contactos e da relação, por telefone, videochamadas, reuniões on-line, partilha de fotografias, etc.

Salienta-se, por fim, que apesar de não se considerar esta suspensão um incumprimento das responsabilidades parentais, não pode a pandemia e os seus riscos servirem de meios, injustificados, para desprezar o cumprimento das responsabilidades parentais, nem para impedir o contacto das crianças com o outro(a) progenitor(a).<sup>32</sup> Esta deve ser uma solução temporária, que visa salvarguardar o superior interesse da criança, quando, no caso, um dos progenitores exerce uma profissão de risco na área da saúde, exercendo uma «parentalidade

<sup>30</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, desembargador da 8.<sup>a</sup> Turma Cível do TJDFT, 4. De 2020. Disponível para consulta em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/abril/coronavirus-desembargador-suspende-temporariamente-visitas-de-pai-a-filha-menor-de-idade>, consultado a 02.11.2020

<sup>31</sup> Dados disponíveis em <https://www.dgs.pt/saude-ocupacional/documentos-diversos/gestao-dos-riscos-profissionais-nos-estabelecimentos-de-saude-pdf.aspx>, consultado a 02.11.2020

<sup>32</sup> A este respeito JORGE DUARTE PINHEIRO salienta que a «epidemia pudesse ter sido um *bom pretexto* para o progenitor que se encontrasse com a criança no momento em que foi decretado o estado de emergência obstar à partilha das responsabilidades parentais, recusando-se a deixar o filho ir para a casa do outro progenitor, na data acordada ou fixada na sentença». JORGE DUARTE PINHEIRO. «Direito da Família-20 e covid-19». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, P. 362

que se quer consciente e responsável no superior interesse altruístico e funcional da criança nos termos do artigo 1878.º, 1882.º e 1887-A do CC». <sup>33</sup>

Os profissionais da linha da frente, como os profissionais de saúde, «encontrando-se numa posição especialmente vulnerável e de elevado risco de contágio pela actividade profissional de exercício essencial quando se trata de salvar vidas. Estas pessoas têm família e vivendo juntos ou separados muitos têm-se privado voluntariamente dos convívios com os familiares e filhos com vista a preservá-los do risco de contágio. Outros não têm assumido essa posição, mas nem por isso deixará o seu desejo e intenção de manutenção de convivência ser legítimo, assim o determinou o Decreto-Lei n.º 2-A/2020, ao assegurar precisamente a convivência familiar no seu artigo 5.º, alínea j)». <sup>34</sup>

### 2.1.2. *Situações de impedimento do cumprimento das responsabilidades parentais*

Apesar dos reconhecidos riscos acrescidos, os profissionais de saúde mantiveram o seu direito e a sua intenção legítima de manter o seu convívio familiar e o cumprimento das suas responsabilidades parentais. «Será do superior interesse da criança e no respeito da tutela integral da sua infância a salvaguarda da sua vida e integridade física, como também o será a convivência familiar. Porém, se ambas colidirem importa ponderar casuisticamente atentas as especificidades concretas de cada situação onde deverá ser privilegiado o superior interesse da criança, se em assegurar em mais a convivência familiar, se assegurar com imposição de outras medidas ou, se suprimir em detrimento da salvaguarda da vida e integridade física da criança em determinado momento e perante concretas circunstâncias que validamente o justifiquem». <sup>35</sup>

Como vimos, anteriormente, estas situações carecem de uma ponderação de direitos constitucionais. De acordo com Reis Novais, «o conflito de bens constitucionais deve ser resolvido não em função da prevalência do interesse imediato de liberdade, mas em função da solução mais correta. Ora, numa ordem constitucional orientada à promoção dos direitos fundamentais como é a ordem jurídica de Estado de direito, a solução constitucionalmente mais correta não é necessariamente a que dê sempre prevalência ao interesse pontual ou parcelar». <sup>36</sup>

<sup>33</sup> SANDRA INÊS FEITOR. «A convivência familiar em tempos de COVID-19e a necessária ponderação jurídica». *Julgar*, abril, 2020, p. 4.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> JORGE REIS NOVAIS. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra editora: Coimbra, 2011, p. 55

Note-se, que neste ponto, estamos a analisar casos em que o(a) progenitor(a) foi impedido de cumprir as suas responsabilidades parentais, de guarda ou visitas, pelo outro(a) progenitor(a), devido ao risco acrescido de contágio, pelo exercício da sua profissão. Importa determinar se a ponderação entre direitos constitucionalmente consagrados salvaguarda o direito à saúde, e em que circunstâncias se determina, que pela salvaguarda desse direito, outros ficam suspensos. Pela alínea j) do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 2-A/2020, em regra, não existindo risco de contágio, impõe-se o dever aos progenitores de respeitarem o regime das responsabilidades parentais vigente. Contudo, no caso dos profissionais de saúde, que estão em permanente risco de contágio, deverão ser (no sentido da prevalência do superior interesse das crianças), ponderados os direitos fundamentais, protegendo o direito à vida e integridade física da criança, por um eventual contágio. Nestes casos, existe uma colisão entre o direito à convivência familiar e o direito à vida, prevalecendo este último baseado num juízo de bom senso e ponderação dos próprios progenitores, o que não ocorrendo leva à apreciação por parte do tribunal.<sup>37</sup> Nestes casos agora mencionados, não estamos na situação anterior em que o(a) próprio(a) progenitor(a) profissional de saúde solicita a suspensão das responsabilidades parentais pelo reconhecimento que tem do risco de contágio. Neste ponto, estamos a considerar apenas os casos em que existe um pedido de suspensão por parte do outro(a) progenitor(a) (um pedido de suspensão unilateral), não existindo reconhecimento do(a) progenitor(a) profissional de saúde do risco de contágio que representa, apresentando por exemplo, sugestões de medidas de segurança, soluções de diminuição do risco, entre outras, que possam minimizar o risco previamente existente, ou simplesmente recusando a existência de perigo para as crianças. Nestas situações, existindo desacordo entre os progenitores, dará origem a um incidente de incumprimento, que caberá ao tribunal analisar e decidir, se estão verificados os pressupostos para tal suspensão. Salienta-se neste sentido que, os casos devem ser analisados em concreto, pelas suas especificidades, ainda que nos parece que não será exigível, face ao contexto pandémico o rigoroso e imperativo cumprimento das responsabilidades parentais, no que concerne à guarda e ao regime de visitas, sendo necessária uma ponderação efetiva entre os direitos fundamentais em colisão (o direito à vida e integridade física e saúde, e a convivência familiar), devendo o julgador decidir em função do superior interesse da criança, analisando concretamente o risco e medidas possíveis para minimizar ou eliminar esse mesmo risco. Em regra, o cumprimento das responsabilidades parentais deve permanecer, procurando-se formas das mesmas se realizarem em segurança, só perante essa impossibilidade, pelo fator de risco de contágio que

<sup>37</sup> Neste mesmo sentido, SANDRA INÊS FEITOR. «A convivência familiar em tempos de COVID-19e a necessária ponderação jurídica». *Julgar*, abril, 2020, p. 16.

aquele(a) progenitor(a) representa para as crianças, é que deve o tribunal considerar pela suspensão do regime. A este respeito, importa referir a posição de Magda Fernandes e Irene Teixeira de Oliveira, que salientam que «é certo que criar dificuldades na entrega do menor ao progenitor que estaria responsável por este, durante um determinado período de tempo, pode consubstanciar, em abstrato, um incumprimento do regime de responsabilidades parentais e, até mesmo, em alguns casos, a prática de um crime de subtração de menor nos termos do artigo 249.º, n.º 1, alínea c), do Código Penal. Todavia, tal não se verificará quando existir uma justificação, dado que um dos elementos desse tipo de crime é que este comportamento seja “injustificado” e, neste caso, podemos ter uma justificação objetiva que, não só impeça a imputação deste tipo criminal, como, até mais frequentemente, legitime um incumprimento do regime de responsabilidades parentais em vigor. No entanto, considera-se que esta não deverá ser a regra. Ou seja, não devem os progenitores invocar a situação de pandemia para obstar ao regular cumprimento das responsabilidades parentais tal como estava em vigor até à data. Alguma invocação contrária ao cumprimento do mesmo deve ser apresentada, de forma justificada e fundamentada, ao outro progenitor, de modo objetivo (isto é, se existirem de facto razões objetivas que o imponham, como uma profissão de maior risco, um contacto direto com alguém diagnosticado ou a existência de sintomas)».<sup>38</sup>

Ainda que a guarda ou o regime de visitas seja suspenso, o convívio entre a família não deve ser, tal como nos casos referidos no ponto anterior, deve ser privilegiada a comunicação à distância, pelo telefone, videochamada, sistemas de reunião à distância, entre outros. A suspensão deve ser retirada assim que a situação de perigo já não se verifique, não se tornando esta definitiva.

### **3. As «mães ausentes» – uma análise transversal**

Ainda que se mantenham os contactos frequentes, haverá ainda assim uma mãe ausente de presença física, de um cuidado próximo, de aconchego, entre outros gestos de cuidar e de relação que se esperam e se identificam em relação às mães. Esta será uma «mãe ausente». Juridicamente, pela decisão em acordo

<sup>38</sup> Magda Fernandes e Irene Teixeira de Oliveira. «Tendências jurisprudenciais e atuais da guarda partilhada...». *Revista Julgar*, n.º17, novembro de 2020, p.19-20

Disponível em:

file:///C:/Users/UTILIZ~1/AppData/Local/Temp/20201120-JULGAR-Tend%C3%AAs-atuais-da-Guarda-Partilhada-em-Portugal-Magda-FeTend%C3%AAs-atuais-da-Guarda-Partilhada-em-Portugal-Magda-Fernandes-e-Irene-T-Oliveira.pdf

com o outro(a) progenitor(a) ou pela decisão do tribunal, esta mãe apenas se encontra numa situação de suspensão das suas responsabilidades parentais, salvaguardando a saúde, a vida e a integridade física dos(as) filhos(as). Ainda assim, a sociedade a verá como uma «mãe ausente», e esta visão continua a estar presente na sociedade, em relação a uma mãe profissional que se ausenta da permanência com as crianças, mas não em relação ao pai profissional. O intuito do capítulo não é o aprofundamento das questões psicológicas relacionadas com a ausência materna durante um período da infância, mas compreender a manutenção deste entendimento de «mãe ausente» que ainda perdura na sociedade e de que forma influencia o direito da igualdade, nomeadamente, das mães profissionais de saúde ou outras. A monoparentalidade feminina, é socialmente mais aceite e também mais comum. Nas famílias monoparentais, encontramos um maior número de famílias formadas por mães e filhos(as), por motivos de divórcio, por terem sido mães solteiras ou viúvas.<sup>39</sup> Em regra, não era uma opção das mulheres criarem os «seus filhos sozinhas, eram, na verdade, abandonadas pelos seus maridos ou, após a morte destes, ficavam sós com a prole».<sup>40</sup> Esta construção familiar, ainda que afastada da tradicional, era mais aceite pelo entendimento social, que considerava que as mulheres se realizavam inteiramente pela maternidade.

Badinter, nos seus estudos, propôs desmontar a existência de um pensamento histórico, social e cultural, que idealizou a mulher numa realização plena na maternidade. A autora questiona o que chama de «ideologia maternalista» e o desejo feminino de «ser mãe», procurando demonstrar que se trata de um mito.<sup>41</sup> A maternidade é uma construção simbólica, influenciada por momentos e acontecimentos históricos, sociais, económicos e políticos.<sup>42</sup> A partir do século XX, as crianças são associadas ao lado familiar interior, feminino e denso em afetos.<sup>43</sup> Não é exetável, neste sentido, que uma mulher opte pela carreira profissional em detrimento dos(as) filhos(as). O conceito de família, infância e maternidade, estão interligados na história.<sup>44</sup> Não é objeto de estudo deste artigo aprofundar as questões do mito do amor materno na história, e as suas causas, sociais, políticas, entre outras. Procurámos, neste capítulo final, demons-

<sup>39</sup> LÍVIA KARLA BALIANA. *Monoparentalidade feminina e seus desafios: um estudo exploratório*. Dissertação para obtenção de grau de Mestre em Política Social, Universidade de Lisboa, 2013, p.18.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>41</sup> ELISABETH BADINTER. *O conflito: a mulher e a mãe*. Rio de Janeiro: Record, 2011, pp.260-264.

<sup>42</sup> PHILIPPE ARIÈS. *História social da Criança e da família*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, pp. 195-197.

<sup>43</sup> JOSÉ MATTOSO. *História da Vida Privada em Portugal - Volume 4. Os Nossos Dias*. Lisboa: Círculo de Leitores e Temas e debates, 2011, pp. 140- 144.

<sup>44</sup> PHILIPPE ARIÈS. *História social da Criança e da família*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, pp. 195-197.

trar que a pandemia representou uma situação complicada para todas as famílias, em especial, para aquelas cujos progenitores se encontravam na linha da frente do combate ao vírus, mas que no caso das mulheres, teve um peso ainda maior. As mulheres profissionais de saúde, em alguns casos, suspenderam as suas responsabilidades parentais, de guarda e visitas, ficando afastadas do seu papel materno. Este afastamento tem um impacto superior no caso das mulheres, em relação aos homens, existindo de facto, este entendimento social que interliga as mulheres e a maternidade, numa fusão quase perfeita, não lhes encontrando outro papel senão esse. É uma obrigação «natural» das mulheres, a que Badinter se referiu como «uma longa lista de deveres a que nenhuma mãe deveria se furtrar. Prova sem dúvida de que a natureza precisava ser solidamente respaldada pela moral! [...]». As mulheres sentiam-se na obrigação de serem mães, sem o desejarem realmente.<sup>45</sup> Acrescentando ainda a autora que, «o sentimento pode existir ou não existir; ser e desaparecer. Mostrar-se forte ou frágil. Preferir um filho ou entregar-se a todos. Tudo depende da mãe, de sua história e da História. O amor materno não é inerente às mulheres»<sup>46</sup>. Contudo, mesmo que a mulher tenha o desejo da maternidade, pretenda exercer as suas responsabilidades parentais de forma plena, pode deparar-se com uma situação profissional que a impeça temporariamente de exercer as suas responsabilidades parentais de guarda e visita, o que não a torna, de forma automática, numa «mãe ausente» ou numa «má mãe».

Contudo, não podemos eliminar o facto de que, até 1975 não vivíamos num estado democrático. No Portugal do Estado Novo, «a mulher existia para ser a mãe extremosa, a esposa dedicada, uma verdadeira fada do lar. Desde pequena que era treinada para ser assim, submissa ao poder patriarcal do pai, do irmão e, mais tarde, do marido».<sup>47</sup> No Código Civil de 1966, o marido era entendido como o chefe de família,<sup>48</sup> administrador dos bens do casal incluindo, os próprios da mulher<sup>49</sup> e a mulher reservada ao «governo domés-

<sup>45</sup> ELISABETH BADINTER. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, pp. 269.

<sup>46</sup> *Idem*, p.367.

<sup>47</sup> Para mais sobre este assunto, consultar FILIPE PINTO, DAVID ARAÚJO e SÉRGIO TOMÁS. Desigualdades entre os homens e as mulheres antes do 25 de Abril na Reportagem RTP, disponível em <http://ensina.rtp.pt/artigo/o-ideal-feminino-do-estado-novo/>

<sup>48</sup> Cf. o artigo 1674.º, Código Civil de 1966. PORTUGAL decretos (1966) -DL n.º 47344/66, de 25 de novembro: Código Civil [Em linha] Lisboa. PGDL [Consultado a 3 de outubro de 2020]. Disponível em WWW:<URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis)>

<sup>49</sup> Cf. o artigo 1678.º, Código Civil 1966

tico». <sup>50</sup> No que concerne às tarefas dentro do agregado familiar e profissionais até 1975, Portugal tinha quase 70% de donas de casa, entre os 20 e os 54 anos, enquanto os dados recentes indicam que a taxa de emprego feminina regista um valor de 62,3%, mas ainda inferior aos 68,7% registados pelo sexo masculino. Em relação à realização das tarefas doméstica, o mesmo estudo indica que as mulheres dedicam quinze horas por semana às lides domésticas, enquanto os homens gastam dez horas. <sup>51</sup> Ainda que atualmente as mulheres tenham uma atividade profissional, continua a existir distinção nas funções e na remuneração comparativamente aos homens. Entre 2011 e 2013, o número de mulheres a desempenhar cargos de gestão era de 32,9% e de 27,8%, respetivamente. <sup>52</sup> Estes são dados apresentados até 2018, mas recentemente foram divulgados dados da Agência das Nações Unidas para a Igualdade de Género e o Empoderamento das Mulheres, também conhecida como ONU Mulheres, baseado em dados relativos a 38 países, que revelou que, de modo geral, o volume das tarefas domésticas intensificou-se ainda mais na pandemia. <sup>53</sup> Neste estudo, 60% das mulheres afirmaram que o tempo que dedicam ao trabalho doméstico aumentou durante a pandemia. Nos cuidados às crianças que englobam funções como a educação, alimentação e lazer, as mulheres durante a pandemia, despenderam 31 horas por semana nestas atividades, quase o mesmo tempo que necessitam despendem em horas de trabalho profissional semanalmente. <sup>54</sup>

A evolução das mulheres na sociedade foi ocorrendo de forma lenta e enfrentando resistências várias, mantendo-se ainda, uma imagem social que relaciona a mulher à maternidade e às tarefas do lar. A pandemia veio agravar a desigualdade já existente, através da sobrecarga das mulheres nos seus diversos papéis, profissionais, maternidade e cuidados a prestar à família e à habitação. A respeito da dificuldade de conciliação dos vários papéis, refere Margarida Silva Pereira que «a luta afirmativa das mulheres por um perfil de cidadania activa, justa e essencial, tem inerente uma agressividade cujo preço a vida familiar pagará». <sup>55</sup> Salientando-se «a importância da família em que cada mulher, médica ou enfermeira, se insere, e a sua capacidade de resposta na ajuda ao cuidado das crianças é muito importante no modo como é psicologicamente

<sup>50</sup> Cf. o artigo 1677.º, Código Civil 1966

<sup>51</sup> Estudo da Global Home Index, disponível em <http://www.globalhomeindex.org/eng/index.html>

<sup>52</sup> Estudo realizado pela Informa Dun & Bradstreet, intitulado A Presença feminina nas empresas em Portugal, março 2018.

<sup>53</sup> Onu Women. *Whose time to care: Unpaid care and domestic work during COVID-19*. Estudo disponível para consulta em <https://data.unwomen.org/publications/whose-time-care-unpaid-care-and-domestic-work-during-covid-19>, consultado a 25 de Novembro de 2020.

<sup>54</sup> *Idem*

<sup>55</sup> MARGARIDA SILVA PEREIRA. *O Direito da Família*, 3.º ed. Revista e Atualizada. AFFDL, pp. 190-191.

e financeiramente onerada pelo trabalho que lhe acresceu». <sup>56</sup> Importa que se reconheça a situação em concreto e as suas consequências para que se possam tomar medidas de prevenção ao agravamento da desigualdade.

## **Conclusões**

Em síntese, realça-se as principais conclusões que se podem extrair, assim como as limitações do tema. A pandemia é atualmente alvo de maiores preocupações em Portugal, que se encontra longe de alcançar o controlo do surto. Esta pandemia tem particularidades, nomeadamente no que concerne ao exercício de direitos (tal como exposto ao longo do trabalho), em particular no caso das mulheres profissionais de saúde e mães.

Em conclusão a este trabalho, partiremos das considerações atuais aplicáveis em Portugal, em relação ao estado pandémico e formularemos as ilações relativas à situação, adotando uma posição crítica de forma a encontrar alternativas possíveis.

O Estado Português procura dar uma resposta adequada a um problema que se revela especialmente de saúde pública, mas também social, económico e político. As medidas decretadas visam o controlo pandémico, contudo, a situação suscita uma ponderação de direitos que se encontram em colisão, tendo o Estado o dever de os assegurar, garantindo que a suspensão não se torna definitiva, e que será na medida do estritamente necessário. A gestão dos papéis sociais, profissionais e familiares revela-se particularmente difícil no caso das mulheres, mães e profissionais, quando se torna necessário o confinamento total e geral da população, tal como ocorreu nos meses de março e abril deste ano. A conciliação dos vários papéis revelou-se uma sobrecarga adicional para as mulheres nesta fase. Salientamos em especial o caso das mulheres profissionais de saúde, que se encontram na linha da frente ao combate ao vírus, correndo um risco acrescido de contágio e com um aumento do volume de trabalho, muitas vezes incompatível com o exercício das responsabilidades parentais. Durante o confinamento total, o encerramento das escolas, das estruturas de apoio à família, entre outras estruturas e serviços, exigiram a conciliação do teletrabalho, aprendizagens escolares e a assistência permanente às crianças, o que se revelou praticamente impossível para os pais profissionais de saúde. Em especial, no caso das mães profissionais de saúde tema sobre o qual nos debruça-

<sup>56</sup> MARGARIDA SILVA PEREIRA. «O impacto da Pandemia por COVID-19: Direito da Família, Direitos das Crianças e Direitos de Género. E a fragilidade do estatuto patrimonial dos cônjuges nas respostas». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, p. 476.

mos, pela necessidade de exercer a sua profissão de forma muito mais intensiva e exigente, os horários foram alterados, muitas optaram por permanecer em quartos ou residências afastadas da família evitando o contágio, suspendendo o exercício das suas responsabilidades parentais. É sobre este último aspeto que refletimos. O cumprimento das responsabilidades parentais, pode ter sido, a pedido da mãe, suspenso durante o período de maior exigência da sua atividade profissional ou maior risco de contágio, assim como pode ter ocorrido um pedido unilateral de suspensão do mesmo, por parte do outro progenitor. Em nenhum dos casos pode a suspensão se tornar definitiva, durando apenas enquanto existir um risco acrescido para as crianças. No caso em que a própria mãe solicita a suspensão das responsabilidades, a mesma deverá fundamentar o pedido com base na necessidade expressa do seu exercício profissional como resposta à pandemia ou como prevenção do risco de contágio às crianças. Em todo o caso, por acordo dos pais ou por decisão do tribunal, perante a fundamentação justificada pela pandemia, não estará a mãe em incumprimento das suas responsabilidades parentais. Por outro lado, pode o outro progenitor solicitar de forma unilateral a suspensão das responsabilidades parentais da mãe em caso de risco acrescido de contágio. Nesta situação, pode existir igualmente acordo de ambos ou carecer de uma decisão do tribunal, que deve fundamentar a suspensão das responsabilidades parentais da mãe profissional de saúde no período de maior risco de contágio, apenas quando se revele estritamente necessário. Assim que for possível garantir a segurança das crianças, a suspensão deverá ser retirada.

Vivemos tempos excecionais, que requereram medidas excecionais, mas não podemos esquecer a vivência num Estado de direito democrático. O superior interesse da criança deve ser ponderado, na análise das decisões sobre as deslocações das crianças, a exposição ou a especial situação de vulnerabilidade, a condição de saúde, as distâncias geográficas e os riscos, no quais se inclui o risco de contágio. O mesmo deverá ser considerado na decisão de suspender o regime de responsabilidade parentais.

Salienta-se o impacto destas decisões para as crianças, para a família e para as mães. As mulheres continuam, atualmente, do ponto de vista social a assumir primordialmente o papel de mães, mais do que donas de casa, que tem vindo a ser ultrapassado desde a entrada das mulheres no mercado de trabalho. Apesar de terem, muitas delas, uma carreira profissional, e no caso deste artigo na área da saúde, continuam a ser vistas como mães, devendo estar totalmente disponíveis para esse papel. Quando as mulheres necessitam de exercer a sua atividade profissional, mesmo que por motivos de saúde pública, o papel da maternidade continua a ser-lhes associado, e não só pela sociedade, como muitas das próprias

se sentem ausentes ou irresponsáveis perante a impossibilidade de cumprimento das responsabilidades parentais.

A pandemia veio trazer novos desafios e demonstrar a existência de velhos problemas no que concerne às questões de igualdade. Importa que esta área não seja mais umas das consequências negativas do surto. As famílias devem sair reforçadas deste problema mundial e as mulheres carecem de ser vistas como profissionais, em várias áreas e especialmente agora, na área da saúde, onde são importantes e agentes da frente do combate, decisivas na resolução pandémica. Apesar deste seu papel social e profissional, não estão a incumprir nas suas responsabilidades parentais quando não conseguem o cumprimento total e solicitam ajuda nesse sentido. As mães carecem de uma ajuda reforçada neste momento, o que nos conduz ao último ponto que gostávamos de abordar. As mulheres e as famílias no geral necessitam de uma maior estrutura de apoio e suporte. As mulheres entraram no mercado de trabalho, mas mantém as suas tarefas familiares e da casa, sem suporte ou estruturas de apoio alargadas, que vão além de apoios familiares, as mulheres enfrentaram dificuldades acrescidas no exercício dos seus direitos e na igualdade que se pretende. As medidas nesta fase devem, sem dúvida, ter como foco o controlo do surto, mas não podemos esquecer que as mulheres são profissionais essenciais também nesta luta e que necessitam de apoio para exercer os seus papéis. A própria estrutura familiar sofreu alterações ao longo dos anos, muitos(as) avós(ôs) ainda são ativos(as) profissionalmente, muitas famílias vivem longe da sua terra natal, entre outros fatores, o que carece de um olhar atento por parte das decisões políticas, criando estruturas de apoio.

Termina-se com uma sugestão de estudo aprofundado sobre o impacto da pandemia nas responsabilidades parentais, em especial, com enfoque nas alterações que os papéis das mulheres sofreram ou de que forma se intensificaram com o confinamento. A nosso ver esse estudo deverá ser multidisciplinar, identificando soluções concretas, que devem também passar pela análise da adequação da lei a estas situações excecionais, mas ir mais longe, determinando que tipo de estruturas e apoios deviam ser pensados, assim como, de que forma seriam determinantes para a igualdade de género. Não temos ainda dados concretos sobre este período, contudo, a análise deverá ser constante e os dados disponíveis analisados, para que num futuro próximo possamos ter os elementos necessários para encontrar soluções para os novos problemas que surgiram em matéria de igualdade, não permitindo que a desigualdade se intensifique.



# JURISPRUDÊNCIA ANOTADA



# *Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional número 424/2020 de 31 de julho de 2020\**

TERESA SOUSA NUNES\*\*

SUMÁRIO: 1 – *Breve contextualização*; 2 – *Julgamento do Tribunal Constitucional*: 2.1. – *Delimitação do objeto do recurso*; 2.2. – *Enquadramento normativo*; 2.3. – *Aplicação do recurso*; 3 – *Comentário*.

## **1. Breve contextualização\*\*\***

No dia 16 de maio de 2020, o Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada considerou fundada a petição de *Habeas Corpus* requerida por um passageiro a quem tinha sido imposto confinamento obrigatório, por catorze dias, em unidade hoteleira, após desembarque no Aeroporto de São Miguel a 10 de maio de 2020. O tribunal recusou a aplicação, por inconstitucionalidade, – em concreto por entender terem sido desrespeitados os *artigos 1.º, 13.º, 18.º, 20.º, 27.º, 165.º, número 1, alínea b), 223.º, número 3, 227.º, número 1 e 228.º da Constituição* –, das normas nos termos das quais tal medida tinha sido determinada,

\* Acórdão do Tribunal Constitucional número 424/2020, processo número 403/2020, 1.ª secção, relatado pelo Juiz Conselheiro José António Teles Pereira, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

\*\* Teresa Sousa Nunes licenciou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, em 2020, onde frequenta atualmente o mestrado forense, enquanto prepara a sua admissão na Ordem dos Advogados.

\*\*\* Esta anotação corresponde a uma adaptação de um trabalho realizado no âmbito da cadeira de Recursos de Constitucionalidade e Justiça Constitucional, leccionada pelo Professor Doutor Jorge Miranda na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, no primeiro semestre escolar de 2020.

isto é, dos artigos 9.º, 10.º 11.º e 12.º do Decreto Legislativo Regional número 26/2019, de 22 de novembro, e dos pontos 3, alínea e), e 11 da Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, na parte em que remete para a Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020.

O presidente do governo regional dos Açores reagiu, em conferência de imprensa, à decisão do tribunal, caracterizando-a como *«errada e perigosa para a saúde e, potencialmente, para a vida dos passageiros que chegam aos Açores, para a saúde e, potencialmente, para a vida das suas famílias e daqueles que com eles contactem, para a saúde e, potencialmente, para a vida de todos os Açorianos, em especial os de São Miguel e da Terceira»*.<sup>1</sup>

Na sequência da decisão proferida, o Ministério Público, ao abrigo do artigo 70.º, número 1, alínea a) da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, interpôs o devido recurso obrigatório de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional, tendo como objeto as normas desaplicadas pelo tribunal *a quo*. Deste recurso resultou o Acórdão do Tribunal Constitucional número 424/2020 sobre o qual nos debruçamos.

## 2. Julgamento da 1.ª secção do Tribunal Constitucional

### 2.1. *Delimitação do objeto do recurso*

O Tribunal Constitucional veio, desde logo, esclarecer que o recurso não poderia ter como objeto as normas contidas nos artigos 9.º a 12.º do Decreto Legislativo Regional n.º 26/2019 – Regime Jurídico do Sistema de Proteção Civil da Região Autónoma dos Açores, – visto que *«[o] Tribunal de Instrução Criminal não censurou diretamente e em geral, no plano jurídico-constitucional, os poderes das autoridades regionais no âmbito da declaração de contingência e da declaração de calamidade pública regional»*.

Pelas mesmas razões, *mutatis mutandis*, concluiu-se que o objeto da apreciação que lhe incumbia não abrangia as normas contidas nos pontos 5 e 6 da Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020, de 27 de março, pois que *«[s]endo respeitantes à contratação pública e à despesa, apesar de verem a sua aplicabilidade necessariamente prejudicada pelo afastamento das normas contidas nos pontos precedentes, elas não foram, rigorosamente, atingidas pelo juízo de censura jurídico-constitucional afirmado na decisão recorrida.»*

<sup>1</sup> Cfr. Notícia publicada no site do Governo regional dos Açores a 16 de maio de 2020, *Conferência de Imprensa do Presidente do Governo Regional dos Açores*, disponível em <https://destinoseguro.azores.gov.pt/?p=5214>.

Por estes motivos o Tribunal considerou constituírem objeto do recurso de constitucionalidade apenas as normas contidas nos pontos 1 a 4 e 7 da Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020 e nos pontos 3, alínea e), e 11 da Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, nos termos das quais se impôs o confinamento obrigatório, por 14 dias, dos passageiros que aterrassem na Região Autónoma dos Açores.

## 2.2. *Enquadramento normativo*

A Resolução do Conselho do Governo Regional dos Açores n.º 63/2020, de 17 de março de 2020, decretou a situação de *contingência* em todo o território da Região Autónoma dos Açores.

Como se sabe, foi no seguinte dia 18 de março que o Presidente da República decretou pela primeira vez o *Estado de Emergência* em todo o território nacional, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública, ocasionada pela propagação da doença COVID-19.<sup>2</sup> Este veio a ser sucessivamente renovado, tendo vigorado, no contexto a que agora nos dedicamos, desde 19 de março até 2 de maio de 2020.

A Resolução do Conselho do Governo Regional n.º 65/2020, de 19 de março, veio determinar que todos os passageiros de voos do exterior que aterrassem na Região se encontravam obrigados a cumprir um período obrigatório de quarentena de 14 dias.<sup>3</sup>

A esta sucedeu-se a Resolução n.º 77/2020, de 27 de março, que previu a obrigatoriedade do cumprimento de confinamento, durante 14 dias, em unidade hoteleira, como reforço das medidas de contenção da pandemia.<sup>4</sup>

Já após a cessação do Estado de Emergência, a Resolução n.º 123/2020, de 4 de maio, declarou a situação de *calamidade pública* para a Ilha de São Miguel<sup>5</sup> e determinou a manutenção das medidas até então em vigor<sup>6</sup>, incluindo a de confinamento obrigatório, em unidades hoteleiras da Região, prevendo adicionalmente que o confinamento de não residentes passasse a ser integralmente custeado pelos próprios.<sup>7</sup> Foi na vigência desta Resolução, a 10 de maio de

<sup>2</sup> Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março de 2020.

<sup>3</sup> Resolução do Conselho do Governo n.º 65/2020, de 19 de março, Ponto 1.

<sup>4</sup> Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020, de 27 de março, Ponto 1.

<sup>5</sup> Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, de 4 de maio, ponto 2, alínea a).

<sup>6</sup> Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, ponto 11.

<sup>7</sup> Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020, ponto 3, alínea e).

2020, que o requerente da providência de *habeas corpus* perante o tribunal recorrido foi sujeito a confinamento obrigatório.

Na sequência da decisão do Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada de 16 de maio, o confinamento dos passageiros que aterrassem na Região deixou de ser obrigatório. A Resolução do Conselho do Governo Regional n.º 141/2020, de 18 de maio, determinou, no seu ponto 2, que estes pudessem optar entre diversos procedimentos ordenados à prevenção da degradação da situação epidemiológica:

- (i) Apresentação de comprovativo de teste negativo ao SARS-CoV-2, realizado nas 72 horas anteriores à partida;
- (ii) Realização de teste de despiste à chegada, permanecendo o passageiro em isolamento profilático durante 48 horas, em quarto de hotel indicado para o efeito até ao resultado negativo;
- (iii) Realização de quarentena voluntária por 14 dias em hotel indicado para o efeito, até ao termo da qual deve ser realizado teste de despiste ou
- (iv) Abandono do território regional, cumprindo, até à hora do voo, isolamento profilático em hotel.

### 2.3. *Apreciação do recurso*

Inclui-se aqui um excerto da fundamentação que levou o Tribunal Constitucional a concluir pela inconstitucionalidade orgânica das normas objeto do recurso:

«(...) 2.2. Na decisão recorrida, considerou-se que as normas objeto do recurso violam o disposto no artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, porquanto, e em síntese, o Governo Regional “[...] não tem competência para restringir direitos, liberdades e garantias, mesmo tendo em conta o tempo de pandemia que vivemos [...]” e “[...] com a cessação do estado de emergência, ao abrigo do qual surgiu, e encontrou respaldo, a Resolução n.º 77/2020, cessaram as restrições que foram impostas a direitos constitucionais, como o direito à liberdade, os quais readquiriram a sua plenitude”.

São inequívocos os dados de facto relevantes para tal afirmação: o requerente da providência de *habeas corpus* foi sujeito a confinamento obrigatório em 10/05/2020, altura em que já não vigorava a declaração do estado de emergência (declarado inicialmente pelo Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, entre 19/03/2020 e 02/04/2020, renovado pelo Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, entre 03/04/2020 e 17/04/2020, e novamente reno-

vado pelo Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril, entre 18/04/2020 e 02/05/2020, após o que vigorou a situação de calamidade declarada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020).

Assim, não concorrem para o enquadramento jurídico-constitucional do caso dos autos as normas relativas ao estado de emergência. Por outro lado, a “situação de calamidade” não tem relevância constitucional para efeitos de suspensão de direitos, liberdades e garantias, relevando para esse efeito apenas a “calamidade” que funda a declaração do estado de emergência (artigo 19.º, n.º 2, da Constituição). (...)

Perante este quadro, vejamos se a inconstitucionalidade orgânica afirmada na decisão recorrida deve ter-se por verificada.

2.2.1. A alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição prevê o seguinte:

Artigo 165.º – (Reserva relativa de competência legislativa)

1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo:

b) Direitos, liberdades e garantias;

Esta previsão “[...] inclui seguramente a regulamentação de todos os direitos enunciados no Título II da Parte I da Constituição [contêm-se neste título os artigos 24.º a 57.º] [...]”. A reserva de competência legislativa da AR nesta matéria vale não apenas para as restrições (art. 18.º), mas também para toda a intervenção legislativa no âmbito dos direitos, liberdades e garantias” (J. J. Gomes Canotilho e Vítor Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, 2014, p. 327; no mesmo sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. II, 2.ª ed., Lisboa, 2018, p. 544).

(...)

Impõe-se, pois, verificar se as normas que estão em causa nos presentes autos disciplinam um dos “direitos, liberdades e garantias” previstos na Constituição.

(...)

No Acórdão n.º 479/94, o Tribunal pronunciou-se sobre o sentido da norma do artigo 27.º da Constituição nos termos seguintes:

“A norma do artigo 27.º da Constituição é particularmente exigente em relação às restrições que consente ao direito fundamental nela consagrado, impondo ao legislador um grau de vinculação muito intenso.

(...)

Independentemente da questão de se averiguar, com inteiro rigor dogmático, qual a diferença de natureza ou de grau e de intensidade entre a “privação total ou parcial da liberdade” e “as restrições à liberdade que não se traduzem na sua privação total ou parcial” [...] poder-se-á dizer que a distinção se suporta num critério qualitativo e não quantitativo, isto é, a privação da liberdade atinge diretamente uma dimensão da dig-

nidade da pessoa humana, enquanto a mera restrição ou limitação da liberdade apenas condiciona o pleno desenvolvimento dessa dimensão.

Segundo Maunz-Diurig, a privação da liberdade (*Freiheitsentziehung*) existe quando alguém contra a sua vontade é confinado, coativamente, através do poder público, a um local delimitado, de modo que a liberdade corporal-espacial de movimento lhe é subtraída. Local delimitado (*eng umgrenzter Ort*) pode ser o espaço de um edifício ou um acampamento. Haverá ainda privação da liberdade quando a pessoa detida puder deixar o estabelecimento prisional para trabalhar sob vigilância das autoridades prisionais.

A mera limitação de liberdade (*Freiheits-beschränkung*) existe quando alguém é impedido, contra a sua vontade, de aceder a um certo local que lhe seria jurídica e facticamente acessível ou de permanecer num certo espaço. A liberdade de movimentação não é, assim, em contraposição à privação da liberdade, subtraída, mas apenas limitada numa certa direcção (*cf. Grundgesetz, Kommentar, § 104, 6 e 12*).

A privação da liberdade traduz-se numa perturbação do âmbito do direito à liberdade física, à liberdade de alguém se movimentar e circular sem estar confinado a um determinado local, sendo a essência do direito atingida por um determinado tempo (que pode ser, aliás, de duração muito reduzida).

A limitação ou restrição da liberdade (que não implique a sua privação) concretiza-se através de uma perturbação periférica daquele direito mantendo-se, no entanto, a possibilidade de exercício das faculdades fundamentais que o integram. [...]

Se é certo que os âmbitos dogmáticos de privação e de restrição e, acima de tudo, a delimitação da sua fronteira in concreto não são unívocos (*cf.*, designadamente, as declarações de voto apostas ao Acórdão n.º 479/94), o certo é que o Tribunal tem regressado a esta jurisprudência (*cf.*, designadamente, os Acórdãos n.os 185/96, 83/2001, 471/2001, 204/2015, 220/2015, 228/2015 e 463/2016) e o Tribunal Constitucional Federal Alemão também não abandonou, no essencial, os traços gerais da apontada distinção.

(...)

Está em causa, em suma, no artigo 27.º da Constituição, “[...] o direito à liberdade física, à possibilidade de movimentação sem constrangimentos. Tutela-se aqui, conforme tem sido consensualmente reconhecido, um aspeto parcelar e específico das diversas dimensões em que se manifesta a liberdade humana, o direito à liberdade física, entendida «como liberdade de movimentos corpóreos, de ‘ir e vir’, a liberdade ambulatória ou de locomoção» (*cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p. 638*) ou como «direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar» (*cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 478*). É este também o entendimento que, de forma reiterada, tem sido sustentado pelo Tribunal Constitucional (...), incluindo “o direito de não ser aprisionado ou fisicamente impedido ou constrangido

por parte de outrem” (J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2014, p. 479).

(...)

2.2.3. O Tribunal, para aferir de uma eventual privação ou restrição, deve atentar, particularmente, na intensidade da afetação da liberdade resultante da aplicação das normas cuja aplicação foi recusada.

Importa, para o efeito, recordar o contexto factual fixado na decisão recorrida – não na medida em que o recurso tenha por objeto os factos (trata-se, como é sabido, de um recurso normativo), mas na medida em que estes revelam a potencialidade abstrata de restrição resultante da execução das normas aplicadas. (...)

1. A pessoa visada pela norma foi encaminhada para uma certa zona do aeroporto, onde permaneceu conjuntamente com os demais passageiros e respetivas bagagens, até ser transportada num autocarro, escoltado por um carro policial com os rotativos ligados, para o Hotel..., sito à Avenida ..., em Ponta Delgada.
2. Uma vez ali chegada, foi encaminhada para a zona do check-in, tendo-lhe sido atribuído um quarto de hotel específico, altura em que foi informada de que não podia sair do quarto, onde teria de permanecer durante os próximos 14 dias.
3. Mais foi informada de que as refeições seriam fornecidas pelo hotel em três momentos definidos do dia, havendo duas alturas em que podia solicitar refeições/snacks adicionais.
4. Foi destacado um agente da PSP para a porta de entrada do hotel.
5. Feito o check-in, a pessoa visada pela norma foi para o seu quarto, onde permaneceu ininterruptamente, o que corresponde às indicações que recebeu
6. A limpeza e manutenção do quarto foi feita pela pessoa visada pela norma, fornecendo o hotel toalhas e lençóis para mudar a cama, se solicitados.
7. A lavagem e tratamento da roupa pessoal teve de ser efetuada pela pessoa visada pela norma, que foi informada de que não havia serviço de lavandaria, sendo fornecido detergente, se solicitado.
8. A pessoa visada pela norma foi informada de que apenas seria possível aos familiares e amigos deixarem bens de 1.ª necessidade na receção para lhe serem entregues, como produtos de higiene, não tendo sido permitido que o cônjuge lhe trouxesse roupa para seu uso pessoal.
9. Desde o dia em que aterrou nos Açores, a pessoa visada pela norma, apesar de falar telefonicamente com o cônjuge, não pôde ter contacto presencial com este, nem com qualquer outra pessoa.
10. Apenas viu o cônjuge uma vez, estando este na via pública e a pessoa visada pela norma na varanda do quarto.
11. Não lhe é permitido circular nos corredores do hotel nem em qualquer outra zona do mesmo, para além do seu quarto, havendo indicação de ronda por parte de agente da PSP de modo aleatório.

12. Todos os passageiros que não apresentavam qualquer sintoma e cuja temperatura corporal era considerada normal eram encaminhados de autocarro para unidade hoteleira previamente determinada – Hotel ... ou Hotel ... – sendo informados de que tinham de permanecer confinados ao quarto que lhes era atribuído durante o período de 14 dias e de que eram vigiados diariamente, por contacto telefónico.
13. Não lhe foi permitida a saída do quarto, nem o contacto com outras pessoas, designadamente familiares, amigos ou demais hóspedes.
14. As refeições eram transportadas num carrinho por um empregado do hotel, que batia à porta, após o que se afastava, permitindo ao hóspede recolher a refeição, recolhendo em seguida o carrinho.
15. Qualquer exercício físico teve de ser efetuado no quarto, não sendo permitido o acesso ao exterior do hotel nem aos demais espaços desse mesmo hotel, aqui se incluindo os corredores.

Medidas como as que se acabam de traçar – elencadas no contexto já referido no começo deste item – têm, evidentemente, um impacto significativo (o que quase corresponde a um eufemismo) na liberdade dos cidadãos [“[o] gozo do direito à liberdade pessoal é afetado pela imposição de quarentena obrigatória aos passageiros provenientes do estrangeiro e pela imposição de isolamento a pessoas suspeitas ou confirmadas com teste positivo de infeção pelo novo coronavírus” – Alessandra Spadaro, COVID-19: Testing the Limits of Human Rights, *European Journal of Risk Regulation*, *European Journal of Risk Regulation*, 11(2), 317-325. doi:10.1017/err.2020.27].

Em coerência com a jurisprudência constitucional anterior, impõe-se concluir que a maior parte das restrições descritas – mas, acima de tudo, o seu conjunto – corresponde, inequivocamente (e recuperando a classificação do Acórdão n.º 479/94), a uma “privação total da liberdade”. Assim se conclui, seja pela verificação de que a norma, “na sua máxima dimensão abstrata”, implica que o visado “fica circunscrito [a um] espaço confinado [...], de todo impedido de circular e de livremente se movimentar” (expressões do referido Acórdão), seja ao constatar, por comparação, que a execução de uma medida como a descrita em muito pouco [e, descontada a envolvimento (um quarto de hotel) porventura mais “amigável”, em nada de substancialmente significativo] se afasta do que resultaria da aplicação de uma (hipotética) pena curta de prisão, porventura até com aspetos mais gravosos (por exemplo, a falta de acesso a um espaço comum para exercício físico), seja até, por maioria de razão, face ao que se concluiu no citado Acórdão n.º 479/94, no qual se qualificou como inequívoca privação da liberdade a circunscrição a um espaço confinado até 6 horas (quando no caso dos autos está em causa um período até 56 vezes superior a esse).

Em suma, as normas sub *judice* preveem medidas de privação da liberdade, de sinal contrário à previsão do artigo 27.º, n.º 2, da Constituição e ao direito à liberdade consagrado no n.º 1 do mesmo artigo, na sua vertente de liberdade pessoal.

2.2.4. Como vimos (*supra*, 2.2.1.), todas as normas disciplinadoras de um direito liberdade ou garantia carecem de uma autorização prévia da Assembleia da República, exigência que “[...] ganha particular relevância quando estão em causa compressões ou condicionamentos a um direito” (Acórdão n.º 362/2011). Assim, verificando-se que as normas sub *judice* estabelecem medidas que privam da liberdade as pessoas por ela visadas, contra o previsto no artigo 27.º da Constituição (*supra*, 2.2.3.), é evidente que a respetiva matéria se encontra abrangida pela reserva de competência legislativa prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição – competência que não foi concretamente delegada e só o poderia ser no Governo (e não no Governo Regional – *cf.* artigos 227.º, n.º 1, alínea b), e 228.º, n.º 1, da Constituição).

De todo o modo, “[...] a distinção entre privação total da liberdade (nomeadamente a prisão, que aliás pode revestir diversos graus de intensidade de confinamento) e a privação parcial (por exemplo, a proibição de entrada em determinados locais, proibição de residência em determinada localidade ou região) só tem relevo constitucional na medida em que a diferente gravidade de uma e outra deve ser tomada em conta na sua justificação sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade” (J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, *cit.*, p. 479)

(...)

Mostra-se, pois, bem fundado o juízo de censura jurídico-constitucional afirmado na decisão recorrida, no que respeita à inconstitucionalidade orgânica das normas cuja aplicação foi recusada.

Tanto basta – e isso nos dispensa, por inutilidade, da abordagem de outros fundamentos de desconformidade constitucional constantes dessa decisão – para concluir pela improcedência do recurso.»

### 3. Comentário

O julgamento das normas objeto de recurso como organicamente inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional é a única decisão concebível à luz da reserva relativa de competência da Assembleia da República em matéria de direitos, liberdades e garantias – *Artigo 165.º, número 1, alínea b) da Constituição*. Estamos longe de um caso de difícil resolução, cuja complexidade possa dar aso a diferentes soluções por diferentes constitucionalistas.

Um importante momento inicial da fundamentação do Tribunal Constitucional foi o do afastamento da aplicação das normas respeitantes ao Estado de Emergência, acompanhado da afirmação da irrelevância constitucional para efeitos de suspensão de direitos, liberdades e garantias da «situação de calamidade» declarada em São Miguel. Como esclarece Miguel Nogueira de Brito, citado pelo Tribunal a este respeito, «[o] estado de emergência constitucional é decla-

rado com o objetivo de promover o regresso à normalidade. A situação de calamidade administrativa visa o mesmo objetivo, mas, em vez de atuar por via da suspensão dos direitos fundamentais, persegue-o no âmbito de um quadro legislativo que envolve restrições específicas e predefinidas desses mesmos direitos».<sup>8</sup>

A aparente simplicidade na articulação entre as duas figuras tem sido todavia desmentida por um complexo quadro normativo, em que a linha que distingue a suspensão e a restrição de direitos fundamentais é esbatida pela previsão de «meras» restrições nos Decretos presidenciais que aprovam o Estado de Emergência e, sobretudo, pela criticável previsão de restrições e, porventura, de verdadeiras suspensões de direitos, fora do estado de emergência, em desrespeito da reserva relativa de Lei e dos muros que a normalidade constitucional ergue, como ilustrado pelas normas que aqui se apreciaram.<sup>9</sup>

Sem aprofundar a distinção entre suspensão e restrição de direitos fundamentais, uma vez que não concorrem para o enquadramento jurídico-constitucional do recurso as normas que regem do Estado de Emergência, em breves linhas o Tribunal Constitucional contribuiu para a rememoração da diferenciação entre normalidade e excecionalidade constitucional, lembrando a teoricamente inesquecível irrelevância constitucional no plano da suspensão de direitos fundamentais da infraconstitucional «situação de calamidade».

Aqui chegados, e reconhecendo que do *artigo 165.º, número 1, alínea b) da Constituição* resulta que «*todo o regime dos direitos, liberdades e garantias está englobado na reserva relativa de competência da Assembleia da República*»<sup>10</sup>, os juizes do Palácio Rattón vieram averiguar se as normas objeto de recurso disciplinavam um dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos, imediatamente partindo para a apreciação do sentido e âmbito do direito à liberdade e à segurança, previsto no *artigo 27.º da Constituição*.

<sup>8</sup> MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Modelos de emergência no direito constitucional*, Revista e-Pública, volume 7, número 1, abril de 2020, página 8, disponível em [www.e-publica.pt](http://www.e-publica.pt).

<sup>9</sup> Exemplos de casos em que a conformidade constitucional das previsões de restrições a direitos fundamentais é duvidosa encontram-se, exemplificativamente, na Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de abril de 2020, por via da qual se previu a dispersão das concentrações superiores a 10 pessoas, salvo se pertencessem ao mesmo agregado familiar; na Resolução do Conselho de Ministros n.º 88-A/2020, de 14 de outubro de 2020, em que se reduziu o número de concentrações de pessoas permitido de 10 para 5 pessoas; na Resolução do Conselho de Ministros n.º 92-A/2020, na qual se restringiram os horários de funcionamento de estabelecimentos comerciais e na Resolução do Conselho de Ministros n.º 89-A/2020, de 26 de novembro de 2020, que determinou a limitação de circulação entre diferentes concelhos do território continental no período entre as 00h00 de 30 de outubro e as 06h00 de dia 3 de novembro de 2020. No entanto, a lista não fica por aqui.

<sup>10</sup> O Tribunal Constitucional tomou de empréstimo as palavras do Acórdão do Tribunal Constitucional número 362/2011, processo número 746/10, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Como referido, o Tribunal qualificou os efeitos da aplicação das normas *sub judice*, recuperando a classificação empregue pela jurisprudência constitucional influenciada pela doutrina e jurisprudência germânica, como uma **privação total da liberdade** dos passageiros a que as mesmas se aplicassem.

Caiu assim por terra a ideia que o Ministério Público tinha vindo sustentar no recurso interposto, de acordo com a qual a situação de confinamento a que o passageiro foi sujeito seria eventualmente um misto entre uma restrição imposta e uma restrição livremente assumida, uma vez que aquele teria aceitado embarcar sabendo que a medida de confinamento o aguardava.<sup>11</sup> Ainda que não se tenham extraído grandes conclusões das suas retóricas interrogações, a fragilidade do argumento formulado é patente, na medida em que o não exercício do direito de resistência ou mesmo a aceitação de uma medida inconstitucional por parte do seu destinatário não ocasiona a sua metamorfose numa imposição conforme à Constituição.

É de elogiar o esforço de clarificação do Tribunal ao notar, por um lado, que concluir antes pela verificação de uma *privação parcial da liberdade* não afetaria o juízo de inconstitucionalidade orgânica edificado, pois a distinção «*só tem relevo constitucional na medida em que a diferente gravidade de uma e outra deve ser tomada em conta na sua justificação sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade*»<sup>12</sup> e já não do prisma da sua inclusão no âmbito da reserva prevista pelo artigo 165.º, número 1, alínea b) da Constituição.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional fez ainda (indiretamente) menção à recente discussão de parte da doutrina constitucionalista nacional quanto à caracterização das medidas de confinamento como restritivas do direito à liberdade – artigo 27.º da Constituição – ou do direito à deslocação – artigo 44.º da Constituição, – a este respeito referindo que «*quem entender que, com a imposição de quarentena, designadamente através de confinamento, não está em causa o direito à liberdade, previsto no artigo 27.º da Constituição, mas sim o direito à deslocação, previsto no artigo 44.º da Constituição (...) concluirá de igual modo estar em causa um direito referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP.*»

Como nota o Tribunal Constitucional, a diferente qualificação da medida como restritiva de um ou de outro direito não impacta na conclusão de que as normas apreciadas sempre padeceriam de inconstitucionalidade orgânica formal, por de qualquer modo se verificar a restrição de um direito fundamen-

<sup>11</sup> Note-se, no entanto, que o recurso interposto o Ministério Público se alinhou com as conclusões do tribunal recorrido, na medida em que veio também considerar as normas objeto do recurso organicamente inconstitucionais.

<sup>12</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, página 479.

tal por parte de quem não tinha em tal matéria competência, em período de normalidade constitucional, em violação do artigo 165.º, *número 1, alínea b) da Constituição*.

No entanto, parece-nos que das conclusões a que chegaram o Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada e o Tribunal Constitucional se podem extrair alguns contributos úteis para o desenvolvimento das recentes discussões travadas pela doutrina nacional, que brevemente contextualizaremos.

A 19 de março, imediatamente após a declaração do Estado de Emergência, o professor Jorge Reis Novais veio apreciar o projeto de Decreto presidencial, apontando-lhe algumas críticas.<sup>13</sup> Desde logo, e no contexto que aqui nos interessa, o professor afirmou ter o Presidente de República incorrido num «*erro grave de enquadramento*»<sup>14</sup> por não ter incluído na enumeração de direitos suspensos o direito à liberdade pessoal, – tutelado pelo *artigo 27.º da Constituição*, – simultaneamente prevendo o «*confinamento compulsivo no domicílio ou em estabelecimento de saúde*» como uma das medidas de possível decretamento pelas autoridades públicas competentes, em virtude da suspensão do direito à deslocação.<sup>15</sup>

Para o autor, uma medida de confinamento restringe em primeira linha o direito à liberdade pessoal do visado, afetando apenas remota ou indiretamente o seu direito à deslocação.<sup>16</sup> Reis Novais entende que fora das situações expressamente previstas pela Constituição, estão afastadas – em tempos

<sup>13</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Estado de emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial, Observatório Almedina*, 19 de março de 2020, disponível em [www.observatorio.almedina.net](http://www.observatorio.almedina.net).

<sup>14</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Estado de emergência (...)*, página 2.

<sup>15</sup> O Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, que pela primeira vez declarou o Estado de Emergência, veio prever na alínea a) do artigo 4.º que ficava parcialmente suspenso o exercício do «*[d]ireito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional*», podendo ser impostas pelas autoridades públicas competentes as restrições necessárias à redução do risco de contágio, entre as quais o «*confinamento compulsivo no domicílio ou em estabelecimento de saúde*».

Note-se que embora as duas seguintes renovações do Estado de Emergência tenham mantido a omissão da referência ao direito a não ser privado total ou parcialmente da liberdade, – artigos 4.º, alíneas a) dos Decretos do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril e n.º 20-A/2020, de 17 de abril, – a partir do Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, que dia 6 de novembro voltou a declarar o Estado de Emergência, todas as renovações e decretamentos posteriores incluem já uma específica alusão à suspensão do «*direito à liberdade*». – Artigos 4.º dos Decretos do Presidente da República n.º 51-U/2020, de 6 de novembro, n.º 59-A/2020, de 20 de novembro, n.º 61-A/2020, de 4 de dezembro, n.º 66-A/2020, de 17 de dezembro, n.º 6-A/2021, de 6 de janeiro, n.º 6-B/2021, de 13 de janeiro, n.º 9-A/2021, de 28 de janeiro, n.º 11-A/2021, de 11 de fevereiro e Decreto presidencial n.º 21-A/2021, de 25 de fevereiro.

<sup>16</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Estado de emergência (...)*, página 3.

de normalidade constitucional – quaisquer formas de restrição do direito à não privação total ou parcial da liberdade:

*«Estamos aqui, claramente, perante aquela estrutura normativa típica em que a Constituição, depois de garantir um direito, exclui, de forma inequívoca e definitiva, as agressões mais graves ou extremas a esse direito. Não estamos apenas perante a situação, comum, em que a Constituição consagra um direito e simultaneamente admite expressamente algumas limitações. Aqui, diversamente, o que se faz é excluir qualquer restrição fora daquele caso expressamente previsto».*<sup>17</sup>

As críticas tecidas pelo professor Reis Novais, particularmente aquela a que aqui nos referimos, suscitaram a reação de diversos autores dele discordantes.

Quanto à distinção entre a proteção conferida pelos artigos 27.º e 44.º da Constituição, Miguel Nogueira de Brito considera que «o artigo 27.º se limita à proteção da pessoa perante qualquer supressão ou redução da sua liberdade de movimento de âmbito penal, caindo os restantes casos de movimento da pessoa sob a proteção do artigo 44.º».<sup>18</sup> Por este e outros motivos, o autor considera que «[o] Presidente da República atuou (...) com a preocupação de não considerar os cidadãos como pessoas em prisão domiciliária, ainda que por motivos de doença contagiosa, mas antes como pessoas na plenitude dos seus direitos à proteção da saúde e deveres de a defender e promover».<sup>19</sup>

Diversamente, para José Melo Alexandrino, subjacente à tese de Jorge Reis novais está o errado entendimento segundo o qual o artigo 27.º da Constituição consagra uma *norma-regra* e não uma *norma-princípio*. O autor considera que «independentemente do estrito respeito pelos limites definidos no artigo 27.º, n. 2 e 3, o direito à liberdade, tal como o direito à segurança, são passíveis de restrições nos termos gerais, estando sujeitas ao correspondente regime».<sup>20</sup>

Pedro Moniz Lopes, a propósito da relação entre os direitos tutelados pelos artigos 27.º e 44.º da Constituição, entende, por um lado, que «a “liberdade de movimentação dentro de todo o território nacional” envolve, literalmente a liberdade de movimentação em qualquer parte do território nacional».<sup>21</sup> Por outro lado, o autor

<sup>17</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19*, revista e-Pública, volume 7, número 1, abril de 2020, página 16, disponível em [www.e-publica.pt](http://www.e-publica.pt).

<sup>18</sup> MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Pensar no estado de exceção na sua exigência*, in *Observatório Almedina*, 2 de abril de 2020, página 12, disponível em [www.observatorio.almedina.net](http://www.observatorio.almedina.net).

<sup>19</sup> MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Pensar no estado de exceção (...)*, página 13.

<sup>20</sup> JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais*, in *Observatório Almedina*, 7 de abril de 2020, página 7, disponível em [www.observatorio.almedina.net](http://www.observatorio.almedina.net).

<sup>21</sup> PEDRO MONIZ LOPES, *Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência*, revista e-Pública, volume 7, número 1, abril de 2020, página 30, disponível em [www.e-publica.pt](http://www.e-publica.pt).

considera que «o mero facto da Constituição prever exceções explícitas, no n.º 3, à posição jurídica decorrente do n.º 1 do artigo 27.º, em nada autoriza a sustentar que os constituintes “quiseram” prever todas as exceções». <sup>22 e 23</sup>

Para Rúben Ramião, «[a] liberdade de deslocação é tão-somente uma conduta compreendida na esfera da liberdade pessoal geral que compreende as mais variadas condutas (...)». <sup>24</sup> Deste modo, o autor considera que «[o] erro da teoria da delimitação dogmática dos direitos à liberdade pessoal e de deslocação, sufragada por Jorge Reis Novais, é supor ser possível estabelecer uma demarcação entre um movimento de deslocação até um certo limite a partir da residência de um cidadão e um movimento de deslocação fora desse limite que consubstanciaria um movimento de deslocação já no “território” nacional». <sup>25</sup>

Assim sendo, para o professor «não é correto afirmar-se que o Presidente da República não “suspendeu” o direito à liberdade pessoal. Como a posição jurídica jusfundamental relativa à possibilidade de deslocação também está compreendida na norma permissiva geral que consiste na atribuição da liberdade pessoal, ao dizer-se que fica suspenso o direito à deslocação (como se trata de uma posição jurídica e não de uma norma jurídica), em rigor, também fica suspenso o direito à liberdade pessoal na parte relativa à possibilidade de deslocação». <sup>26</sup>

A breve enunciação destas divergentes posições basta para que se compreenda que estão em discussão mais do que uma só questão, mas antes pelo menos três linhas de pensamento que se cruzam, sem coincidir, que em parte partilham com o Tribunal Constitucional momentos de reflexão:

- (i) A de saber qual o direito fundamental que é especificamente afetado quando os poderes públicos pretendem impor uma medida de confinamento obrigatório;
- (ii) A de saber se o artigo 27.º da Constituição permite a introdução de restrições por via legislativa do direito à não privação total ou parcial da liberdade, que não aquelas especificamente enumeradas nos seus números 2 e 3 e

<sup>22</sup> PEDRO MONIZ LOPES, *Significado e alcance (...)*, Página 31.

<sup>23</sup> Em registo oral e de forma mais resumida, veja-se também PEDRO MONIZ LOPES, *Suspensão de direitos fundamentais e decreto presidencial*, 5 minutos de Direito em Estado de Emergência, disponível em [www.youtube.com](http://www.youtube.com).

<sup>24</sup> RÚBEN RAMIÃO, *O Direito à Liberdade e o Estado de Emergência numa releitura de Alf Ross (2.ª resposta a Jorge Reis Novais)*, ICJP/CIDP, 2020, página 3, disponível em [www.icjp.pt](http://www.icjp.pt).

<sup>25</sup> RÚBEN RAMIÃO, *Lendo a Constituição em Estado de Emergência (3.ª resposta a Jorge Reis Novais)*, páginas 11 e 12, ICJP/CIDP, 2020, disponível em [www.icjp.pt](http://www.icjp.pt).

<sup>26</sup> RÚBEN RAMIÃO, *O Direito à Liberdade (...)*, página 6.

- (iii) A de saber se no Decreto presidencial que pela primeira vez decretou o Estado de emergência – e nos dois que lhe sucederam – deveria o Presidente da República ter procedido à específica suspensão do direito consagrado no *artigo 27.º, número 2 da Constituição* e não apenas à literal suspensão do direito de deslocação, previsto no *artigo 44.º da Constituição*.

Ultrapassa o âmbito desta anotação a específica apreciação de cada uma das questões suscitadas, mas a sua enumeração pareceu-nos útil à compreensão das convenientes coordenadas jurisprudenciais advindas do Acórdão número 424/2020.

Quanto a (i), como já notámos, o Tribunal Constitucional, ancorado pelos conceitos de inspiração germânica trabalhados pela jurisprudência constitucional, concluiu que as normas que previam o confinamento em unidade hoteleira, por 14 dias, dos passageiros que aterrassem na Região resultavam numa *privação total da liberdade* dos mesmos, implicitamente afastando o entendimento de acordo com o qual apenas estaria a ser afetado o seu direito à deslocação. Aliás, o Tribunal foi ao ponto de afirmar que *«por comparação, (...) a execução de uma medida como a descrita em muito pouco [e, descontada a envolvimento (um quarto de hotel) porventura mais “amigável”, em nada de substancialmente significativo] se afasta do que resultaria da aplicação de uma (hipotética) pena curta de prisão (...)»*.

Assim sendo, ainda que a discussão doutrinal em causa não tenha incidido sobre um caso com estes específicos contornos, mas apenas e em geral sobre a previsão da obrigatoriedade de *confinamento*, parece-nos que o Tribunal Constitucional adotou uma postura alinhada com aquela assumida por Jorge Reis Novais quanto à primeira questão. Mesmo que em causa estivesse uma outra situação de confinamento com características menos «severas», porventura mais curto ou noutra local, o acompanhamento do sentido atribuído ao *artigo 27.º da Constituição* pelo Acórdão número 479/94, que ocupou papel central na fundamentação do Tribunal Constitucional no Acórdão anotado, sempre levaria a que por maioria de razão se concluísse estar em causa uma privação da liberdade dos visados.

Pronunciando-se em concreto sobre o contexto factual que subjaz à decisão do tribunal recorrido neste Acórdão, Jorge Reis Novais escreve que *«se as autoridades nacionais ou regionais erguem uma cerca sanitária e não permitem que um cidadão tome um voo para os Açores, impedindo-o de se deslocar e fixar nessa parte do território, estão, aí é verdade, a restringir o seu direito de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional. Se o deixam entrar nos Açores, mas não o deixam abandonar livremente o aeroporto e a seguir o conduzem a um quarto de hotel onde o obrigam a*

*permanecer durante 14 dias, com um polícia à porta para não permitir que saia (...) estão a restringir o seu direito à liberdade, estão a privá-lo parcialmente da sua liberdade».*<sup>27</sup>

Concordamos com o autor e com a posição assumida pelo Tribunal Constitucional quanto a esta primeira questão. O passageiro a que se aplicaram as normas cuja constitucionalidade se veio questionar já se tinha deslocado do Continente para os Açores, não sendo disso impedido. A analogia estabelecida pelo Tribunal Constitucional entre a medida a que o passageiro foi submetido e uma curta pena de prisão basta para que se conclua que reconduzir neste caso o confinamento obrigatório a uma limitação da deslocação do passageiro equivaleria a afirmar que é também este o direito afetado por uma pena de prisão. É evidente que também o direito de deslocação do passageiro e do prisioneiro são afetados pelo constrangimento da sua liberdade pessoal, já que existem alguns pontos de concorrência entre as condutas protegidas por um e outro direito fundamental. No entanto, o facto de existir uma afetação do direito à deslocação em consequência da privação da liberdade não implica que os *artigos 27.º e 44.º da Constituição* tenham o mesmo âmbito normativo e não basta para que se negue a existência de um específico e distinguível direito a não ser total ou parcialmente privado da liberdade.

Também Vital Moreira, que acompanha o pensamento de Reis Novais pelo menos quanto às questões (i) e (ii), veio aplaudir a decisão do Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada por entender que a medida aplicada corresponde a uma «*violação grosseira da liberdade pessoal, (...) que só poderia ser excepcionalmente tomada em regime de estado de sítio ou de estado de emergência*».<sup>28</sup>

No mesmo sentido, veja-se o que escreveu o Tribunal da Relação de Lisboa, a 11 de novembro de 2020, quando negou provimento ao recurso interposto pela Autoridade Regional de Saúde de uma decisão que ordenou a libertação imediata de quatro pessoas confinadas, por detenção ilegal, no âmbito de um processo de *habeas corpus*:

*«Na verdade, face à Constituição e à Lei, não têm as autoridades de saúde poder ou legitimidade para privarem qualquer pessoa da sua liberdade – ainda que sob o rótulo de “confinamento”, que corresponde efetivamente a uma detenção – uma vez que tal decisão só pode ser determinada ou validada por autoridade judicial, isto é, a competência exclusiva, face à Lei que ainda nos rege, para ordenar ou validar tal privação da liberdade, é acometida em exclusivo a um poder autónomo, à Magistratura Judicial. Daí decorre que, qualquer pessoa ou entidade que profira uma ordem, cujo conteúdo se reconduza à privação da liberdade física,*

<sup>27</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade (...)*, página 13.

<sup>28</sup> VITAL MOREIRA, *Inconstitucionalíssimo*, publicação no blogue *Causa Nossa*, 16 de maio de 2020, disponível em [www.causa-nossa.blogspot.com](http://www.causa-nossa.blogspot.com).

*ambulatoria, de outrem (qualquer que seja a nomenclatura que esta ordem assuma: confinamento, isolamento, quarentena, resguardo profilático, etc), que se não enquadre nas previsões legais, designadamente no disposto no art.º 27 da CRP e sem que lhe tenha sido conferido tal poder decisório, por força de Lei – proveniente da AR, no âmbito estrito da declaração de estado de emergência ou de sítio, respeitado que se mostre o princípio da proporcionalidade – que a mandate e especifique os termos e condições de tal privação, estará a proceder a uma detenção ilegal, porque ordenada por entidade incompetente e porque motivada por facto pelo qual a lei a não permite (...).»<sup>29</sup>*

Em relação à segunda e terceira questões, o Acórdão não se pronuncia especificamente, o que se compreende, desde logo pois a conclusão pela inconstitucionalidade orgânica das normas sob apreciação não impunha que o fizesse, e ainda porque estas foram aprovadas já em período de normalidade constitucional.

No entanto, deve atentar-se que no Acórdão número 479/94, de onde o Tribunal Constitucional no Acórdão número 424/2020 veio extrair grande parte da fundamentação respeitante à interpretação do conteúdo do *artigo 27.º da Constituição*, pode ler-se, em abono da visão sustentada por Jorge Reis Novais:

*«[a]s restrições ao direito à liberdade que se traduzam na sua privação total ou parcial não podem ser outras que as ali [art. 27.º, 2 e 3] expressamente previstas, sendo vedado à lei criar outras restrições para além daquelas —princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas da liberdade».*<sup>30</sup>

De facto, o Tribunal Constitucional tem vindo a afirmar a vigência de um princípio da tipicidade das privações totais ou parciais da liberdade, entre as quais sabemos enquadrar uma medida de confinamento.<sup>31</sup> No entanto, vimos

<sup>29</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.11.2020, processo número 1783/20.7T8PDL. L1-3, relatado por Margarida Ramos de Almeida, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Neste acórdão o Tribunal da Relação de Lisboa negou provimento ao recurso desde logo pela ilegitimidade processual e falta de interesse em agir da Autoridade de Saúde.

<sup>30</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, página 479.

<sup>31</sup> Sem pretender desenvolver demasiadamente uma questão paralela àquela a que nos dedicamos, atente-se ainda à visão equilibrada apresentada por LOBO MOUTINHO, que quanto ao princípio da tipicidade das privações totais ou parciais da liberdade afirma *«é duvidoso que um tal princípio se possa afirmar em toda a linha, e, mais precisamente, em relação às privações parciais ou restrições da liberdade. É verdade que uma solução como essa tem à partida, por si, bons argumentos. No entanto, bem vistas as coisas, ela topa com obstáculos importantes, que a situação das medidas de coação em processo penal põe a nu.»*

também que a doutrina tem sustentado diferentes interpretações do artigo 27.º e a verdade é que mesmo aqueles que, como Jorge Reis Novais, defendem o reinado de um tal princípio têm encontrado soluções orientadas à permissão do confinamento de determinadas pessoas, fora da excecionalidade constitucional, com o propósito de flexibilizar as limitações da liberdade que a atual crise de saúde pública impõe.<sup>32</sup>

Abstendo-nos de aprofundar a reflexão quanto a este afluyente, note-se apenas que «[a] evolução do direito à liberdade e à segurança na vigência da atual Constituição tem sido marcada por notórias dificuldades, bem expressas na instabilidade do texto da Constituição e na amplitude da jurisprudência do Tribunal Constitucional.»<sup>33</sup> Lobo Moutinho explica que essas dificuldades são sobretudo imputáveis à «transição de uma garantia de formulação restrita – basicamente centrada na privação da liberdade em razão da prática de crimes (cfr. Cavaleiro de Ferreira, Direito Penal Português, II, pág. 495) –, constante do texto original da Constituição (...), para uma garantia de carácter geral e, sobretudo uma garantia cujo sentido passa por permitir ou impor uma taxatividade constitucional das privações (pelo menos, totais) da liberdade constitucionalmente admissíveis».<sup>34</sup>

A atenção do autor fê-lo notar, naquilo que hoje sabemos ser um presságio queirosiano dos desafios entretanto advindos, que «não está excluído que haja situações em tudo paralelas àquelas que são expressamente previstas na Constituição – mesmo na legitimidade em face ao núcleo essencial da garantia constitucional (...). Basta pensar no singelo caso da chamada quarentena».<sup>35</sup>

A menção às questões constitucionais que a privação da liberdade acarreta no contexto em que aqui surge serve para reforçar a ideia de que mesmo

LOBO MOUTINHO, in *Constituição Portuguesa Anotada*, org. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Volume I, 2.ª edição revista, 2017, Universidade Católica Editora, página 468.

<sup>32</sup> Para o autor, nos casos de confinamento compulsivo de pessoas infetadas ou portadoras de doença contagiosa, quando em causa esteja uma situação subsumível ao tipo penal do crime de **propagação de doença contagiosa**, a liberdade de circulação das pessoas em causa estaria excluída do âmbito da proteção do direito à liberdade pessoal, pelo que o seu confinamento não implicaria a suspensão deste. O autor considera mais duvidoso, mas «tendencialmente admissível», o confinamento compulsivo preventivo de pessoas que não tenham ainda testado positivo, mas relativamente às quais haja uma elevadíssima probabilidade de infeção. Nestes casos, mesmo na ausência de lei específica, de norma habilitadora ou de prévia suspensão de direitos, REIS NOVAIS admite que se possa considerar que as autoridades públicas de saúde «estão mesmo obrigadas, em estado de necessidade e de emergência administrativas, a impor o confinamento, no sentido de que se devem assegurar da impossibilidade prática de essas pessoas propagarem doença contagiosa e porem em sério risco a saúde e a vida de outras pessoas».

JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade (...)*, página 14.

<sup>33</sup> LOBO MOUTINHO, *Constituição Portuguesa Anotada (...)*, página 465.

<sup>34</sup> LOBO MOUTINHO, *Constituição Portuguesa Anotada (...)*, página 465.

<sup>35</sup> LOBO MOUTINHO, *Constituição Portuguesa Anotada (...)*, página 466.

que as normas sobre apreciação tivessem sido aprovadas em respeito da reserva de competência relativa da Assembleia da República, a conformidade constitucional de uma norma que previsse uma medida que acarretasse a privação de liberdade, não constante do *artigo 27.º da Constituição*, em período de normalidade constitucional, não seria indubitável. As normas que impusessem uma tal medida mereceriam ser igualmente levadas ao Palácio Ratton para que quaisquer dúvidas se dissipassem, parecendo-nos que em caso de estrito acompanhamento da sua jurisprudência anterior, haveria que se concluir pela inconstitucionalidade das mesmas.

Por outro lado, não sendo o Estado de Emergência um manto negro que cobre os direitos fundamentais da luz constitucional, cremos também já ter resultado claro que ainda que estivesse em causa a apreciação das mesmas normas, mas aprovadas ao abrigo do Estado de Emergência que as antecedeu, tal circunstância não desvaneceria por completo as suspeitas de inconformidade constitucional que as rodeiam. Por um lado, para os adeptos da impossibilidade de previsão de privações da liberdade que não as previstas na Constituição, seria necessário concluir que o direito à não privação da liberdade teria sido suspenso pelo Presidente da República. Questão que, como mencionado, não é de solução evidente, mas que já não se suscitaria a respeito dos decretamentos e renovações do estado de emergência que se verificaram após 6 de novembro de 2020.<sup>36</sup>

Acresce ainda que a declaração e a execução do Estado de Emergência surgem substantivamente limitadas pelo respeito do princípio da proporcionalidade e integralmente instrumentalizadas ao «*restabelecimento da normalidade constitucional*» – *artigo 19.º, número 4 da Constituição*. Assim sendo, seria ainda necessário concluir que a medida adotada ao abrigo da suspensão do direito seria aquela que, orientada à eficaz prevenção do contágio pelo vírus SARS-CoV-2, responsável pela doença Covid-19, menos afetaria os direitos dos visados, o que, como veremos, não parece ser o caso.

Ainda no domínio hipotético da apreciação das normas objeto de recurso, se emanadas ao abrigo do Estado de Emergência, uma outra questão respeitante ao seu âmbito subjetivo se suscitaria. Como vimos, as normas em vigor determinavam o confinamento, em unidade hoteleira, durante 14 dias, dos passageiros que aterrassem na Região. Não estaria esta medida a ultrapassar o previsto pelo Conselho de Ministros, nos artigos 3.º do Decretos 2-A/2020, de 20 de março, 2-B/2020, de 2 de abril e 2-C/2020, de 17 de abril, onde se previa apenas o confinamento obrigatório dos «*doentes com COVID-19 e os infetados*

<sup>36</sup> Como referimos *supra*, nota de rodapé 15.

com SARS-Cov2» e dos «cidadãos relativamente a quem a autoridade de saúde ou outros profissionais de saúde tenham determinado a vigilância ativa»? Uma vez que a medida se aplicava indiscriminadamente a todas as pessoas que desembarcassem na Região autónoma dos Açores, parece-nos que a resposta há de ser afirmativa.

Deixando-nos finalmente de edificar hipóteses e regressando ao Acórdão que aqui nos trouxe, algumas considerações merecem ser tecidas quanto à apreciação da eventual inconstitucionalidade material das normas apreciadas de que o Tribunal Constitucional se escusou por inutilidade.

Acompanhamos por inteiro as conclusões que a este respeito chegou o Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada, que pela sua especial importância no âmbito da apreciação da conformidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais em tempos de crise de saúde pública resumidamente referiremos.

Quanto ao desrespeito do princípio da proporcionalidade, enunciado no artigo 18.º, número 2 da Lei Fundamental, o decretamento do confinamento obrigatório com base no exclusivo requisito do desembarque de um passageiro na Região Autónoma dos Açores, sem que lhe subjaza uma comprovada ou suspeita infeção, não satisfaz o requisito da proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso. Por outro lado, ainda se entendeu haver desrespeito de tal princípio, na vertente da necessidade, por se constatar que não foram apresentados elementos empíricos que justificassem as condições em que o confinamento foi imposto, desde logo num local que não o do domicílio do passageiro, caso residisse na região.

De facto, a incerteza caracterizante da crise de saúde pública atual e a dificuldade de compreensão das suas consequências complexifica em muito o juízo de proporcionalidade a realizar. No entanto, parece-nos efetivamente que haveria medidas alternativas igualmente eficientes, menos custosas e geradoras de uma menor compressão do direito fundamental em causa, como aliás a rápida reconfiguração da medida após a decisão do tribunal *a quo* veio evidenciar.<sup>37</sup> Ademais, a confirmação da desproporcionalidade da medida aplicada torna-se inegável quando nos confrontamos com a circunstância do Decreto Regulamentar Regional n.º 2-A/2021/A, de 26 de fevereiro de 2021, que regula a aplicação do Decreto do Presidente da República n.º 21-A/2021, de 25 de fevereiro, que renovou o Estado de Emergência, não ter previsto a obrigatoriedade de confinamento daqueles que viajassem para a Região, antes determinando a aplicação de medidas de controlo menos restritivas – como a

<sup>37</sup> Veja-se o que escrevemos quanto a essa reconfiguração na página 3.

apresentação de um certificado de teste de diagnóstico – e apenas aos passageiros provenientes de certas zonas.<sup>38</sup>

Para a instância, também o princípio da igualdade – *artigo 13.º da Constituição* – foi desconsiderado pelas normas cuja aplicação foi recusada por se afigurar difícil aceitar o confinamento obrigatório em unidade hoteleira de pessoas não infetadas, ou que não apresentassem qualquer sintoma, quando confrontado com a permanência domiciliária daquelas que estivessem efetivamente infetadas, já que a regra geral na Região para pessoas infetadas que não necessitassem de cuidados médicos era, à data, o isolamento na sua residência. Ainda à luz do mesmo princípio, o Tribunal não aceitou a diversidade de tratamento entre aqueles que, estando confinados obrigatoriamente por força da mesma Resolução tivessem residência na Região e aqueles que a não tivessem e por isso fossem obrigados de suportar o custo da medida.

O Tribunal acrescentou ainda que mesmo que não se entendessem inconstitucionais as normas *sub judice* com base nos fundamentos já invocados, sempre existiria um outro vício de que estas padeceriam resultante da *«inexistência de um regime procedimental que permitisse a sindicabilidade da decisão de confinamento obrigatório»*. Uma vez que a Resolução n.º 123/2020 não fixou qualquer regime que assegurasse a comunicação a quem ficasse sujeito ao confinamento dos seus fundamentos, dos direitos de que eram titulares e do modo de sindicatá-la decisão, o Tribunal concluiu que teriam também sido desrespeitados os *artigos 27.º, número 4 e 20.º, números 1 e 5 da Constituição*.

Considerando que a decisão do Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada se tratou de uma *«decisão correta»*, Tiago Fidalgo de Freitas acrescenta que também o princípio do Estado unitário – previsto nos *artigos 6.º e 225.º, número 2 da Constituição* – levaria a que o Tribunal alcançasse a mesma conclusão:

*«(...) princípio comporta uma vertente de solidariedade nacional, com natureza biunívoca, de dois sentidos – entre todas as partes do território e todas as componentes da República – que impede a adoção de medidas que implementem um tratamento diferenciado dos cidadãos portugueses que se encontram no território da região autónoma, tentando protegê-los dos que se encontram fora do território regional, em lugar de implementar uma política nacional una de contenção e de combate ao COVID-19».*<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Decreto Regulamentar Regional n.º 2-A/2021/A, de 26 de fevereiro de 2021, artigo 6.º.

<sup>39</sup> TIAGO FIDALGO FREITAS, *A execução do estado de emergência e da situação de calamidade nas regiões autónomas – o caso da pandemia COVID-19*, Revista e-Pública, volume 7, número 1, abril de 2020, página 72, disponível em [www.e-publica.pt](http://www.e-publica.pt).

Aqui chegados, concluímos a nossa apreciação com a constatação de que a decisão do Tribunal Constitucional no Acórdão 424/2020 foi satisfatória na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais que esta consagra. No entanto, notamos também que as discussões que lhe subjazem ou outras a estas paralelas estão longe de sair do dia-a-dia dos Portugueses. Pelo contrário, motivadas pela intenção de combater a pandemia causada pelo novo coronavírus, são cada vez mais as restrições dos direitos fundamentais, dentro e fora de Estado de Emergência, a que assistimos, que infelizmente parcamente chegam aos olhos do Juiz constitucional.

O generalizado acatamento voluntário pela população das medidas restritivas dos seus direitos individuais, ilustrativo da preocupação coletiva com a defesa da saúde pública, não erradica as dúvidas constitucionais que muitas vezes as acompanham e que alguma doutrina se esforça para não deixar de suscitar.<sup>40</sup>

O recurso ao Juízo de Instrução Criminal de Ponta Delgada propiciou um frutífero controlo jurisdicional e de constitucionalidade que resultou na lembrança de que o respeito pelos direitos fundamentais, neste caso de um prisma orgânico, triunfou sobre as medidas que dele se furtem.

As medidas de contenção da pandemia, quer em estado de normalidade, quer em estado de excecionalidade constitucional, merecem ser previstas e executadas de um tal modo que não só assegurem uma emergente sobrevivência do Estado de Direito, mas que igualmente garantam a sua recuperação, prevenindo que as sequelas que vão sendo deixadas pelo desrespeito dos direitos fundamentais, acompanhado de diminuído escrutínio jurisdicional não o debilitem, enfraquecendo imunidades e aumentando a suscetibilidade de futuras infeções pelos vírus do totalitarismo.

Concluímos assim a nossa reflexão com uma citação do professor Gian Luigi Gatta – citado também pelo Juízo de Instrução Criminal de Ponta Del-

<sup>40</sup> Exemplificativamente, vejam-se os contributos de CELSO LEAL, *Queremos mesmo brincar com os direitos fundamentais?*, artigo do jornal *Público*, de 21 de outubro de 2020, disponível em [www.publico.pt](http://www.publico.pt); MENEZES LEITÃO, *O estado de calamidade constitucional*, Comunicado da Ordem dos Advogados, de 5 de maio de 2020, disponível em [www.portal.ao.pt](http://www.portal.ao.pt) e *A decisão do Tribunal Constitucional sobre as quarentenas nos Açores*, Artigo do jornal online *Sapo online*, de 11 de agosto de 2020, disponível em [www.ionline.sapo.pt](http://www.ionline.sapo.pt); RUI LANCEIRO e TERESA VIOLANTE *A resposta à Covid-19 em Portugal: Da Normalidade Constitucional ao Estado de Emergência*, *Observatório Almedina*, 8 de maio de 2020, disponível em [www.observatorio.almedina.net](http://www.observatorio.almedina.net); RUI MEDEIROS, *A força normativa da covid-19*, artigo do jornal *Expresso*, de 1 de maio de 2020, disponível em [www.expresso.pt](http://www.expresso.pt) e *A fraqueza das nossas liberdades em tempos de covid*, artigo do jornal *Público*, de 29 de outubro de 2020, disponível em [www.publico.pt](http://www.publico.pt) e VITAL MOREIRA, *Substituir o estado de emergência pelo “estado de calamidade”?*, publicação no blogue *Causa Nossa*, 26 de abril de 2020, disponível em [www.causa-nossa.blogspot.com](http://www.causa-nossa.blogspot.com).

gada –, por considerarmos que enuncia o pensamento que deve ocupar a mente de todos os juristas da atualidade e, no limite, de todos os cidadãos, de forma a assegurar que a mitigação da pandemia não conduzirá também à fragilização do Estado Democrático como o conhecemos:

*«Neste momento, as energias do país estão focadas na emergência. E embora os operadores da Justiça estejam já carregados de trabalho, a necessidade de proteger os direitos fundamentais, também e principalmente em caso de emergência, exige aos tribunais que façam a sua parte. Porque além da medicina e da ciência, também o direito – e os direitos humanos em primeiro lugar – devem estar na vanguarda: não para proibir e sancionar – como está sendo sublinhado demais nos dias de hoje – mas para garantir e proteger todos nós. Hoje a emergência é chamada de coronavírus. Nós não sabemos o amanhã. E o que fazemos ou não fazemos hoje, para manter o cumprimento dos princípios fundamentais do sistema, pode condicionar o nosso futuro.»<sup>41</sup>*

<sup>41</sup> GIAN LUIGI GATTA, in *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, de 2 de abril de 2020, ponto 7, livremente traduzido e disponível em [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).



## ÍNDICE DO ANO 153.º (2021)

### DOCTRINA

EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA

*O enquadramento do Direito Internacional no Direito Constitucional Moçambicano . . .* 9

FERNANDA DUARTE MARQUES

*O contrato de locação e as fronteiras de qualificação: em especial, a natureza jurídica da locação financeira . . . . .* 29

GIOVANNA CANELLAS

*A transmissão da posição contratual por morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano habitacional . . . . .* 69

HENRIQUE SBRISSIA

*A cláusula geral de resolução do contrato de arrendamento urbano . . . . .* 103

JORGE MIRANDA

*Escusa ou objeção de consciência . . . . .* 231

PAULO FERREIRA DA CUNHA

*Filosofia do Direito, Ideal de Vida e Ferramenta Jurídica. . . . .* 239

LUÍS MENDONÇA

*Princípios e processo civil. . . . .* 255

VICTOR CORREIA

*Hostilidade e discursos de ódio nas redes sociais . . . . .* 305

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO

*Empreitada de concepção-construção no direito dos contratos públicos: função e pressupostos da definição colaborativa de obras públicas . . . . .* 327

SIMÃO MENDES DE SOUSA

*O princípio da proporcionalidade e o recurso discricionário à arbitragem no artigo 476.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos . . . . .* 433

ANABELA LUNA DE CARVALHO

*A videovigilância no local de trabalho. Os limites da proteção de dados na jurisprudência laboral. Os desafios do teletrabalho . . . . .* 465

BEATRIZ GERALDES

*A regulação da atividade de notação de risco e a utilização de instrumentos regulatórios para alargar o alcance da legislação europeia . . . . .* 493

DANIEL VIEIRA LOURENÇO

*Do ressarcimento integral do dano sofrido em processo de insolvência, à punição da conduta do litigante de má-fé – fragilidades do paradigma atual. . . . .* 521

IRENE TEIXEIRA DE OLIVEIRA

*A (ir)recorribilidade das decisões arbitrais em Direito Administrativo e a legitimidade para interposição de recursos . . . . .* 547

MARIA VITÓRIA GALVAN MOMO

*Um diálogo entre justiça e busca pela verdade no modelo processual cooperativo: o caso das provas ilícitas em processo civil . . . . .* 581

JORGE MIRANDA

*A propósito da dissolução da Assembleia da República. Breves apontamentos. . . . .* 643

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

*A ilicitude e a fraude à lei nos negócios jurídicos. . . . .* 659

JOSÉ LUÍS RAMOS

*Direito Real de Habitação Periódica: do bem de consumo à realidade . . . . .* 675

JOÃO TORNADA

*Suspensões e restrições à liberdade de religião e de culto no contexto da Covid-19 . . . . .* 691

ARTUR MILER / AMÉRICO AFONSO

*Sigilo profissional em medicina dentária e os desafios éticos do e-health: revisão narrativa . . . . .* 709

HIDEMBERG ALVES DA FROTA

*Recuperar o espaço público e proteger os direitos fundamentais dos comerciantes informais: balizas da Corte Constitucional da Colômbia (2010-2017) . . . . .* 719

RICARDO JOÃO DA SILVA MARCOS <i>O Tribunal Penal Internacional e a Constituição da República Portuguesa. Breves considerações sobre a conformidade constitucional.</i> . . . . .	749
---	-----

INÊS FREIRE DOS SANTOS <i>As responsabilidades parentais e a Igualdade de Género em tempos de pandemia: o caso das mulheres profissionais de saúde</i> . . . . .	761
---	-----

PARECERES

JORGE MIRANDA <i>Cooperativas e Crédito Agrícola Mútuo</i> . . . . .	153
---	-----

JOSÉ LEBRE DE FREITAS <i>Modificabilidade da providência cautelar e/ou do objeto sobre que incide</i> . . . . .	383
--	-----

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

TERESA DE MELO RIBEIRO <i>A fiscalização preventiva da constitucionalidade da Lei da Eutanásia</i> . . . . .	399
---	-----

TERESA SOUSA NUNES <i>Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 424/2020 de 31 de julho de 2020</i> . . . . .	789
---	-----

DOCUMENTOS

CARLOS SARDINHA <i>Alguns aspetos do estatuto jurídico das comunidades muçulmana e judaica no Portugal medieval</i> . . . . .	411
--	-----

ATUALIDADE

RÚBEN RAMIÃO <i>Uma breve reflexão sobre a eutanásia</i> . . . . .	181
---	-----

RICARDO JOÃO DA SILVA MARCOS <i>Donald Trump, O “Príncipe” ou o Anti-Maquiavel?</i> . . . . .	193
--	-----



# POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS



## Critérios de Publicação n'º Direito

1. A publicação de textos na revista *O Direito* depende de parecer prévio favorável da Comissão de Revisão, para verificação do cumprimento dos correspondentes critérios de publicação.

2. Os artigos a publicar n'º *O Direito* devem:

- (i) Cumprir os critérios de elevada qualidade científica, incluindo rigor, clareza e fundamentação científica, fixados no Estatuto Editorial da Revista;
- (ii) Ser inéditos;
- (iii) Cumprir o limite de 90.000 caracteres (cerca de 30 páginas), incluindo espaços e notas de rodapé;
- (iv) Incluir os nomes dos autores no corpo do texto em caracteres normais e os referidos em notas de pé-de-página em versaletes;
- (v) Incluir os títulos de monografias, obras coletivas e revistas em itálico e os de textos inseridos em revistas e em obras coletivas entre aspas, em caracteres normais;
- (vi) Incluir resumos em português e em inglês, com 500 caracteres cada.

3. Os textos a incluir na secção “Breves Comentários”, incluindo breves anotações de jurisprudência e recensões devem cumprir os critérios definidos para os artigos, salvo quanto ao limite de caracteres, que é de 25.000, e à extensão dos resumos, de 150 caracteres cada.

4. Os textos devem ser submetidos em versão final. Só há umas provas antes da publicação, na qual se admitem correções de gralhas, mas não a introdução de texto novo.

