

O DIREITO

Ano 144.º (2012), IV

Director

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 144.º (2012), IV

Director: JORGE MIRANDA

Fundadores

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

Antigos Directores

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocência Galvão Telles

Director

Jorge Miranda

Directores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Miguel Galvão Teles

Luís Bigotte Chorão

Propriedade de JURIDIREITO – Edições Jurídicas, Lda.

NIPC 506 256 553

Sede e Redacção: 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

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 300 exemplares

Assinatura anual € 61,20 (15% de desconto sobre o total dos números avulsos)

Número avulso € 18,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS - Digital Printing Services, Lda.

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

ARTIGOS DOUTRINAIS

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO <i>O clipping e o Direito de autor</i>	739
PAULO CARDINAL/YIHE ZHANG <i>Subnational Constitutionalism in the SARs of the People's Republic of China. An Exceptional Tailored Suit Model?</i>	789
VICTOR CORREIA <i>A judicialização e suas repercussões</i>	837
RICARDO PEDRO <i>“Salários de tramitação”: uma obrigação do Estado ... Brevíssima referência ao regime previsto no artigo 98.º-N do CPT</i>	851
ANDRÉ LAMAS LEITE <i>Direito Penal e discriminação religiosa – subsídios para uma visão humanista</i>	865
ANTÓNIO BAPTISTA <i>As constituições económicas portuguesa e espanhola em perspectiva comparada: transição democrática e abertura relativa dos sistemas económicos ibéricos</i>	909

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

<i>Sucessão de leis de patentes no tempo: a junção de reivindicações de produto químico ou farmacêutico a pedidos de patentes de processo nos procedimentos nacionais pendentes no INPI na data de início de vigência do CPI de 1995</i>	
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (2.ª Secção) de 27 de janeiro de 2010	953
Anotação por J. P. Remédio Marques	963



ARTIGOS DOUTRINAIS



O clipping e o Direito de autor*

PROF. DOUTOR ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

SUMÁRIO: I – O Direito de autor e o problema do clipping: 1. O Direito de autor; 2. A negociabilidade limitada; 3. A relevância patrimonial dos danos morais; 4. Os direitos de personalidade patrimoniais; 5. O direito de autor e os direitos conexos; 6. O problema do clipping. II – As entidades de gestão coletiva: 7. A evolução do Direito de autor; 8. As entidades de gestão coletiva; 9. Gestão, representação e mandato; 10. A Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto; 11. Os poderes das entidades de gestão coletiva. III – O Direito de autor nas publicações periódicas coletivas: 12. A cooperação; 13. Diretrizes gerais; o Direito de autor dos nossos dias; 14. Publicações periódicas; 15. O Direito vigente. IV – Utilização livre e clipping: 16. Os limites ao direito de autor; o teste dos três degraus; 17. A exclusão de proteção (7.º) e a utilização livre (75.º); 18. A revista de imprensa; 19. O clipping; 20. Consequências; a remuneração equitativa a acordar; 21. O problema da liberdade de informação; o direito moral de autor. V – Conclusões: 22. Conclusões.

I – O Direito de autor e o problema do clipping

1. O Direito de autor

I. O Direito de autor ou, mais latamente, o Direito sobre os bens intelectuais é uma disciplina civil, hoje reconhecida como autónoma. A doutrina sublinha que a sua especificidade resulta, muito vincadamente, da índole do seu objeto.

Afigura-se útil, para os presentes propósitos, recordar os grandes parâmetros do direito (subjetivo) de autor. De acordo com a boa metodologia jurídica, ela deveria assentar na prévia determinação do regime aplicável¹. Sucede, todavia,

* Destinado aos Estudos em Honra do Dr. Miguel Galvão Teles.

¹ Entre nós: OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil/Direito de autor e direitos conexos* (1992), 646 ss. e 667 ss.; JOSÉ ALBERTO COELHO VIEIRA, *A estrutura do Direito de autor no ordenamento jurídico português* (1992), especialmente 134 ss.; ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Contrato de direito de autor/A autonomia contratual na formação do direito de autor* (2008), especialmente 71 ss.; no estrangeiro, com indicações, referimos

que o Código do Direito de Autor não vem dar corpo a nenhuma construção coerente. Ele foi fruto das circunstâncias, tendo evoluído ao sabor de instrumentos internacionais díspares e de diversas contingências ligadas a problemas concretos que, bem ou mal, se pretenderam solucionar. A presente rubrica visa chamar a atenção para a existência de valorações unitárias no Direito de autor. Muitas vezes os “dualismos” e os “pluralismos” advêm de se lidar com noções não-compreensivas de direitos subjetivos e de não se atinar na origem do problema.

II. O direito de autor arrancou da aplicação da ideia de propriedade às realidades imateriais. Essa conceção está, de certo modo, ainda subjacente ao artigo 1303.º, do Código Civil. Foi a pandetística alemã que, ao reservar a propriedade para as coisas corpóreas, obrigou a repensar o tema dos direitos de personalidade, inicialmente negados por Savigny².

Na fase final do pandetismo, os direitos de personalidade foram potenciados e enriquecidos pelo tratamento dogmático alcançado pelos direitos sobre bens imateriais, recém-conquistados para a Ciência do Direito. Trata-se de um aspeto que deve ser enfatizado: os direitos de personalidade desenvolveram-se apoiados na prática e nas necessidades de dar corpo aos vetores humanistas que, perante novas realidades animaram o Direito civil.

No tocante às manifestações “parcelares” que, na periferia, animaram os direitos de personalidade temos, em primeiro lugar, o tema das patentes. Mercê da rápida industrialização surgiu, em 1877, a Lei Alemã das Patentes. Visando explicar a tutela aí dispensada aos seus titulares, Carl Gareis introduz a ideia do “direito individual”³. Haveria, depois, um “direito individual geral”⁴:

(...) a ordem jurídica reconhece a cada pessoa o direito de se realizar como indivíduo, de viver e de desenvolver e valorizar as suas forças.

FRÉDÉRIC POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur* (2005), 30 ss., concluindo que a lei francesa consagra a conceção dualista (ob. cit., 45) e CHRISTIAN CZYCHOWSKI, em FRIEDRICH KARL FROMM/WILHELM NORDEMANN, *Urheberrecht/Kommentar*, 10.ª ed. (2008), § 11, Nr. 1 (269), explicando que a lei alemã recebe a teoria monista, de acordo com a doutrina dominante. No mesmo sentido, ULRICH LOEWENHEIM, em GERHARD SCHRICKER/ULRICH LOEWENHEIM, *Urheberrecht/Kommentar*, 4.ª ed. (2010), 2531 pp., § 11, Nr. 3 (273) e, pelo prisma do Direito de personalidade, HORST-PETER GÖTTING, em GÖTTING/ /SCHERTZ/SEITZ, *Handbuch des Persönlichkeitsrechts* (2008), § 15 (284 ss.).

² FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* 1 (1840), § 53 (335-338).

³ CARL GAREIS, *Das Deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877 erläutert*, cit. através da rec. de PAUL LABAND, ZHR 23 (1878), 621-624.

⁴ *Apud* LABAND, *Das Deutsche Patentgesetz* cit., 621.

Neste “direito individual geral”⁵ tem-se visto o “direito geral de personalidade” depois referido por alguns pandetistas e que floresceria, mais tarde, na sequência da 2.^a Guerra Mundial.

III. Paralelamente, Josef Kohler batia-se pelos direitos dos bens imateriais⁶. Eles não dariam lugar a uma “propriedade espiritual” e não se limitariam a possibilitar uma determinada defesa: pela positiva, facultariam a exploração económica de um bem imaterial⁷. Na base, todavia, Kohler acabaria por colocar o “direito individual”, patente em ulterior escrito sobre o direito ao nome⁸. Segundo Kohler,

O direito ao nome só pode ser bem apreendido como peça ou parte do direito individual. O nome como tal não é objeto do direito; o nome é caracterização tal como o monograma, como o pseudónimo; mas objeto do direito é a própria pessoa porquanto ela pode exigir que ninguém use alguma fórmula que provoque confusão, troca ou diminuição da pessoa, na exteriorização de atos⁹.

Também a fotografia não poderia ser usada sem autorização do fotografado¹⁰.

Kohler aprofundaria o seu pensamento a propósito dos direitos relativos a cartas-missivas¹¹. Tratar-se-ia de um direito ao substrato geral¹², tendo o autor o direito exclusivo do seu aproveitamento económico e o de preservar a matéria em jogo.

O cultivo destes pontos dogmáticos era dobrado pela análise – sempre apoiada em institutos concretos – do papel dos princípios jurídicos na defesa das instituições e dos ideais¹³. O nome de Kohler deve, assim, ser retido entre os primeiros dogmáticos dos direitos de personalidade¹⁴.

⁵ Ao qual, de resto, LABAND, *Das Deutsche Patentgesetz* cit., 622, não se mostra favorável.

⁶ JOSEF KOHLER, *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht* I, JhJb XVIII (1879), 129-138 e II, JhJb XVIII (1879), 329-442 (478, com os três anexos), 129 e *passim*.

⁷ J. KOHLER, *Das Autorrecht* cit., 130-131, 337 e 338.

⁸ J. KOHLER, *Das Individualrecht als Namensrecht*, AbürglR V (1891), 77-110.

⁹ J. KOHLER, *Das Individualrecht* cit., 77; quanto à possibilidade de o “eu” dispor da própria personalidade, KOHLER remete para o seu *Autorrecht*.

¹⁰ J. KOHLER, *Das Individualrecht* cit., 89.

¹¹ J. KOHLER, *Das Recht an Briefen*, AbürglR 7 (1893), 94-149.

¹² J. KOHLER, *Das Recht an Briefen* cit., 94.

¹³ J. KOHLER, *Die Ideale im Recht* V (1891), 161-265 (250 e *passim*).

¹⁴ Cf. LEO BURCKAS, *Eigentumsrecht. Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht an Briefen* (1907), 69.

IV. O progressivo domínio dogmático da “periferia” da personalidade permitiu o esforço de abstração necessário para se alcançar a ideia de “bem de personalidade”, base de qualquer dogmática coerente de direitos de personalidade.

Estes vêm, assim, a ser afirmados, na pandetística tardia, já sem dúvidas ou indecisões. Autores como Regelsberger¹⁵ e Otto von Gierke¹⁶ reportam-se aos direitos de personalidade como direitos subjetivos privados e não patrimoniais¹⁷. Todavia, o desenvolvimento era ainda escasso, de tal modo que o tema não logrou uma consagração geral no BGB¹⁸.

A doutrina e a jurisprudência subsequentes encarregaram-se disso. Hoje, os direitos de personalidade constituem um patrimônio civil nuclear, reconhecido e pacífico. O seu papel no Direito de autor é básico e está assegurado¹⁹.

2. *A negociabilidade limitada*

I. Já foi entendido que os direitos de personalidade seriam, por essência, *extra commercium*. Não é assim²⁰. O artigo 81.º/1, do Código Civil, admite, em termos genéricos, a limitação voluntária dos direitos de personalidade, desde que não se mostre atingida a ordem pública. Além disso, o artigo 79.º/1, do mesmo Código, refere, a propósito do direito à imagem, a hipótese de o retrato de uma pessoa ser “... lançado no comércio ...”, termos esses que são repetidos no n.º 3 desse preceito. Também o direito ao nome admite negócios, no âmbito comercial.

II. Os direitos de personalidade representam, como quaisquer outros direitos subjetivos, posições de liberdade, reconhecidas ao seu beneficiário. Nessa qualidade, eles implicam disponibilidade.

As grandes restrições advêm da não-patrimonialidade de vários deles e da inerência de todos: o Direito poderá consentir em limitações graciosas e

¹⁵ FERDINAND REGELSBERGER, *Pandekten*, 1 (1893), § 50 (197-198); diz este Autor que as pessoas têm direitos ao próprio corpo e ao espírito, sem relação com coisas ou com outras pessoas.

¹⁶ OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht* I (1895), § 81 (702 ss.); os direitos de personalidade são os que concedem ao seu sujeito o domínio sobre uma parcela da própria esfera de personalidade; tratar-se-ia de direitos subjetivos, reconhecidos por todos.

¹⁷ OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht* cit., 1, 705-706.

¹⁸ Vide BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts* I (1906, reimp., 1984), 173 ss. Quanto à luta pelos direitos de personalidade antes de 1900, cf. JÜRGEN SIMON, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen/Ein Entwicklungsprozess* (1981), 169 ss.

¹⁹ Uma exposição de Direito de personalidade, pelo prisma do Direito de Autor, pode ser vista em JUDITH MÜLLER, no PETER RAUE/JAN HEGEMANN, *Urheber- und Medienrecht* (2011), § 12 (314 ss.).

²⁰ Vide KARL-NIKOLAUS PEIFER, *Individualität im Zivilrecht* (2001), 270 ss.

temporárias: mas não na sua troca por dinheiro ou numa alienação definitiva. Quanto à graciousidade, será o caso dos direitos do círculo biológico e do círculo moral. Todavia, apenas caso a caso será possível formular um juízo definitivo. No tocante à temporalidade: o artigo 81.º, do Código Civil, fixa uma regra de livre revogabilidade, “... ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. Em rigor, trata-se de denúncia e não de revogação, já que a figura procede em situações duradouras e não tem eficácia retroativa. A indemnização deve ser cabal, tendo em conta as circunstâncias do caso. Ela não poderá ser agravada por cláusula penal compulsória, sob pena de se pôr em causa a livre “revogabilidade” (ou denunciabilidade); já uma cláusula penal que se limite a prever os danos e a inverter o ónus da sua prova²¹ parece possível e conciliável com a negociabilidade limitada: denunciado o contrato limitador dos direitos de personalidade do interessado, presumir-se-ia que os “... prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte” seriam os emergentes da cláusula penal. O interessado, querendo e podendo, provaria que seriam inferiores, abrindo às partes a redução da cláusula.

A negociabilidade limitada serve interesses sérios; não pode ser fonte de chicanas e de falta de seriedade nas contratações.

III. Disseminadas na lei, podemos localizar diversas disposições que, traduzindo a referida “negociabilidade limitada”, podem visar situações de personalidade ou situações mescladas com elementos de personalidade. Assim, referindo artigos do Código Civil:

- a cessão de créditos é possível, entre outros aspetos, “... quando o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor” – artigo 577.º/1;
- o credor não pode ser constrangido a receber a prestação de terceiro “... quando a substituição o prejudique” – artigo 767.º/2;
- a sanção pecuniária compulsória não é possível nas prestações de facto “... que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado” – 829.º-A;
- a execução de um contrato é possível, designadamente “... sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida” – artigo 830.º/1;
- são absolutamente impenhoráveis as coisas ou direitos inalienáveis – 822.º, *d*), do Código de Processo Civil;

²¹ Vide, quanto a estas categorias, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização* (1990), 282, 601 ss. e *passim*.

- não podem extinguir-se por compensação os créditos impenhoráveis, exceto entre si – 853.º/1, b), a interpretar restritivamente, de modo a não abranger os créditos absolutamente impenhoráveis.

Podemos, daqui, retirar vetores de ordem geral. Assim, os direitos de personalidade que assumam natureza creditícia, mercê da negociabilidade limitada, não são cedíveis (sobretudo sem o consentimento do “devedor”), não podem ser efetivados por terceiros, não podem ser objeto de sanções pecuniárias compulsórias ou de execução específica, são impenhoráveis e não se extinguem por compensação. Outros vetores surgem em domínios especiais, com relevo para o Código de Trabalho.

IV. Mas sob todas estas regras, pode haver uma patrimonialidade latente que permita negociações. A essência pessoal não é prejudicada, como melhor iremos verificar. Há, sim, que lidar com ambas as realidades, de modo a melhor preservar o essencial.

3. *A relevância patrimonial dos danos morais*

I. O Direito tradicional, particularmente no Sul da Europa, demonstrava uma certa aversão pela patrimonialidade. Recordamos que, segundo as Ordenações, a prática do comércio era expressamente proibida aos clérigos, aos fidalgos e aos cavaleiros, (...) *porque não convém a suas dignidades* (...) ²². Essa regra ilustra os preconceitos ancestrais contra o comércio. O Marquês de Pombal tentou remar contra um estado de coisas, que sempre prejudicou o País. Nesse sentido e como exemplo, determinou que quem entrasse para a Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão com 10.000 cruzados tinha vários privilégios, prosseguindo ²³:

E o commercio, que nella se fizer na sobredita forma, não só não prejudicará à nobreza das pessoas que o fizerem, no caso em que a tenham herdado, mas antes pelo contrário será meio próprio para se alcançar a nobreza adquirida (...).

II. Estas singularidades prolongaram-se no Direito civil. No século XIX, não se conhecia a categoria de danos morais.

²² *Ordenações Filipinas*, Liv. IV, Tít. XVI = ed. Gulbenkian, IV e V, 801. *Vide* o nosso *Direito comercial*, 3.ª ed. (2012), 87.

²³ *Vide* o nosso *Direito das sociedades I*, 3.ª ed. (2011), 114.

De facto, os artigos 2384.º a 2387.º do Código de Seabra dispunham sobre prejuízos ressarcíveis no caso de homicídio ou de ferimentos: só especificavam danos patrimoniais, abstraindo dos restantes. Os danos morais não seriam ressarcíveis, por falta de base legal. Além disso, veio sustentar-se que as obrigações insuscetíveis de avaliação pecuniária não poderiam, quando violadas, dar lugar a uma sanção²⁴. Finalmente e nas palavras de Manuel de Andrade,

O dinheiro e os danos morais são entidades absolutamente heterogéneas, não podendo, pois, existir qualquer equivalência entre elas. De resto, só numa concepção genericamente materialista da vida é que pode aceitar-se a ideia de saldar com dinheiro quaisquer valores morais sacrificados; de atribuir ao ofendido, no caso de danos morais, o direito de apresentar uma conta ao ofensor²⁵.

III. Tais asserções não são hoje admitidas. Desde logo surpreende que se venha invocar a intangibilidade da ofensa moral ... para a deixar sem proteção. A indemnização pode ter uma função ressarcitiva, apagando o dano: assim será, em princípio, nos danos patrimoniais. Mas pode, também, ter uma função compensatória: ainda que se saiba ser impossível suprimir determinado dano, é preferível arbitrar uma indemnização que, de certo modo, compense o mal feito, do que nada fazer.

Além disso, sabe-se, hoje, que a responsabilidade civil tem um papel punitivo: visa ressarcir o mal feito e desincentivar, quer junto do agente, quer junto de outros elementos da comunidade, a repetição das práticas prevaricadoras.

Deu-se uma evolução doutrinária e jurisprudencial que, aos poucos, veio a consagrar a ressarcibilidade de danos morais. Esta foi admitida perante leis especiais que a consentissem²⁶ e, esporadicamente, sob a invocação de preceitos constitucionais retirados da Constituição de 1933²⁷. Todavia, a prática anterior ao Código Civil vigente procurava, sempre, acolher-se a leis especiais²⁸. Uma

²⁴ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil*, 4 (1931), 343.

²⁵ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, com a col. de RUI DE ALARCÃO, 3.ª ed. (1966), 165. O próprio ANDRADE acabava, depois, por admitir a indemnização por danos morais, quando correspondesse a uma cláusula penal.

²⁶ Tal o caso do artigo 34.º do Código de Processo Penal de 1927; cf. RCB 18-nov.-1947 (CARLOS SAAVEDRA), BMJ 6 (1948), 252-257 (256-257) e STJ 13-dez.-1947 (TAVARES DA COSTA), BMJ 4 (1948), 110-113 (111-112).

²⁷ STJ 20-jul.-1951 (RAÚL DUQUE), BMJ 26 (1951), 235-238 (237); em concreto, não foi, aí, arbitrada uma indemnização por, segundo o Supremo, não se terem especificado os danos.

²⁸ STJ 22-jul.-1952 (CAMPELO DE ANDRADE), BMJ 32 (1952), 250-252, STJ 13-mar.-1962 (AMÍLCAR RIBEIRO), BMJ 115 (1962), 429-432 (431), STJ 24-abr.-1962 (ALFREDO JOSÉ DA FONSECA), BMJ 116 (1962), 443-446 (444 e 445), STJ 22-dez.-1964 (ALBUQUERQUE ROCHA), BMJ 142 (1965), 332-337 (337) e STJ 19-jan.-1965 (GOMES DE ALMEIDA), BMJ 143 (1965), 204-207 (207).

viragem favorável ao ressarcimento de danos morais, independentemente de tais constrangimentos, ocorreria já próxima da mudança de códigos²⁹.

IV. Aquando da preparação do que viria a ser o Código Civil de 1966, o tema da ressarcibilidade dos danos morais foi aprofundado por Vaz Serra³⁰, que deu uma resposta positiva de princípio. Acabaria por, na parte agora em causa, formular a proposta seguinte³¹:

artigo 759.º (Satisfação do dano não patrimonial)

1. O dano não patrimonial é objeto de satisfação pecuniária quando seja suficientemente grave e merecedor de proteção jurídica. Tal acontece, em especial, nos casos de lesão de direitos de personalidade (...)

O preceito passou, com adaptações, ao artigo 496.º/1, do Código Civil. Hoje, a responsabilidade (ou a compensabilidade) de danos morais, através de adequadas indemnizações, não oferece dúvidas: no espaço nacional³² como no de outros países³³. Apenas há que, entre nós, insistir na dignificação das indemnizações.

4. *Os direitos de personalidade patrimoniais*

I. A evolução acima apontada, quer na vertente dos direitos de personalidade, quer na da compensabilidade dos danos morais permite apontar a categoria geral dos direitos de personalidade patrimoniais. Essa categoria, ilustrada com o direito ao nome³⁴ e com o direito à imagem³⁵, explicaria a existência de direitos relativos a bens de personalidade suscetíveis de, no mercado, serem trocados por dinheiro ou, pelo menos, estilizados de forma economicamente relevante.

II. A patrimonialidade não é nenhuma degradação: antes um complemento de vivências humanas. O Direito não pode ignorar essa realidade, nem, muito menos, lamentar a espiritualidade perdida. Deve, antes, corrigir abusos

²⁹ STJ 18-nov.-1966 (GONÇALVES PEREIRA), BMJ 161 (1966), 389-392 (391).

³⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Reparação do dano não patrimonial*, BMJ 83 (1958), 69-111 (106). Esta matéria pode ser comodamente confrontada em JACINTO RODRIGUES BASTOS, *Das obrigações em geral*, II (1972), 116 ss.

³¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Direito das obrigações*, BMJ 101 (1960), 15-408 (137).

³² Vide o nosso *Tratado de Direito civil II – Direito das obrigações*, 3 (2010), 513 ss.

³³ P. ex., THORSTEN FUNKEL, *Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld* (2001), XVII + 264 pp.

³⁴ Vide o nosso *Tratado de Direito civil I*, 4.ª ed. (2012), 892 ss.

³⁵ *Idem*, 233 ss.

e salvaguardar a dignidade relativa a bens que comportem a dimensão pessoal e patrimonial. Bastará um exemplo: não pagar o salário devido envolve um incumprimento pecuniário; mais grave do que isso: implica uma grave desconsideração pelo trabalho de um ser humano.

III. A possibilidade de, licitamente, colocar no mercado, ainda que com certos limites, os direitos de personalidade ligados à criação intelectual (portanto: os direitos morais de autor) é hoje reconhecida³⁶. Resulta, daí, um aspeto do maior relevo: os direitos de autor nunca podem ser tratados como puras realidades patrimoniais. O seu regime é sempre infletido pela componente de personalidade que comporta³⁷.

5. O direito de autor e os direitos conexos

I. A evolução acima apontada é útil para melhor surpreender a natureza do direito de autor. As considerações obtidas são aplicáveis aos direitos conexos.

O direito subjetivo é uma posição vantajosa marcada pela liberdade. O beneficiário dispõe de uma permissão normativa de aproveitamento de um bem³⁸. Mas por razões histórico-culturais que se projetam nas normas de hoje, essa permissão é conferida em termos compreensivos (por oposição a analíticos). Tomando o exemplo universal do direito de propriedade: ele implica a concessão de um conjunto infindo de possibilidades, totalmente variável consoante o objeto em jogo e as circunstâncias de cada caso.

II. A esta luz, compreende-se que a doutrina mais aprofundada defenda um monismo do direito de autor, sem preocupações de saber se se trata de “monismo pessoal” ou de “monismo patrimonial”. O direito de autor confere, ao titular, uma tutela conjunta dos seus interesses espirituais e materiais³⁹. De resto, sem bem pensarmos, ambos os aspetos estão interligados:

- o desrespeito pelo “direito moral” do autor atinge a sua capacidade de gerar riqueza;
- o postergar do “direito patrimonial” fere a dignidade da obra e do seu criador.

³⁶ LOEWENHEIM, em SCHRICKER/LOEWENHEIM, *Urheberrecht*, 4.^a ed. cit., § 32, 13 (699-700) e *passim*.

³⁷ Vide HAIMO SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5.^a ed. (2010), § 3, II (23 ss.).

³⁸ Vide o nosso *Tratado de Direito civil I*, 4.^a ed. (2012), 892 ss.

³⁹ GERNOT SCHULZE, em THOMAS DREIER/GERNOT SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, 3.^a ed. (2008), § 11, Nr. 2 (204); WINFRIED BULLINGER, em ARTUR-AXEL WANDTKE/WINFRIED BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3.^a ed. (2009), § 11, Nr. 1 e 2 (219-220); CHRISTIAN CZYCHOWSKI, em NORDEMANN/NORDEMANN, *Urheberrecht*, 10.^a ed. cit., 269, já referido.

A doutrina mais recente complementa a concepção unitária assim exposta justamente com o reconhecimento dos direitos de personalidade patrimoniais⁴⁰.

III. Poder-se-ia contrapor que os regimes aplicáveis ao “direito moral” são diferentes dos do “direito patrimonial”. Mas também isso sucede com o direito de propriedade: o denominado uso e fruição podem ser concedidos a outras pessoas, em termos variáveis sem que, por isso, se introduzam elementos de dualidade no direito real máximo.

O monismo tem, de resto, vindo a ser reconhecido como a melhor via técnica de explicar os esquemas vigentes⁴¹. Excetua-se o caso francês, onde o dualismo se mantém ativo. Mas essa posição não pode deixar de ser aproximada da fraqueza doutrinária que os direitos de personalidade têm acusado, em França⁴².

IV. A interligação entre os aspetos morais e patrimoniais dos direitos de autor, numa síntese de princípio, é aplicável, com as necessárias adaptações, aos direitos conexos. Rejeitando a ancestral (e nociva) tendência para desconsiderar a comerciabilidade: o reconhecimento dessa síntese não é nenhuma despromoção para a espiritualidade das criações.

Ocorre, aqui, afastar a minoração do direito do produtor, por ser uma (mera) empresa. Embora seja claro que o direito do produtor tem uma dimensão patrimonial evidente, devemos admitir que não lhe são indiferentes os aspetos “morais” envolvidos. O produtor, ao fixar uma obra, envolve o seu bom nome e acolhe a dimensão “moral” do autor e do intérprete. A tutela da integridade da obra protege, também, o produtor; a sua paternidade representa, para ele, um bem inestimável. Até por razões pedagógicas, o Direito não pode “condenar” as entidades produtivas a um anátema.

V. Em suma: os direitos sobre bens imateriais traduzem uma síntese frutuosa, entre as dimensões “moral” e “patrimonial”. Tal síntese previne contra cortes na realidade, que mesmo quando necessários para efeitos de análise, devem ser superados pela ideia do conjunto

⁴⁰ MANFRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 16.^a ed. cit., 17.

⁴¹ Na Suíça, onde o dualismo fez alguma carreira mercê da influência francesa – vide MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, *Urheberrecht*, 3.^a ed. (2008), 77-78 – surge hoje – cf. DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, *Urheberrecht*, 3.^a ed. (2008), 212 – o monismo.

⁴² Vide o nosso *Tratado de Direito civil IV*, 3.^a ed. (2011), 56 ss.

6. O problema do clipping

I. O *clipping* (em alemão: *Pressespiegel*) consiste na atividade de selecionar e de recortar, em notícias, comentários e editoriais publicados em jornais, em revistas, na Internet ou em outros meios de comunicação social, determinados troços, ordenados por temas, disponibilizando os “pacotes” assim obtidos⁴³.

Inicialmente, o *clipping* era feito materialmente, através de recortes e colagens. Depois, passou-se a uma recolha e disponibilização por via eletrónica: *scanner* e comunicação por via eletrónica⁴⁴.

II. A questão não é simples: não pode ser expeditamente solucionada com a afirmação de que a notícia pertence a todos ou de que não há lei expressa sobre esta matéria. A doutrina que toca nestes temas (e que em Portugal é muito escassa) ou exprime dúvidas sérias, inculcando que o *clipping* cai sob o Direito de autor⁴⁵ ou entende, depois de alongado estudo, que o *clipping*, para mais sendo remunerado, não dispõe do privilégio de não se submeter ao Direito de autor⁴⁶. O *clipping* remunerado não é livre⁴⁷.

III. Com efeito, o *clipping*, para mais quando comercial, permite, a cada interessado, aceder, mediante uma pequena quantia, a todas as notícias, comentários ou editoriais que lhe interessem. No limite, deixará de comprar jornais ou revistas: basta subscrever o *clipping* que, para ele, tenha relevo.

A publicidade é severamente causticada: em princípio, ela não irá surgir em nenhum pacote de *clipping*. Também no limite, faltará quem queira anunciar

⁴³ Além de outra bibliografia, referimos, desde já: JULIA VOGTMEIER, *Elektronische Pressespiegel in der Informationsgesellschaft/Einordnung und Beurteilung nach dem neuen Urheberrecht* (2004), XXV + 344 pp., 7-8; VERA GLAS, *Die urheberrechtliche Zulässigkeit elektronischer Pressespiegel* (2008), XXII + 248 pp., 2 e RAUE/HEGEMANN, *Urheber- und Medienrecht* cit., 91 ss.; vide LORETO CORREDOIRA Y ALFONSO, *Press clipping and other information services: Legal analysis and perspectives* (2007), n.º 1 (confrontável na Net).

⁴⁴ STEFAN LÜFT, em WANDTKE/BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3.ª ed. cit., § 49, Nr. 3 (747). Distinguindo várias modalidades: TONIA ROGGE, *Elektronische Pressespiegel in urheber- und wettbewerbsrechtlicher Beurteilung* (2001), 4 ss.; traçando a evolução: JULIA VOGTMEIER, *Elektronische Pressespiegel* cit., 3 ss.; vide GERALD SPINDLER, *Die Archivierung elektronischer Pressespiegel*, AfP 2006, 406-412.

⁴⁵ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito de autor* (2011), 379.

⁴⁶ VERA GLAS, *Die urheberrechtliche Zulässigkeit elektronischer Pressespiegel* (2008), 248 pp., 228 ss. e *passim*, como exemplo.

⁴⁷ FABIAN NIEMANN, *Pressespiegel de lege ferenda*, CR 2003, 119-126 (126), a propósito do alcance do BGH 11-jul.-2002, abaixo referido e JULIA VOGTMEIER, *Elektronischer Pressespiegel* cit., 256-257 e *passim*.

nos jornais e nas revistas. Para quê? Os anúncios não irão chegar aos clientes mais robustos, que preferem subscrever o *clipping*.

Atentemos, por fim, no plano jornalístico. O jornalismo, particularmente se de qualidade, implica investimentos de diversa ordem. Há que formar profissionais competentes. Estes devem ser dignamente pagos. Cabe financiar viagens, alojamento, seguros e material diverso. Se o produto de todo este trabalho for disponibilizado, pelo *clipping*, através de empresas que não têm quaisquer custos ou despesas, o que restará para os verdadeiros órgãos de informação? Será pensável que o Direito aceita o enriquecimento injusto que tudo isto implica? E os aspetos morais?

IV. Não é credível que, perante uma problemática deste tipo, o Direito nada tenha a dizer. Repare-se que, para além de evidentes aspetos patrimoniais, também o plano moral ou de personalidade inerente às obras envolvidas está em causa. O *clipping* pode fazer associações desprimorosas: o autor de uma notícia poderá não querer ver o seu nome e o seu trabalho lado a lado com *gangsters* ou crimes infames. Os pacotes de *clipping* não se preocupam com tais sensibilidades: visam, tão-só, satisfazer os clientes.

Em suma: o *clipping* deve ser estudado com humildade, num pano de fundo jurídico. O Direito, para mais nos nossos dias, não deixa situações injustas sem solução. Além disso, deparamos com um plano ético. Na era da digitalização, há que estar atento aos direitos dos criadores intelectuais: ou mataremos as obras⁴⁸.

II – As entidades de gestão coletiva

7. A evolução do Direito de autor

I. A ideia de que o autor tem um direito sobre o produto da sua criação exige um esforço elevado de abstração. Por isso, ela é relativamente recente⁴⁹.

O problema de um direito imaterial a uma obra do espírito pôs-se, inicialmente, a propósito de obras literárias, após a invenção da imprensa. Criou-se um

⁴⁸ Vide o pequeno mas interessante ensaio de PHILIPP THEISON, *Literarisches Eigentum/Zur Ethik geistiger Arbeit im digitalen Zeitalter. Essay* (2012), 137 pp. O declínio do mercado dos “cd” e dos “dvd”, motivado pelas técnicas da pirataria informática é o facto a combater; vide ALAN C. CHEN, *Peer-to-Peer Services Facilitate Copyright Infringement*, em AAVV, *Copyright Infringement* (2009), 81-93.

⁴⁹ Um apanhado histórico muito interessante sobre o Direito de autor e a sua evolução pode ser confrontado no preâmbulo do Decreto n.º 13:725, de 3 de junho de 1927, DG I Série, n.º 114, de 3-jun.-1927, 902-906. Vide LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil IV* (1931), 22 ss. e LUÍS FRANCISCO REBELLO, *Introdução ao Direito de Autor* (1994), 251 pp., 29 ss.

esquema de privilégios: o soberano atribuía a determinado livreiro o privilégio de, em exclusivo, editar certa obra. A posição do autor não era reconhecida. Ainda antes da Revolução Francesa, o Conselho de Estado pôs termo a privilégios perpétuos, reconhecendo o direito do autor à obra criada.

Na Revolução Francesa, admitiu-se o princípio de que, ao autor, cabia a propriedade da sua obra, mantendo-se, nos seus herdeiros, por um período que veio a ser alargado por leis sucessivas.

II. Em Portugal, o tema do Direito de autor foi espoletado pela Constituição de 1838. Esta, no seu artigo 23.º relativo à propriedade, dispunha no § 4.º⁵⁰:

Garante-se aos inventores a propriedade das suas descobertas, e aos escriptores a de seus escriptos, pelo tempo e na fôrma que a lei determinar.

Apesar de alguns esforços, entre os quais a apresentação, por Almeida Garrett, de um projeto de Lei, na Câmara dos Deputados, em 18 de maio de 1839, apenas o Decreto de 8 de julho de 1851⁵¹ veio ocupar-se do tema.

A matéria teve, depois, acolhimento no Código Civil de Seabra, de 1867, em capítulo intitulado *Do trabalho litterario e artistico* (570.º a 612.º)⁵². A matéria obteve, aí, a seguinte ordenação:

- Secção I – Do trabalho litterario em geral (570.º a 593.º);
- Secção II – Dos direitos de auctores dramaticos (594.º a 601.º);
- Secção III – Da propriedade artistica (602.º);
- Secção IV – De algumas obrigações communs aos auctores de obras litterarias, dramaticas e artisticas (603.º a 606.º);
- Secção V – Da responsabilidade dos contrafactores da propriedade litteraria ou artistica (607.º a 612.º).

Como particularidades interessantes, registamos que o artigo 579.º reconhecia a propriedade literária aos sucessores do autor durante cinquenta anos, enquanto o artigo 590.º determinava:

A propriedade litteraria é considerada, e regida, como qualquer propriedade movel, com as modificações que, pela sua natureza especial, a lei expressamente lhe impõe.

⁵⁰ Confrontável no BMJ 236 (1974), 12.

⁵¹ Vide LUÍS FRANCISCO REBELLO, *Garrett, Herculano e a propriedade literária* (1999), 149 pp., 137 ss.

⁵² JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, I, 2.ª ed. (1894), 404 ss.

Apesar de pouco desenvolvido, o Código de Seabra marcou uma nova fase no Direito de autor⁵³.

III. Seguiu-se o Decreto n.º 13:725, de 3 de Junho de 1927, que veio aprovar o regime da *Propriedade literária, científica e artística*⁵⁴. Trata-se de um primeiro diploma de fôlego sobre o Direito de autor, antecedido por um longo preâmbulo histórico. Passemos a dar uma breve ideia do seu conteúdo:

- Capítulo I – Disposições gerais (1.º a 40.º):
 - Secção I – Do direito de publicação (1.º a 11.º);
 - Secção II – Do direito de propriedade literária e artística e do direito de reprodução (12.º a 40.º).
- Capítulo II – Do contrato de edição (41.º a 64.º);
- Capítulo III – Dos contratos de assinatura literária e bibliografia (65.º a 68.º);
- Capítulo IV – Do contrato de representação (69.º a 86.º);
- Capítulo V – Disposições especiais sobre propriedade artística (87.º a 95.º);
- Capítulo VI – Das transmissões, onerações e registo (96.º a 107.º);
- Capítulo VII – Do nome literário ou artístico e dos títulos das obras (108.º a 125.º);
- Capítulo VIII – Da violação e defesa dos direitos de autor (126.º a 137.º).

O Direito de autor surgia com regras próprias. Não obstante, mantinha-se uma especial aderência à propriedade, dispondo o seu artigo 36.º:

A propriedade literária ou artística é considerada e regida como qualquer outra propriedade mobiliária, com as modificações da presente lei.

O Decreto n.º 13:725, de 3 de junho de 1927, prestou bons serviços ao Direito de autor português e aos criadores em geral. Todavia, cedo foi ultrapassado pela evolução dos meios de reprodução e de comunicação das obras e pelas revisões da Convenção de Berna. Além disso, também se nos afigura clara uma pressão jurídico-científica advinda da evolução do Direito civil em geral e, particularmente, dos estudos tendentes à revisão do Código Civil.

Assim, uma Portaria de 6 de junho de 1946 designou uma comissão encarregada de elaborar um anteprojecto onde se fizesse uma harmonização do Direito interno com os textos internacionais e com as novas realidades. A Câmara Corporativa ocupou-se, depois, da matéria, vindo a aprovar um novo texto, em 24 de março de 1953.

⁵³ Data desta época a obra pioneira do VISCONDE DE CARNAXIDE (ANTÓNIO BAPTISTA DE SOUSA) (1847-1935), *Tratado da propriedade literária* (1918), 540 pp., 15 ss., quanto à propriedade literária.

⁵⁴ Este diploma pode ser confrontado em CARVALHO MAIA, *Propriedade literária, científica e artística* (1938), 93 pp., 5 ss.

Entretanto, foi concluída em Roma, a 26 de outubro de 1961, uma Convenção sobre os direitos vizinhos do direito de autor. Tudo isto conduziu, finalmente, à aprovação do Código do Direito de Autor, de 1966, mais precisamente através do Decreto-Lei n.º 46 980, de 27 de abril de 1966.

Trata-se já de um verdadeiro Código, assim arrumado:

- Título I – Das obras intelectuais e do direito de autor:
 - Capítulo I – Das obras intelectuais (1.º a 3.º);
 - Capítulo II – Do direito de autor (4.º a 61.º).
- Título II – Da utilização de obras intelectuais
 - Capítulo I – Disposições gerais (62.º a 70.º);
 - Capítulo II – Da publicação das obras e do contrato de edição (71.º a 101.º);
 - Capítulo III – Da representação, recitação e execução (102.º a 121.º);
 - Capítulo IV – Da utilização das obras cinematográficas (122.º a 136.º);
 - Capítulo V – Da gravação ou registo fonográfico e da reprodução por meios mecânicos e outros (137.º a 146.º);
 - Capítulo VI – Da obra fonográfica (147.º a 154.º);
 - Capítulo VII – Da radiodifusão e outros processos destinados à reprodução dos sinais, dos sons e das imagens (155.º a 162.º);
 - Capítulo VIII – Da tradução, arranjo e outras transformações das obras intelectuais (163.º a 168.º);
 - Capítulo X – Da utilização das criações das artes plásticas, gráficas e aplicadas (169.º a 177.º).
- Título III – Regimes especiais
 - Capítulo I – Jornais e publicações periódicas (178.º a 180.º);
 - Capítulo II – Da utilização livre (181.º a 188.º).
- Título IV – Do registo (189.º);
- Título V – Da violação e defesa do direito de autor
 - Capítulo I – Protecção dos direitos patrimoniais (190.º a 210.º);
 - Capítulo II – Protecção dos direitos morais (211.º a 214.º).

O Código do Direito de Autor colocou a matéria num patamar mais elevado. Infelizmente, não houve uma correspondência doutrinária que acompanhasse o progresso legislativo.

V. O Código não atingiria os vinte anos. O Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, veio aprovar um novo Código. No seu preâmbulo, são referidas as linhas de força seguintes:

- reunir num corpo único e coerente toda a legislação do Direito de autor;
- atualizar a matéria em função da realidade nacional e internacional;

- remodelar e aperfeiçoar a legislação anterior quanto à gestão do Direito de autor e aos vários contratos em jogo;
- assegurar o equilíbrio entre os vários agentes envolvidos na exploração dos direitos de autor.

Trata-se de Direito vigente, ainda que muito alterado. Iremos tomar nota das modificações surgidas, procurando ordenar a matéria em função das necessidades do estudo subsequente.

VI. O Código do Direito de Autor de 1985, muito generoso, não acautelava os direitos dos autores e de outros intervenientes, do ponto de vista destes. Desencadeou-se uma forte reação, que levou à aprovação da Lei n.º 45/85, de 17 de setembro, que alterou fortemente diversos aspetos iniciais, republicando o Código em anexo. Oliveira Ascensão, que teve um papel importante na versão inicial, reagiu fortemente⁵⁵, passando, na sua obra, a criticar a lei e a defender perspectivas redutoras, nas diversas matérias.

VII. O CDA foi, subsequentemente, alterado:

- pela Lei n.º 114/91, de 3 de setembro, com incidência nas associações de gestão do direito de autor;
- pelo Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de novembro, que transpôs a Diretriz n.º 92/100, de 19 de novembro, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos;
- pelo Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de novembro, que transpôs a Diretriz n.º 93/98, de 29 de outubro, sobre prazos de proteção;
- pela Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto, que transpôs a Diretriz n.º 2001/29, de 22 de maio, relativa à harmonização do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação;
- pela Lei n.º 24/2006, de 30 de junho, relativa ao direito de sequência em benefício do autor;
- pela Lei n.º 16/2008, de 1 de abril, que alterou também o Código da Propriedade Industrial; este diploma incidiu particularmente na área da tutela dos direitos de autor e republicou o Código do Direito de Autor.

A evolução geral das fontes legislativas ilustra uma certa procura de equilíbrio. O Direito de autor está sob uma enorme pressão derivada dos meios atuais de comunicação e de divulgação. Trata-se de uma vantagem cultural, se

⁵⁵ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor cit.*, 20.

for aproveitada nesse sentido. Mas ela envolve um risco mortal para a criação de obras.

Esta dimensão deve estar presente nas operações de interpretação e de aplicação.

8. *As entidades de gestão coletiva*

I. A defesa e a gestão dos direitos de autor pode ser feita isoladamente, por cada interessado. Mas tal hipótese, em si comum, levanta várias dificuldades práticas⁵⁶:

- o Direito de autor tem complexidades que recomendam a sua entrega a especialistas, com os custos inerentes;
- um autor isolado pode não ter interesse em defender os próprios direitos: os valores em jogo não justificam os encargos que isso implica;
- certas obras têm uma volatilidade que impede uma ponderação isolada de direitos; por exemplo, uma emissora de rádio utiliza centenas de obras, em moldes objetivamente aleatórios.

Desde cedo os autores passaram a associar-se, para defesa dos seus direitos⁵⁷. Assim, constituiu-se em França, no ano de 1777, a *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques*, por iniciativa de Beaumarchais. Outras iniciativas se seguiram, na primeira metade do século XIX. Na Alemanha, Richard Straus fundou o *Anstalt für musikalisches Aufführungsrecht*, em 1903, integrado na *Genossenschaft Deutscher Tónsetzer*. Multiplicaram-se as iniciativas⁵⁸. A Sociedade Portuguesa de Autores surgiu em 1925, como cooperativa.

II. As entidades de gestão coletiva encontraram abrigo no Código de 1966, segundo o seu artigo 66.º:

Os poderes relativos à utilização do direito de autor podem ser exercidos pessoalmente pelo seu titular ou por intermédio dos seus representantes, quer legais, quer voluntários.

⁵⁶ Quanto à evolução histórica neste domínio, TILO GERLAH, em WANDTKE/BULLINGER, *Praxiskommentar*, 3.ª ed. cit., Vor §§ 1 ff. WahrnG, n.º 2 (1943).

⁵⁷ Vide CHRISTOPH CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2.ª ed. (2009), 393 ss., com indicações, e MANFRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 16.ª ed. (2010), 335 ss., também com indicações.

⁵⁸ Um apanhado das entidades de gestão coletiva na Alemanha, pode ser confrontado em ROBERT HEINE/ROBERT STAATS, no RAUE/HEGEMANN, *Urheber- und Medienrecht* cit., 168 ss.

O artigo 67.º explicitava:

1. As associações nacionais ou estrangeiras constituídas para o exercício e defesa dos direitos e interesses dos autores desempenham essa função como mandatárias destes, resultando o mandato da simples qualificação de sócio ou de inscrição, sob qualquer designação, como beneficiário do serviço das mesmas associações.

O Código de 1966 punha a tónica das “associações para o exercício e defesa dos direitos e interesses dos autores”. Deve ter-se em conta que, na época (ainda não vigorava o Código Civil de 1966, tendo o CDA sido aprontado na década de cinquenta), o mandato envolvia representação. Abaixo iremos recordar, em rubrica própria, a evolução do mandato e da representação, no Direito português.

III. O Código de 1985 já consagrou, à gestão do direito de autor, uma secção específica: artigos 73.º a 75.º⁵⁹. Vamos consigná-los, para facilidade de análise:

Artigo 73.º

(Poderes de gestão)

Os poderes relativos à gestão do direito de autor podem ser exercidos pessoalmente pelo seu titular ou por intermédio de representante deste devidamente habilitado.

Artigo 74.º

(Mandatários do autor)

As associações e organismos nacionais ou estrangeiros constituídos para gestão do direito de autor desempenham essa função como mandatários dos respectivos titulares, resultando o mandato da simples qualidade de sócio ou da inscrição como beneficiário dos respectivos serviços.

Artigo 75.º

(Registo do mandato)

1 – O exercício do mandato a que se refere o artigo anterior, expressamente conferido ou resultante das qualidades nele mencionadas, depende de registo na Direcção-Geral dos Espectáculos e do Direito de Autor, do Ministério da Cultura.

⁵⁹ Vide, entre nós: PEDRO CORDEIRO, *A gestão colectiva na sociedade de informação*, DSI II (2001), 33-39 (37, sublinhando o seu papel relevante no domínio digital); ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Gestão individual e colectiva do direito de autor*, DSI IV (2003), 433-453 (436, com as vantagens para os diversos agentes); LUÍS FRANCISCO REBELLO, *Gestão de direitos no ambiente digital*, DSI VIII (2009), 339-359 (345 ss.).

2 – A inscrição no registo far-se-á mediante requerimento do mandatário acompanhado de documento comprovativo do mandato, podendo ser exigida tradução se o mandato estiver redigido em língua estrangeira.

3 – As taxas devidas pelos registos a que este artigo se refere e respectivos certificados são as que constam da tabela anexa ao presente Código e que dele faz parte integrante.

As alterações introduzidas pela Lei n.º 45/85, de 17 de setembro, não modificaram esses preceitos; apenas os renumeraram como artigos 72.º, 73.º e 74.º, respetivamente.

IV. A matéria veio a ser alterada pela Lei n.º 114/91, de 3 de setembro. Os artigos 73.º e 74.º (ou 74.º e 75.º, na numeração original do CDA), receberam a redação seguinte:

Artigo 73.º

Representantes do autor

1 – As associações e organismos nacionais ou estrangeiros constituídos para gestão do direito de autor desempenham essa função como representantes dos respectivos titulares, resultando a representação da simples qualidade de sócio ou aderente ou da inscrição como beneficiário dos respectivos serviços.

Artigo 74.º

Registo da representação

1 – O exercício da representação a que se refere o artigo anterior, expressamente conferido ou resultante das qualidades nele mencionadas, depende de registo na Direcção-Geral dos Espectáculos e do Direito de Autor.

2 – A inscrição no registo faz-se mediante requerimento do representante, acompanhado de documento comprovativo da representação, podendo ser exigida tradução, se estiver redigido em língua estrangeira.

3 – As taxas devidas pelos registos a que este artigo se refere e respectivos certificados são as que constam da tabela anexa ao presente Código e que dele faz parte integrante.

Oliveira Ascensão sublinha que “mandato” foi substituído por “representação”. Imputa essa modificação a uma pressão das sociedades de gestão, com o fito de se reforçarem. Opina no sentido da ineficácia da lei, uma vez que nem sempre haveria representação⁶⁰. Trata-se de um ponto que iremos verificar adiante⁶¹.

⁶⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor* cit., 694.

⁶¹ *Infra*, n.º 9.

A redação dada pela Lei n.º 114/91, de 3 de setembro, aos artigos 72.º a 74.º do CDA, sobreviveram às alterações posteriormente introduzidas nesse Código. Mantêm-se, pois, em vigor.

9. *Gestão, representação e mandato*

I. Os artigos 72.º a 74.º do CDA, a propósito da gestão do direito de autor, referem as categorias de “gestão”, de “representação” e de “mandato”. Cumpre contrapor essas noções.

O mandato é um contrato de origem romana, pelo qual uma pessoa pratica atos jurídicos por conta de outra⁶². A representação, de origem relativamente recente, é o instituto pelo qual os atos praticados por uma pessoa, em nome e por conta de outra, se repercutem direta e automaticamente na esfera desta. A gestão, por seu turno, traduz a prática de atos materiais e jurídicos correspondentes a uma determinada função. Trata-se de uma categoria desenvolvida no Direito das sociedades⁶³. Estas noções não coincidem, umas com as outras.

II. No sistema francês ou napoleónico, o mandato envolvia poderes de representação. Segundo o artigo 1984.º do Código Napoleão:

O mandato ou procuração é um ato pelo qual uma pessoa dá a outra o poder de fazer qualquer coisa para o mandante e em seu nome.

No Direito alemão, na sequência de Jhering⁶⁴ e de Laband⁶⁵, vieram a distinguir-se as duas figuras: o mandato é um contrato pelo qual o mandatário se obriga a praticar atos por conta do mandante; a representação deriva de procuração, a qual é um ato unilateral pelo qual o procurador recebe poderes de praticar atos em nome do representado, atos esses que vão produzir efeitos imediatos na esfera deste. Pode haver mandato com ou sem representação. Tem interesse recordar a evolução desta matéria no Direito português.

III. Nas Ordenações do Reino, não havia regras específicas sobre a representação. Regulava, com algum pormenor, o tema dos “advogados e procura-

⁶² Sobre toda esta matéria *vide* o nosso *Tratado de Direito civil V* (2011, 2.ª reimp.), 29 ss., com indicações.

⁶³ *Vide* o nosso *Direito das sociedades*, 1, 3.ª ed. (2011), 845 ss.

⁶⁴ RUDOLF VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, JhJb 1 (1857), 273-350 e 2 (1858), 67-180 (2, 131 ss.).

⁶⁵ PAUL LABAND, *Die stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften*, ZHR 10 (1866), 193-241 (193 ss.).

dores”⁶⁶, sendo ainda de referenciar leis extravagantes, sobre esse mesmo assunto⁶⁷. Não fazia, porém, uso da ideia de representação.

Quanto ao mandato, dizia Pascoal de Mello:

Por fim, chama-se mandato, outra convenção benéfica, ao contrato pelo qual uma pessoa comete a outra a administração graciosa de um negócio seu. Ora, nós não possuímos título nenhum especial acerca do mandato e dos mandatários, isto é, dos procuradores extrajudiciais; todavia, recebemos em nossas leis e costumes quase todas as disposições que se acham estabelecidas no direito romano, pois foram tiradas do direito das gentes⁶⁸.

Na literatura clássica anterior ao Código de Seabra, encontramos referências muito escassas à representação. Em Corrêa Telles e em Coelho da Rocha, o próprio termo “representação” era reportado, apenas, à representação sucessória.

A concessão de esquemas de representação era, todavia, bem conhecida. Efetiva-se através do mandato. Este conferiria poderes ao “procurador” ou “feitor”⁶⁹. Segundo Coelho da Rocha⁷⁰,

Mandato é o contracto, pelo qual uma pessoa se encarrega de praticar em nome de outra certo acto, ou de administrar um ou mais negocios alheios. Aquelle, que encarrega o negocio, chama-se *constituente*, ou *mandante*: e aquelle que o aceita chama-se *procurador*, ou *mandatario*: e o titulo que o mandante entrega para este effeito, chama-se procuração.

A ideia de representação veio a ser desenvolvida pelos jusnaturalistas, tendo sido divulgada, entre nós, por Heineccius⁷¹. De facto, ela estava presente no Direito comum, sendo frequentemente usada através do mandato. Apenas se

⁶⁶ Ord. Fil. Liv. I, tit. XLVIII = ed. Gulbenkian I, 85-91.

⁶⁷ DUARTE NUNES DO LIÃO, *Leis extravagantes*, 1.ª Parte, tit. XXI, ed. 1569, 51-52 = ed. Gulbenkian, 51-52.

⁶⁸ PASCOAL DE MELLO, *Instituições de Direito civil português* (trad. MIGUEL PINTO DE MENESES), Liv. 4, tit. 3, § 10 = BMJ 168 (1967), 59.

⁶⁹ Cf. J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez*, tomo III (1909, correspondente à ed. de 1845), 86 ss. (artigos 599 ss.).

⁷⁰ M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 8.ª ed. (1917, correspondente à 2.ª ed., 1848), § 792 (540); o Autor dá, aí, conta da escassez de elementos existentes quanto ao mandato o que, todavia, não era totalmente exato; cf. os elementos reportados por FERNANDO PESSOA JORGE, *O mandato sem representação* (1961), 75 ss.

⁷¹ HEINECCIUS, *Institutiones Iuris Civilis*, ed. JOÃO PEDRO WALDECK (1814), especialmente § 816 (385), onde afirma que é possível a administração de negócios alheios através de procurador; cf. também PESSOA JORGE, *O mandato sem representação* cit., 80-81.

impunha um especial esforço de abstração. Aí residiria o papel fundamental das codificações subsequentes.

IV. O Código de Seabra, beneficiando já da elaboração napoleónica e das reflexões anteriores, foi mais longe. Nos artigos 645.º e 646.º, a propósito da capacidade dos contraentes, veio dispor, respetivamente:

Os contractos podem ser feitos pelos outorgantes pessoalmente, ou por interposta pessoa devidamente auctorisada

e

Os contractos feitos em nome de outrem, sem a devida auctorisação, produzem o seu efeito, sendo ratificados antes que a outra parte se retracte.

Há, subjacente, uma ideia de representação, ainda que não referida.

A representação voluntária surgia, de modo direto, a propósito do contrato de mandato ou procuradoria. Dispunha o artigo 1318.º,

Dá-se contracto de mandato ou procuradoria, quando alguma pessoa se encarrega de prestar, ou fazer alguma cousa, por mandado e em nome de outrem. O mandato pôde ser verbal ou escripto.

As relações entre o mandato e a procuração resultavam do artigo 1319.º, que passamos a recordar:

Diz-se procuração o documento, em que o mandante ou constituinte exprime o seu mandato. A procuração pôde ser publica ou particular.

A matéria vinha regulada em pormenor, nos artigos subsequentes.

V. A penetração do pensamento pandetista a propósito da representação foi, entre nós, relativamente lenta. Num primeiro momento, apenas podemos sublinhar a passagem de certos desenvolvimentos exegeticos da área do mandato para a dos artigos 645.º e 646.º⁷².

Guilherme Moreira divulgou, na nossa linguagem jurídica, o termo “representação”, definindo os seus grandes parâmetros⁷³. Por influência manifesta da lei, mantém a representação voluntária como tendo a sua principal origem no

⁷² Vide, como exemplo, JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, vol. II, 2.ª ed. (1895), 8 (sem desenvolvimento) e III, 2ª ed. (1898), 5 ss. e CUNHA GONÇALVES, *Tratado cit.*, 4, 189 ss..

⁷³ GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito civil*, 1.º vol. (1907), § 38 (449 ss.).

mandato ou procuração⁷⁴; todavia, ele logo chama a atenção para o facto de nem sempre o mandato envolver representação: o mandatário poderia encarregar-se de celebrar o negócio jurídico no seu próprio nome⁷⁵.

O próprio Manuel de Andrade pouco mais avançou e isso já em plena preparação do Código Civil⁷⁶.

Entretanto, temos de contar com o Código Comercial ou Código Veiga Beirão, de 1888. De acordo com os conhecimentos da época, o mandato comercial, aí regulado, envolvia representação.

Assim, o artigo 231.º do Código Comercial, a propósito da noção de mandato comercial, dá-nos elementos próprios da representação. Segundo o seu teor,

Dá-se mandato comercial quando alguma pessoa se encarrega de praticar um ou mais actos de comércio por mandato de outrem.

Prosseguindo o § único:

O mandato comercial, embora contenha poderes gerais, só pode autorizar actos não mercantis por declaração expressa.

Encontramos, pois, uma distinção entre poderes gerais e especiais, relevante para a representação, mas que o próprio Código Vaz Serra, numa cedência ao passado napoleónico, manteve, como vimos, a propósito do mandato – artigo 1159.º.

A associação entre o mandato comercial e a representação aflora ainda no artigo 233.º do Código Comercial:

O mandato comercial, que contiver instruções especiais para certas particularidades de negócio, presume-se amplo para as outras; e aquele, que só tiver poderes para um negócio determinado, compreende todos os atos necessários à sua execução, posto que não expressamente indicados.

Trata-se de um aspeto básico do mandato mercantil⁷⁷. No Direito comercial, o mandato sem representação diz-se comissão ou contrato de comissão – artigos 266.º e seguintes do Código Comercial.

⁷⁴ *Idem*, 451. Tem ainda interesse, nesta fase, confrontar o desenvolvimento de JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do Direito civil*, II (1928), 439 ss.

⁷⁵ Referindo autores anteriores, FERNANDO PESSOA JORGE, *O mandato sem representação* cit., 73, nota 96, chama a atenção para uma tradição, radicada em França e, até, entre nós, e anterior a JHERING, de distinguir o mandato da procuração e da representação.

⁷⁶ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica* cit., 2, 285 ss. (293).

⁷⁷ Na falta de representação, a pessoa que se obrigue a providenciar contratos poderá ter celebrado um contrato (atípico) dito “mediação”; vide STJ 7-mar.-1967 (CARVALHO JÚNIOR), BMJ 165 (1967), 318-322 (321-322).

Inferimos daqui que, ao contrário do que se passa no Direito civil, o mandato comercial envolve sempre poderes de representação.

Apenas em meados do século XX, Inocêncio Galvão Telles, ensinando a matéria dos contratos⁷⁸ e, pouco depois, Ferrer Correia, estudando o tema da procuração, procederam a uma clara contraposição entre esta e o mandato⁷⁹. O pensamento de Jhering, completado com o de Laband, foram expostos, bem como os esquemas adotados pelo Código Civil alemão e pelo italiano.

Nessa sequência, Galvão Telles, no âmbito da preparação do Código Civil, propôs uma clara distinção entre a procuração, fonte de poderes de representação e o mandato⁸⁰. A proposta foi acolhida também no anteprojeto de Rui de Alarcão⁸¹.

O período concluir-se-ia da melhor forma com o estudo de Pessoa Jorge sobre o mandato sem representação⁸².

VI. O Código Civil de 1966, no termo de toda esta evolução, acolheu o sistema germânico da distinção entre procuração, fonte da representação – artigos 262.º e seguintes – e o mandato, modalidade de contrato de prestação de serviço – artigos 1157.º e seguintes – o qual pode ser com ou sem representação – artigos 1178.º e seguintes e 1180.º e seguintes, respetivamente. De todo o modo, a passagem de um modelo de tipo napoleónico para o germânico não implicou sobressaltos nem operou passivamente.

Já no âmbito do Código de Seabra, a doutrina sublinhara que o “mandato” era “... um dos raros contratos em que a aceitação da outra parte, neste caso a do mandatário, não figura, em regra, no título em que pelo mandante foram conferidos os poderes, nem tem de ser expressa”⁸³. Tudo se predispunha para

⁷⁸ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Dos contratos em geral/Lições proferidas no ano lectivo de 1945-1946* (1947), especialmente 262-263; cf. deste Autor, a 3.ª ed. dessa obra, sob o título *Manual dos contratos em geral* (1965), 311. Na 4.ª ed., refundida e atualizada, de 2002, vide 422-423.

⁷⁹ A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria da representação voluntária*, BFD XXIV (1948), 253-293 (258 ss.); trata-se da “lição” proferida pelo seu Autor no concurso para professor extraordinário da Faculdade de Direito de Coimbra. E assim – infelizmente – ele não contém as precisas fontes bibliográficas usadas por FERRER, na sua preparação. No entanto, parece patente o uso de diversos autores italianos, numa asserção confirmada pelas indicações de obras feitas no final.

⁸⁰ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, RFDUL X (1954), 161-245 (232-233) = BMJ 83 (1959), 114-283 (174-175).

⁸¹ RUI DE ALARCÃO, *Erro, dolo e coacção – representação – objecto negocial – negócios usuários – condição/ Anteprojectos para o novo Código Civil*, BMJ 102 (1961), 167-180 (171 ss.) e *Breve motivação do anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto social*, BMJ 138 (1964), 71-122 (103).

⁸² FERNANDO PESSOA JORGE, *O mandato sem representação* (1961).

⁸³ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, 12 (1933), 388.

o surgimento da procuração como um negócio unilateral, a distinguir do mandato⁸⁴.

Após a entrada em vigor do Código de 1966, mantiveram-se algumas situações de confusão entre mandatários e procuradores: o chamado mandato judicial envolve sempre poderes de representação enquanto, por exemplo, os “mandatários” referidos no artigo 1253.º, c), são, necessariamente, os que atuam no âmbito de um mandato com representação.

Se é certo que estas particularidades, oriundas do regime anterior, permitem dar uma identidade ao Direito português, não é menos seguro que, na falta de claros indícios, prevalecerá a metodologia legal imposta pelo Código Civil e há meio século celebrada pela doutrina.

Podemos de todo o modo afirmar, perante a globalidade do sistema jurídico português vigente, que a receção do esquema pandetístico assente na contraposição entre o mandato e a representação operou, apenas, em termos parciais. O Código Civil, no seu núcleo, faz a distinção. Em áreas mais periféricas, como a do artigo 1253.º, c), a referência ao mandato envolve a representação, com vícios. O mandato judiciário, por natureza, comporta representação. E o mesmo sucede com o mandato comercial, datado ainda de 1888.

Inferimos, daqui, que o sistema português vigente é híbrido: exprime, da melhor forma, uma junção criativa entre os dois grandes estilos do Continente: napoleónico e alemão.

VII. Finalmente, temos a gestão. Esta implica a prática de atos materiais e jurídicos, por conta de certa entidade e no âmbito de determinadas funções. Distingue-se do mandato por ter uma maior extensão: na pureza dos princípios, o mandato envolve, apenas, atos jurídicos. E tal como o mandato, a gestão pode ser acompanhada, ou não, por poderes de representação.

10. *A Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto*

I. Antes de abordar, à luz das regras gerais sobre mandato e representação, a posição jurídica das entidades de gestão coletiva do direito de autor, cabe referir a Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto, que lhes é dedicada.

⁸⁴ Na jurisprudência, a contraposição entre a procuração e o mandato consta, por exemplo, de STJ 5-mar.-1996 (TORRES PAULO), CJ/Supremo IV (1996) 1, 111-115 (112/II), de STJ 17-jun.-2003 (MOREIRA CAMILO), CJ/Supremo XI (2003) 2, 109-112 (112/I) e de STJ 22-jun.-2004 (AZEVEDO RAMOS), CJ/Supremo XII (2004) 2, 106-108.

Essa Lei comporta 36 artigos, assim ordenados:

- Capítulo I – Disposições gerais (1.º a 17.º);
- Capítulo II – Organização e funcionamento (18.º a 23.º);
- Capítulo III – Do regime de tutela (24.º a 27.º);
- Capítulo IV – Da comissão de mediação e arbitragem (28.º a 34.º);
- Capítulo V – Disposições finais e transitórias (35.º e 36.º).

O diploma em causa veio, antes do mais, responder às críticas de que as entidades de gestão coletiva não obedeciam a regras, omitindo a defesa dos seus associados⁸⁵.

II. No tocante à gestão coletiva, a Lei n.º 83/2001 compreende dois preceitos de relevo: o artigo 11.º e o artigo 12.º.

O artigo 11.º consagra o dever de gestão:

As entidades de gestão colectiva estão obrigadas a aceitar a administração dos direitos de autor e dos direitos conexos que lhes sejam solicitados, de acordo com a sua natureza e atribuições, nos termos dos respectivos estatutos e da lei.

O artigo 12.º, epigraçado “contrato de gestão”, tem, todavia, um conteúdo mais amplo. O seu n.º 1 dispõe, efetivamente, sobre esse tipo de contrato:

A gestão dos direitos pode ser estabelecida pelos seus titulares a favor da entidade mediante contrato cuja duração não pode ser superior a cinco anos, renováveis automaticamente, não podendo prever-se a obrigação de gestão de todas as modalidades de exploração das obras e prestações protegidas, nem da produção futura destas.

Por seu turno, manda o n.º 2:

A representação normal dos titulares de direitos pela entidade resulta da simples inscrição como beneficiário dos serviços, conforme é estabelecido nos estatutos e regulamentos da instituição e nas condições genéricas enunciadas no número anterior.

III. A interpretação da Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto, mormente na área em que ela tem a ver com os poderes das entidades de gestão coletiva dos direitos de autor, deve ser feita em conjunto com o Código do Direito de Autor.

Vamos, de seguida, proceder às correspondentes operações.

⁸⁵ Vejam-se tais críticas em OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor* cit., 696–698; esta obra é anterior à Lei n.º 83/2001.

11. Os poderes das entidades de gestão coletiva

I. Como ponto decisivo, na interpretação da lei, devemos ter em conta a sua finalidade⁸⁶. Toda a literatura da especialidade explica que, como acima foi adiantado, os autores, isoladamente tomados, não têm a possibilidade de, na prática, defender os seus direitos. Pela sua própria natureza, os bens intelectuais são voláteis, requerendo técnicas complexas de vigilância e de proteção. Além dos custos envolvidos, há ainda que contar com a inviabilidade de gerir o uso dos direitos de autor, nos grandes meios de comunicação.

A existência de entidades de gestão é, pois, uma necessidade incontornável, para a tutela de cada um deles. Não se trata, aliás, apenas de tutela em sentido estrito: o seu aproveitamento correto, em termos de colocação no mercado, está também em causa.

Além disso, não está somente em jogo a defesa de cada autor: joga-se o próprio sistema. Numa ambiência em que proliferassem a inobservância dos direitos e a contrafação, perder-se-ia o próprio sentido de legitimidade autoral. As criações do espírito seriam postergadas, com danos finais para a criação.

II. No tocante à atividade das entidades de gestão coletiva, está em causa a gestão. A lei deixou de referir “mandato” porque “gestão” é mais amplo⁸⁷. Além de, como foi dito, ela não abranger, apenas, atos jurídicos mas, também, materiais, a gestão é mais criativa. O gestor deve procurar novas e melhores soluções para, no terreno, fazer frutificar os interesses que lhe sejam confiados.

A essa luz, o artigo 73.º/1, do CDA, dispõe que as “associações e organismos nacionais ou estrangeiros constituídos para gestão do direito de autor (portanto: as entidades coletivas de gestão):

- exercem a gestão;
- com poderes de representação;
- resultando esta última da simples qualidade de sócio ou aderente ou da inscrição como beneficiário.

III. A representação aqui em causa visa, apenas, a gestão. A lei fala em “representação normal” (artigo 12.º/2, da Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto): é a representação comum, presente na gestão do direito de autor prevista no

⁸⁶ Vide o nosso *Tratado de Direito civil I* cit., 725 ss.

⁸⁷ Não aderimos, pois, a uma “teoria da conspiração”, segundo a qual as sociedades de gestão teriam promovido a substituição de “mandato”, por “representação”, através da Lei n.º 114/91, na crença de que aumentariam os seus poderes.

artigo 73.º/1, do CDA. Haverá uma “representação extraordinária”, que permita, por exemplo, transmissões ou onerações do direito de autor e que terá de ser concedida através de instrumento de poderes especiais.

IV. A gestão dos direitos de autor é feita “automaticamente” pelo ente coletivo em que o autor esteja inscrito. Mas este pode confiar a uma entidade diferente a sua gestão; nessa altura, concluirá, com tal entidade, um contrato de gestão, nos termos e com os limites previstos no artigo 12.º/1 da Lei n.º 83/2001.

Chegamos, assim, a uma construção global e harmónica dos poderes dos entes de gestão coletiva do direito de autor.

III – O Direito de autor nas publicações periódicas coletivas

12. *A cooperação*

I. O CDA prevê a hipótese de obras feitas em colaboração ou coautoria. Tal obra pode ser publicada em nome de todos os colaboradores ou de alguns deles, sendo ou não discrimináveis os contributos individuais – 16.º/1, *a*). Nessa eventualidade, foi necessária uma atuação conjunta de duas ou mais pessoas para criar uma obra. Dispõe o artigo 17.º do CDA:

1. O direito de autor de obra feita em colaboração, na sua unidade, pertence a todos os que nela tiverem colaborado, aplicando-se ao exercício comum desse direito as regras de compropriedade.

A solução parece adequada e vai ao encontro dos princípios gerais do Direito civil. O esforço de cada um dos coautores desemboca num todo indivisível sob pena de se destruir a obra. Esta é apenas uma; mas sobre ela incidem os direitos dos coautores, pelo que temos compropriedade. Na falta de estipulação em contrário, que deve ser concluída por escrito, os direitos dos coautores presumem-se de igual valor (17.º/2). Trata-se do aflorar da regra do artigo 1403.º/2, do Código Civil.

II. A coautoria simples deve distinguir-se de outras situações que pressupõem, também, uma criação conjunta ou integrada de obras. Assim, temos a considerar⁸⁸:

⁸⁸ As diversas categorias surgem um tanto desalinhas, no CDA; há que proceder à sua reorganização doutrinária, tendo presente que o esquema alemão não é coincidente.

- a obra subsequente ou derivada: referida no artigo 3.º do CDA, em várias modalidades, ela abrange as traduções, arranjos, instrumentações, cinematizações (a), sumários e compilações, tais como seletas, enciclopédias e antologias (b), as compilações sistemáticas ou anotadas de textos de convenções, de leis, de regulamentos e de relatórios ou decisões administrativas, judiciais ou de quaisquer órgãos ou autoridades do Estado ou da Administração (c);
- a obra compósita: o artigo 20.º/1 apresenta-a com aquela que incorpore, no todo ou na parte, uma obra preexistente; diferencia-se da obra derivada porque esta envolve “arranjos” ou “mexidas” em obra anterior, ao passo que a compósita limita-se a acolher a já existente, num todo mais vasto;
- a obra coletiva: constante do artigo 16.º/1, b), do CDA, a obra coletiva é a organizada por iniciativa de uma entidade singular ou coletiva, sendo divulgada ou publicada em seu nome; a distinção da obra em colaboração ou coautoria levanta dúvidas; pela nossa parte, a tónica reside no seguinte: enquanto, na obra em colaboração, há uma cooperação de autores para se alcançar o resultado criativo, na obra coletiva, surge um organizador⁸⁹ (que também pode ser coautor, noutra plano), que dá um teor criativo a um conjunto resultante da junção de várias obras individuais; a constatação da presença do organizador (da empresa) implica um juízo jurídico⁹⁰.

III. A lei reconhece os direitos de autor:

- aos colaboradores ou coautores, nos termos indicados;
- ao criador de obras subsequentes ou derivadas, sem prejuízo dos reconhecidos aos autores da obra original (3.º/2);
- ao autor da obra compósita, sem prejuízo dos direitos de autor preexistentes (20.º/2);
- aos organizadores da obra coletiva (19.º/1), sem prejuízo, quando discrimináveis, dos direitos de eventuais autores ou coautores (19.º/2).

Adiante veremos a situação dos jornais e de outras publicações coletivas.

13. *Diretrizes gerais; o Direito de autor dos nossos dias*

I. No seu conjunto, as regras acima seriadas permitem reflexões de ordem geral, na base das quais podemos construir diretrizes interpretativas.

⁸⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor* cit., 124-125, fez apelo, aqui, à ideia de empresa.

⁹⁰ Por isso, a natureza coletiva de uma obra, embora assente em factos, é uma questão-de-direito: STJ 11-out.-2005 (NUNO CARREIRA), Proc. 05A2089.

O arquétipo do direito de autor é constituído pelo escritor ou pelo compositor que, isolados, criam um original. Subsequentemente, assistem-lhes os direitos morais e patrimoniais próprios dessa condição.

II. Nos nossos dias, todavia, a realidade é outra. Cada vez mais a criação implica conjuntos articulados de autores e outros criadores, devidamente organizados.

Como hipótese: o compositor isolado pouco ou nada fará: ele fica dependente de uma teia mundial de outras pessoas que permitam a plena concretização da sua obra. Essa concretização vem bulir com diversos interesses económicos: os do autor, os dos artistas que porventura intervenham, os do produtor que assegure a sua fixação, os das cadeias de radiodifusão que disponham dos meios técnicos e procedam à competente seleção, os dos anunciantes que coloquem publicidade, a qual é escutada ou visualizada por entremear obras radiodifundidas, os do público consumidor e os do Estado.

Seria de um simplismo *naïf* alijar ou vilipendiar algum destes elos da criação e da difusão das obras. Todos eles são necessários, cabendo apenas prevenir que a preponderância de algum deles possa vir a quebrar o circuito, por aniquilamento prático de outro ou de outros. Isto dito: na origem de todo o mercado de radiodifusão artística e literária está, indiscutivelmente, o autor ou criador da obra.

III. Mantendo o exemplo do compositor: a criação artística corresponde a uma capacidade inata do ser humano. E isso sucede independentemente da busca do lucro material ou, sequer, da sobrevivência. Mas ultrapassado um estágio de arte elementar, a qualidade e a amplitude da criação artística depende, no essencial⁹¹:

- de um complexo e prolongado processo de aprendizagem, a que o autor se deve sujeitar;
- do nível de vida do próprio autor e do acesso que ele tenha a elementos formativos e à informação;
- da experiência do autor e do esforço de aperfeiçoamento que ela permita;
- da capacidade que o autor tenha de atrair, pela sua obra, os restantes fatores que conduzem à radiodifusão da peça em causa.

⁹¹ GUILLAUME HENRI, *L'évaluation en droit d'auteur* (2007), n.º 1 (1). Entre nós, vide PEDRO DA COSTA CORDEIRO, *Direito de autor e radiodifusão* (2004), 17-18.

Sendo o papel do autor fundamental, cumpre relevar, de seguida, a função do artista ou do intérprete. Tomando como exemplo uma obra musical: apenas a sua execução ou a sua interpretação permitem dar corpo à dimensão criativa do autor. Os atores ou intérpretes são agentes fundamentais na radiodifusão e, como tal, têm proteção jurídica⁹². Assim como sucede relativamente ao autor, também o artista ou o intérprete requerem, hoje, para além de dotes inatos: uma aprendizagem de muitos anos, um nível de vida adequado, uma capacidade económica mínima que permita o acesso à informação e à manutenção de uma boa compleição física, uma experiência alargada e um bom relacionamento social. Tudo isso exige meios materiais. Sem artistas adequados e sem intérpretes conhecedores, a obra artística não teria vida.

IV. Estas considerações são aplicáveis às obras literárias. Para além da “grande obra” – o livro auto-suficiente, que apenas requeira um contrato de edição – cada vez mais os autores escrevem para jornais, para revistas, para recolhas de textos e de contos ou, em geral, para obras coletivas. Estas requerem investimentos, publicidade, *know how* e colocação no mercado. Um contributo isolado não teria expressão económica. Mais: em regra, ele nem lograria qualquer publicação, mantendo-se desconhecido do público.

Apenas a existência de equipas profissionais competentes, com os seus custos, a sua formação, a sua manutenção, a publicidade e o nome feito junto do grande público permite o florescimento de boa parte das obras individuais.

O Direito de autor é sensível a esta realidade. Ele deve estar presente na interpretação e na aplicação das suas diversas regras.

14. *Publicações periódicas*

I. A conjugação dos jornais, revistas e outras publicações periódicas, com as regras do Direito de autor dá azo a normas específicas, do maior relevo no presente estudo. Cumpre relevar a sua evolução.

O Decreto n.º 13:725, de 3 de junho, começava por sublinhar os direitos dos autores. Assim, segundo o corpo do seu artigo 18.º,

Os autores de artigos, romances, folhetins, novelas, contos, poesias e todas as outras obras literárias, científicas ou artísticas, publicadas nos jornais, revistas, coleções, enciclopédias e quaisquer outras publicações periódicas e feitas em colaboração, terão a propriedade das respectivas obras e só eles ou seus sucessores as poderão reproduzir em separado, salvo a convenção em contrário.

⁹² GUNHAR BERNDORFF/BARBARA BERNDORFF/KNUT EIGLER, *Musikrecht/Die häufigsten Fragen des Musikgeschäfts*, 6.ª ed. (2010), Nr. 33 (92 ss.).

Fixado o princípio – que, de resto, é a regra básica do reconhecimento jurídico do autor – passava-se à sua delimitação, através do § 1.º desse mesmo artigo 18.º:

§ 1.º Os editores ou proprietários das publicações periódicas e outras referidas neste artigo poderão, contudo, reproduzir, uma e mais vezes, o número, fascículo, tomo ou volume em que foram publicados os trabalhos dos seus colaboradores, contanto que se conformem com a primeira edição.

A contrario sensu, quem não fosse “editor” ou “proprietário” das publicações periódicas, não poderia proceder a tais reproduções. O transcrito § 1.º era, de seguida, reforçado e delimitado pelo § 2.º:

Com exclusão dos romances, folhetins, novelas, poemas, estudos científicos e outros trabalhos acima referidos, qualquer artigo político, notícia ou informação de um jornal ou revista poderá ser reproduzido por outro jornal ou revista, se a reprodução não fôr expressamente proibida, e contanto que seja indicada a respectiva origem.

A reprodução por entidade diferente fica proibida. Admitia-se solução inversa perante artigos políticos, notícias ou informações, desde que fosse indicada a origem e a reprodução não fosse proibida (naturalmente: pelo titular da publicação periódica).

II. A lei contemplava, ainda, a situação das pessoas que houvessem celebrado um “contrato jornalístico”, isto é, uma prestação de serviço (artigo 23.º, § 1.º) com o titular da publicação periódica. Segundo o artigo 23.º do Decreto n.º 13:725, de 3 de junho de 1927,

Os trabalhos produzidos em virtude de contrato jornalístico, embora assinados, constituem propriedade da empresa do jornal ou periódico em que forem publicados, e só com permissão desta poderão ser reproduzidos em *separata* excepto os mencionados no artigo 18.º.

O jornal ou a revista, mercê do seu papel na organização e no incentivo à criação da obra ficava investido nos inerentes direitos.

III. O Código do Direito de Autor, de 1966, aperfeiçoou esta matéria. Desde logo, fê-lo introduzindo a noção de obra em colaboração: a que for criada por uma pluralidade de pessoas (10.º).

O direito de autor quanto à obra em colaboração é atribuído em comum a todos os que nela colaboraram (11.º/1), podendo qualquer deles exercer individualmente os seus direitos relativamente à contribuição própria na obra comum, desde que esse exercício não prejudique a exploração dela como tal (12.º).

O preceito fundamental provinha do artigo 13.º:

1. O direito de autor sobre a obra colectiva é atribuído à empresa singular ou colectiva que organizou ou dirigiu a sua criação e em nome de quem foi divulgada ou publicada.

O artigo 13.º/3 explicitava:

3. Os jornais e outras publicações periódicas consideram-se obras colectivas, pertencendo à respectiva empresa o direito de autor sobre as mesmas.

IV. Fixada a regra básica, o CDA de 1966 consagrava, no seu título III (Regimes especiais) um Capítulo I (178.º a 180.º), aos jornais e publicações periódicas. Em síntese, fixava-se o seguinte regime, na linha, de resto, do diploma de 1927:

- o direito de autor quanto aos romances, folhetins, novelas e outras obras literárias, artísticas ou científicas pertence aos respectivos autores (178.º/1);
- os proprietários ou editores de publicações periódicas ou compilações podem, contudo, reproduzir os exemplares da obra colectiva (178.º/2);
- não o podendo fazer as publicações congéneres (178.º/3), salvo tratando-se de artigos de actualidade de discussão, se a reprodução não tiver sido expressamente proibida e desde que se mencione a autoria (178.º/3, 2.ª parte).

Quanto a trabalhos realizados em cumprimento de um contrato de trabalho (179.º):

- quando assinados, pertencem ao seu autor; mas estes só podem publicá-los noutra local, sem autorização da empresa proprietária, passados três anos (n.º 1);
- quando não assinados, pertencem à empresa proprietária (n.º 2).

As notícias do dia e os simples relatos de acontecimentos podem ser livremente reproduzidos (180.º).

15. O Direito vigente

I. Os jornais e as publicações periódicas em geral (o seu conteúdo) são obras coletivas: um ponto que podemos dar como assente⁹³. De facto, a organização e a publicação de um jornal exigem uma organização especializada, ordenada em função de critérios de gestão racionais, isto é: uma empresa jornalística. A publicação é feita em seu nome, assim se preenchendo o artigo 16.º/1, b), do Código do Direito de Autor.

Em termos materiais, a realização de um jornal não é uma tarefa material de justaposição. Jogam regras e critérios de elevada especialização: reunir artigos, editoriais e notícias; articular rubricas; dinamizar contributos literários e científicos; promover coberturas jornalísticas especializadas e, por vezes, investigações; preparar os aspetos gráficos; recolher publicidade e apresentá-la; dinamizar a circulação e as vendas.

Temos, em jogo, importantes aspetos criativos e de execução.

II. A Lei atribui à empresa jornalística um direito de autor sobre o conjunto, dentro das regras próprias das obras coletivas. Várias soluções são possíveis, como a alemã: na dúvida, o editor ou publicador do jornal tem um direito exclusivo de aproveitamento sobre a obra, o qual, nada de diverso se tendo combinado, se mantém durante um ano (§ 38/1/1, do *Urhebergesetz*)⁹⁴.

Não parece compaginável com nenhum sistema civilizado e coerente de direito de autor – ou, quiçá, de direito de propriedade – não admitir um direito da empresa jornalística sobre a obra básica de sua criação: o próprio jornal.

III. Os artigos 173.º e seguintes do CDA devem ser interpretados dentro da lógica que resulta do Código, no seu conjunto.

O artigo 2.º/1, a), do CDA, começa por considerar o próprio jornal em si como uma criação intelectual do domínio literário, científico ou artístico.

O artigo 19.º/3, do mesmo CDA, manda que os jornais se presumam obras coletivas, pertencendo o direito de autor às respetivas empresas (jornalísticas).

⁹³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor cit.*, 125; JULIA VOGTMEIER, *Elektronische Pressespiegel cit.*, 25 ss.; ARTUR-AXEL WANDTKE/EIKE WILHELM GRUNERT, em WANDTKE/BULLINGER, *Praxiskommentar*, 3.ª ed. cit., § 38, Nr. 7 (617) e *passim*; MANFRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 16.ª ed. cit., Nr. 228 (97); MANFRED HECKER, em JOSEF LIMPER/CHRISTIAN MUSIOL, *Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht* (2011), 3, 121 (57). Na jurisprudência portuguesa: RLx 2-mar.-2004 (ARNALDO SILVA), Proc. 10441/2003-7.

⁹⁴ ANKE NORDEMANN-SCHIFFEL, em FRIEDRICH KARL FROMM/WILHELM NORDMANN, *Urheberrecht Kommentar*, 10.ª ed. (2008), § 38, Nr. 12 (847-848); THOMAS DREIER/GERNOT SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz/Kommentar*, 3.ª ed. (2008), § 38, Nr. 8 ss. (692-693).

O artigo 173.º/1, por seu turno, dispõe:

O direito de autor sobre obra publicada, ainda que sem assinatura, em jornal ou publicação periódica pertence ao respetivo titular e só ele pode fazer ou autorizar a reprodução em separado ou em publicação congénere, salvo convenção escrita em contrário.

O preceito surge ambíguo: “respetivo titular” tanto pode ser o da obra (singular) publicada como o do jornal ou publicação periódica. O elemento sistemático e, sobretudo, o n.º 2 do mesmo artigo 173.º permite apurar que se visa o autor da obra inserida em jornal, uma vez que se predispõem os poderes do proprietário ou editor da publicação.

IV. O artigo 173.º/1 deve ser tomado à luz do regime sobre as obras coletivas. Nessa eventualidade e segundo o artigo 19.º, há que lidar com direitos de autor distintos:

- o direito da empresa dona do jornal (19.º/3);
- o direito dos autores sobre a sua “produção pessoal”, aplicando-se (sendo o caso), o regime das obras em colaboração (19.º/2).

O artigo 173.º procede à articulação entre esses dois direitos. Tratando-se de trabalho jornalístico, o artigo 174.º altera essa articulação: o que bem se entende, perante a especificidade da matéria. Fundamentalmente:

- a obra pertence ao seu autor (174.º/1);
- mas salvo autorização da empresa proprietária do jornal, ele não pode publicá-la em separado, antes de decorridos três meses (174.º/2).

V. Mantendo-nos no campo do Direito de autor, importa reter o seguinte: a existência, no caso da obra jornalística, de dois níveis de reconhecimento e de proteção dirigidos, respetivamente, aos escritos incluídos no jornal, de tutela singular e ao próprio jornal em si, como obra coletiva, indicia um particular cuidado do legislador na tutela dos bens imateriais envolvidos.

Não é possível, daí, retirar a ideia de que não há proteção ou de que a lei pretendeu deixar espaços ao livre-arbítrio de terceiros.

Veremos, adiante, se a expressa referência a zonas sem proteção permite retirar conclusões diferentes.

IV – Utilização livre e *clipping*

16. Os limites ao direito de autor; o teste dos três degraus

I. Todos os direitos subjetivos têm os seus limites. O direito de autor não é exceção. No entanto, esse fenómeno, dada a particular natureza dos bens em jogo, apresenta, aqui, uma configuração específica.

Em geral, temos três tipos de limites a apontar⁹⁵:

- a licença legal: é dispensada a autorização do titular da obra, mas impõe-se uma retribuição equitativa;
- a utilização livre: determinados bens admitem, por via legal, uma utilização independente quer de autorização, quer de retribuição;
- o prazo: os direitos de autor não são perpétuos: cessam, pelo menos no plano patrimonial, em certo prazo.

II. Os limites devem ser interpretados de modo restritivo⁹⁶. Além disso, há que ter em conta convenções internacionais e textos comunitários. Vamos recordar alguns troços relevantes:

- *Convenção de Berna*⁹⁷, artigo 9.º/2:

Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitirem a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

- *Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio*, de 1994, artigo 13.º:

Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais que não obstem à exploração normal da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do titular do direito.

⁹⁵ Seguimos a ordenação de MANFRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 16.ª ed. cit., 173 ss.

⁹⁶ Trata-se de jurisprudência uniforme do Tribunal Federal alemão: BGH 24-jan.-2002, BGHZ 150 (2003), 6-12 (8) e BGH 20-mar.-2003, BGHZ 154 (2004), 260-269 (265).

⁹⁷ De 1886, revista várias vezes e, por último, pelo Ato de Paris de 24-jul.-1971, modificado em 2-out.-1979.

- Diretriz 2001/29, de 22 de maio, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, artigo 5.º⁹⁸:

As exceções e limitações contempladas nos números 1, 2, 3 e 4 só se aplicam em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.

III. Na base destes preceitos e dos princípios consignados na lei, a doutrina elaborou o designado teste dos três degraus (*Drei-Stufen-Test*)⁹⁹. Segundo esse “teste”, a livre utilização só é possível quando¹⁰⁰:

- (1) se trate de um caso especial determinado, como tal previsto na lei;
- (2) que não prejudique a utilização normal da obra
- (3) e que não viole, de modo inoportável, o interesse legítimo do autor.

Esses três “degraus” devem ser de verificação cumulativa. No fundo, eles apenas exprimem, em proposições simples, a lógica da tutela dos bens imateriais e dos direitos de autor.

⁹⁸ Vide MARTIN SCHIPPAN, *Harmonisierung oder Wahrung der nationalen Kulturhoheit?/Die wundersame Vermehrung der Schrankbestimmungen in Art. 5 der “Multimedia-Richtlinie”*, ZUM 2001, 116-128 e, em especial, FRANK BAYREUTHER, *Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU- Urheberrechtslinie*, ZUM 2001, 828-839 (839) e NORBERT P. FLECHSIG, *Grundlage des Europäischen Urheberrechts*, ZUM 2002, 1-21 (13). Quanto à transposição, entre outros: THOMAS DREIER, *Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht*, ZUM 2002, 28-43 (especialmente, 33 ss.) e JÖRG REINBOHE, *Die Umsetzung der EU- Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht*, ZUM 2002, 43-51 (46-47).

⁹⁹ Vide: GERARD SPINDLER, *Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, GRUR 2002, 105-120 (115/I); ARTUR-AXEL WANDTKE, em WANDTKE/BULLINGER, *Praxiskommentar*, 3.ª ed. cit., Einl. UrhG, Nr. 27 (26); MARCUS VON WELSER, *idem*, § 44 a, Nr. 22 (720); NORDMANN-SCHIEFFEL, em FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht / Kommentar*, 10.ª ed. cit., Vor §§ 1220 ff. UrhG, Nr. 21 (1896); MANFRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 16.ª ed. cit., § 33, Nr. 435 (174-175); FERDINAND MELICHAIR, em SCHRICKER/LOEWENHEIM, *Urheberrecht/Kommentar*, 4.ª ed. (2010), Vor §§ 40a ff., 12 ss. (939 ss.). A matéria é pacífica.

¹⁰⁰ Além das indicações constantes da nota anterior, referimos PEDRO CORDEIRO, *Limitações e exceções sob a “regra dos três passos” e nas legislações nacionais*, DSI III (2002), 211-219 (212) e CHRISTOPHE GEIGER, *The role of the three-step test in the adaptation of copyright law to the information society* (2007), 21 pp., na Net.

17. *A exclusão de proteção (7.º) e a utilização livre (75.º)*

I. A lei portuguesa, no tocante à delimitação negativa da tutela autoral, segue um esquema duplo, nem sempre muito claro. Distingue:

- a exclusão da proteção (7.º);
- a utilização livre (75.º).

A “exclusão da proteção” advém da Convenção de Berna. Esta, na versão revista, particulariza o seguinte:

- a proteção não se aplica às notícias do dia e aos relatos de acontecimentos diversos (*faits divers*) que tenham o carácter de simples informações de imprensa (2.º/8);
- fica reservada à legislação dos países da União, de excluir parcial ou totalmente da proteção os discursos políticos e os discursos pronunciados em debates judiciais (2.º bis/1).

Perante isso, segundo o artigo 7.º do CDA, não constituem objeto de proteção:

- (a) as notícias do dia e os relatos diversos de simples informações;
- (b) os requerimentos e similares apresentados perante as autoridades;
- (c) os textos e discursos proferidos perante órgãos públicos;
- (d) os discursos políticos.

O artigo 7.º/2 submete a autorização do autor as compilações de elementos referidos nas alíneas *c*) e *d*) do artigo 7.º/1, enquanto o artigo 7.º/3 dispõe que a utilização livre das obras deve limitar-se ao fim a atingir com a sua divulgação. Já os requerimentos confidenciais (*c*) não podem ser comunicados, quando daí possa resultar prejuízo para a honra ou reputação da pessoa, salvo decisão judicial em contrário.

II. Se bem se atentar, o artigo 7.º reporta-se a situações jurídicas que não impliquem obras originais criativas (notícias do dia e relatos similares, isoladamente tomados) e obras que, pela sua própria natureza e por decisão do seu autor, sejam tornadas públicas, no sentido de entregues ao público (requerimentos e discursos).

Não há prejuízo para ninguém. E no caso de requerimentos e discursos: a sua divulgação vai ao encontro do pretendido pelo autor¹⁰¹.

¹⁰¹ Vide o preceito alemão paralelo: o § 48 do *Urhebergesetz*: STEFAN LÜFT, em WANDTKE/BULLINGER, *Praxiskommentar*, 3.ª ed. cit., 738 ss.

III. Diferente natureza parece ter o artigo 75.º do CDA. Vamos examiná-lo. No seu n.º 1, esse preceito estipula:

São excluídos do direito de reprodução os atos de reprodução temporária que sejam transitórios ou acessórios, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objetivo seja permitir uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou uma utilização legítima de uma obra protegida e que não tenham, em si, significado económico. Na medida em que cumpram as condições expostas, incluem-se os atos que possibilitam a navegação em redes e a armazenagem temporária, bem como os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com a legítima utilização da tecnologia conforme os bons usos reconhecidos pelo mercado, para obter dados sobre a utilização da informação, e em geral os processos meramente tecnológicos de transmissão.

Como se vê, visa-se permitir o acesso à informação por via da Internet. Não está em causa uma apropriação da obra por terceiros, nem uma quebra do exclusivo de aproveitamento económico, reservado ao autor. Este preceito procurou transpor o artigo 5.º/1 da Diretriz 2001/29, de 22 de maio.

IV. Mais extenso é o artigo 75.º/2 do CDA, que aqui consignamos para efeitos de comodidade de consulta:

São lícitas, sem o consentimento do autor, as seguintes utilizações da obra:

- a) A reprodução, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com exceção das partituras, bem como a reprodução em qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais diretos ou indiretos;
- b) A reprodução e a colocação à disposição do público, pelos meios de comunicação social, para fins de informação, de discursos, alocações e conferências pronunciadas em público que não entrem nas categorias previstas no artigo 7.º, por extrato ou em forma de resumo;
- c) A seleção regular de artigos de imprensa periódica, sob forma de revista de imprensa;
- d) A fixação, reprodução e comunicação pública, por quaisquer meios, de fragmentos de obras literárias ou artísticas, quando a sua inclusão em relatos de acontecimentos de atualidade for justificada pelo fim de informação prosseguido;
- e) A reprodução, no todo ou em parte, de uma obra que tenha sido previamente tornada acessível ao público, desde que tal reprodução seja realizada por uma biblioteca pública, um arquivo público, um museu público, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica ou de ensino, e

que essa reprodução e o respetivo número de exemplares se não destinem ao público, se limitem às necessidades das atividades próprias dessas instituições e não tenham por objetivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, direta ou indireta, incluindo os actos de reprodução necessários à preservação e arquivo de quaisquer obras;

- f) A reprodução, distribuição e disponibilização pública para fins de ensino e educação, de partes de uma obra publicada, contanto que se destinem exclusivamente aos objectivos do ensino nesses estabelecimentos e não tenham por objetivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, direta ou indireta;
- g) A inserção de citações ou resumos de obras alheias, quaisquer que sejam o seu género e natureza, em apoio das próprias doutrinas ou com fins de crítica, discussão ou ensino, e na medida justificada pelo objetivo a atingir;
- h) A inclusão de peças curtas ou fragmentos de obras alheias em obras próprias destinadas ao ensino;
- i) A reprodução, a comunicação pública e a colocação à disposição do público a favor de pessoas com deficiência de obra que esteja diretamente relacionada e na medida estritamente exigida por essas específicas deficiências, e desde que não tenham, direta ou indiretamente, fins lucrativos;
- j) A execução e comunicação públicas de hinos ou de cantos patrióticos oficialmente adotados e de obras de carácter exclusivamente religioso durante os atos de culto ou as práticas religiosas;
- l) A utilização de obra para efeitos de publicidade relacionada com a exibição pública ou venda de obras artísticas, na medida em que tal seja necessário para promover o acontecimento, com exclusão de qualquer outra utilização comercial;
- m) A reprodução, comunicação ao público ou colocação à disposição do público, de artigos de atualidade, de discussão económica, política ou religiosa, de obras radiodifundidas ou de outros materiais da mesma natureza, se não tiver sido expressamente reservada;
- n) A utilização de obra para efeitos de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais;
- o) A comunicação ou colocação à disposição de público, para efeitos de investigação ou estudos pessoais, a membros individuais do público por terminais destinados para o efeito nas instalações de bibliotecas, museus, arquivos públicos e escolas, de obras protegidas não sujeitas a condições de compra ou licenciamento, e que integrem as suas colecções ou acervos de bens;
- p) A reprodução efectuada por instituições sociais sem fins lucrativos, tais como hospitais e prisões, quando a mesma seja transmitida por radiodifusão;
- q) A utilização de obras, como, por exemplo, obras de arquitetura ou escultura, feitas para serem mantidas permanentemente em locais públicos;
- r) A inclusão episódica de uma obra ou outro material protegido noutro material;
- s) A utilização de obra relacionada com a demonstração ou reparação de equipamentos;
- t) A utilização de uma obra artística sob a forma de um edifício, de um desenho ou planta de um edifício para efeitos da sua reconstrução.

Este preceito equivale ao artigo 5.º/2 e 3, da Diretriz n.º 2001/29, de 22 de maio.

Em tema geral, podemos afirmar que o legislador procurou legitimar a circulação e o aproveitamento não-comerciais das obras, mas sempre de modo a não prejudicar os autores e demais agentes que suportem a existência da própria obra.

V. A tutela das obras, mesmo no domínio da utilização livre, é concretizada através de medidas suplementares, contempladas no artigo 76.º do CDA:

- no plano moral (de personalidade): a utilização livre deve ser acompanhada da indicação, sempre que possível, do nome do autor e do editor, do título da obra e demais circunstâncias que o identifiquem – 76.º/1, *a*);
- no plano patrimonial, prevendo-se que certas utilizações deem lugar a uma remuneração equitativa, a atribuir:

- (1) ao autor e, no âmbito analógico, ao editor, pela entidade que tiver procedido à reprodução, nos casos das alíneas *a*) e *e*);
- (2) ao autor e ao editor, no caso da alínea *h*);
- (3) aos titulares de direitos, no caso da alínea *p*), todas do artigo 75.º/2, acima transcrito.

VI. Resta acrescentar que o Direito português acolhe, neste domínio – e como não podia deixar de ser, dada a sua vigência internacional –, a regra dos três degraus cumulativos: existência de lei que permita o livre aproveitamento; não atingir a exploração normal; não causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Vale a pena ter bem presente o artigo 75.º/4 do CDA:

Os modos de exercício das utilizações previstas nos números anteriores, não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor.

18. *A revista de imprensa*

I. Numa aproximação crescente ao objeto do presente estudo, temos a considerar o artigo 75.º/2, *c*), cujo teor recordamos. Assim:

São lícitas, sem o consentimento do autor, as seguintes utilizações da obra:

- c*) A seleção regular de artigos de imprensa periódica, sob forma de revista de imprensa;

Desta feita, há que remontar à Convenção de Berna, para apurar a origem do preceito. Dispõe o artigo 10.º/1 dessa Convenção:

São lícitas as citações tiradas de uma obra, já lícitamente tornada acessível ao público, na condição de serem conformes aos bons costumes e na medida justificada pelo fim a atingir, incluindo as citações de artigos de jornais e recolhas periódicas sob a forma de revistas de imprensa.

II. Não oferece dúvidas construir a ideia de “revista de imprensa”, cabendo recordar que a Convenção de Berna, além de ser um útil auxiliar interpretativo, vigora na ordem interna (artigo 8.º/1, da Constituição).

A revista de imprensa é a prática de selecionar, pelos títulos ou outras formas de citação, artigos publicados em jornais e revistas. De que proteção goza o autor ou, mais latamente, o titular do direito à reprodução e ao seu aproveitamento económico é matéria versada noutros lugares normativos.

III. Como ponto de partida, deve considerar-se que os “artigos” a selecionar são obras protegidas, para efeitos de Direito de autor¹⁰², nos termos dos artigos 1.º e 11.º e seguintes, do CDA. A “revista de imprensa” constitui uma exceção à tutela comum das obras pelo que deve ser interpretada de modo restritivo, nos termos que acima foram apurados¹⁰³.

Pois bem: fica fora da ideia “revista de imprensa” a transcrição de artigos ou de parte substancial deles; “substancial” é de entender em termos qualitativos e não quantitativos: uma pequena transcrição pode (sobretudo em artigos de qualidade) comportar a totalidade do seu teor criativo. A Convenção de Berna foi sensível a este ponto quando, a propósito da revista de imprensa, fala em (meras) citações.

IV. Ocorre, neste ponto, referir o acórdão do TJE de 16-jul.-2009¹⁰⁴, que se debruçou, entre outros pontos, sobre a dimensão dos troços suscetíveis de proteção. Respigramos os seguintes troços:

38. No que diz respeito às partes de uma obra, cumpre assinalar que nada na Diretiva 2001/29 ou numa outra diretiva aplicável na matéria, indica que estas partes estão sujeitas a um regime diferente do da obra inteira. Por conseguinte, as mesmas são protegidas pelo direito de autor desde que participem, como tal, da originalidade da obra inteira.

¹⁰² TONIA ROGGE, *Elektronische Pressespiegel in urheber- und wettbewerbsrechtlicher Beurteilung* cit., 25.

¹⁰³ *Supra*, n.º 16, II.

¹⁰⁴ Proc. C-5/08, confrontável na Net e, em parte, na RDP n.º 28 (2009), 38-43.

Prossegue o n.º 40:

40. Quanto à extensão desta proteção da obra, resulta do nono a décimo primeiro considerandos da Diretiva 2001/29 que o objetivo principal desta é instaurar um elevado nível de proteção a favor, designadamente, dos autores, que lhes permita receber uma remuneração adequada pela utilização das suas obras, incluindo pela sua reprodução, para poderem prosseguir o seu trabalho criativo e artístico.

No que se reporta ao “quantum” de obra protegida, atentemos nos seguintes trechos, tirados igualmente da decisão do Tribunal de Justiça Europeu de 16-jul.-2009:

47. (...) tendo em conta a exigência de uma interpretação ampla do alcance da proteção conferida pelo artigo 2º da Diretiva 2001/29, não se pode excluir que determinadas frases isoladas, ou mesmo determinados elementos de frases do texto em causa, sejam aptos a transmitir ao leitor a originalidade de uma publicação.

48. Atendendo a estas considerações, a reprodução de um excerto de uma obra protegida que, como os que estão em causa no processo principal, compreende onze palavras consecutivas desta é susceptível de constituir uma reprodução parcial (...) contém um elemento da obra que, enquanto tal, exprime a criação intelectual do próprio autor.

V. A revista de imprensa, para ser permitida à margem da tutela dos direitos de autor envolvidos, deve limitar-se a dar notícia da matéria inserida nos jornais. Transcrevê-la, designadamente no que tenha de mais relevante ou significativo, já não é “uso livre”. Terá de haver um encaminhamento pelos carris do Direito de autor e, *maxime*, uma autorização, mediante remuneração equitativa (75.º/5, do CDA, *in fine*). A “livre” divulgação (*clipping*) só é possível quando não seja remunerada¹⁰⁵.

VI. Uma questão colocada na Alemanha diz respeito à possibilidade de a revista de imprensa ser feita não pelos meios tradicionais, mas por via eletrónica.

Na base, temos o § 49 da lei alemã do Direito de autor, que dispõe (tradução livre)¹⁰⁶:

¹⁰⁵ LAMBERT GROSSKOPF, em JOSEF LIMPER/CHRISTIAN MUSIOL, *Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht* (2011), 3, 774 (203-204).

¹⁰⁶ Entre os comentadores: WILHELM NORDEMANN, em FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht/ Kommentar*, 10.ª ed. cit., 957 ss. e THOMAS DREIER, em DREIER/SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz*, 3.ª ed. cit., § 49 (801 ss.).

- (1) É permitida a replicação e a difusão de comentários de rádio e de artigos de jornais e de grafismos conexos, bem como de outras publicações informativas de mero interesse diário, assim como a reprodução pública de tais comentários, artigos e grafismos, quando respeitem a notícias políticas, económicas ou religiosas e não estejam acompanhadas de uma reserva de direitos.

Pela replicação, difusão e publicação deve-se pagar ao autor uma retribuição equitativa, mesmo quando estejam em causa pequenos extratos de vários comentários ou artigos na forma de um apanhado. A pretensão só pode ser feita valer através de entes de gestão coletiva.

- (2) É permitida sem limitações a replicação e a reprodução pública de notícias várias de conteúdo fáctico e de novidades do dia, que tenham sido publicadas pela imprensa ou pela rádio; não fica prejudicada a proteção concedida por outros dispositivos legais.

A doutrina dividiu-se perante o saber se as facilidades conferidas pelo § 49 (1) se dirigiam, apenas, à publicação escrita ou se envolviam a publicação eletrónica¹⁰⁷. O BGH, em 17-jul.-2002, equiparou ambas as publicações, ainda que decidindo contra as instâncias^{108 109}. Não é correto citar esta decisão como permitindo o *clipping* eletrónico: ela apenas veio equiparar, para efeitos do “privilégio” do § 49 do UrhG, a publicação eletrónica à tradicional¹¹⁰. Além disso, a decisão foi criticada por ter alargado, por analogia, um preceito excecional¹¹¹.

VII. As múltiplas anotações à decisão do BGH de 17-jul.-2002, como a de Thomas Hoeren, não deixam de ressaltar o direito à remuneração adequada¹¹², ou como a de Arthur Waldenberger, de salvaguardar o dever das empresas que procedam comercialmente, de pagar o equitativo¹¹³. Christian Berger, defensor (isolado) de um lato entendimento da lei alemã, não deixa de reconhecer que

¹⁰⁷ Vide as indicações de STEFAN LUTP, em WANDTKE/BULLINGER, *Praxiskommentar*, 3.ª ed. cit., § 49, Nr. 13 (747).

¹⁰⁸ BGH 11-jul.-2002, I ZR 255/00, BGHZ 151 (2003), 300-316 (309 ss.) = GRUR 2002, 963-967 (965 ss.) = MMR 2002, 739-742 = CR 2002, 827-831 (829 ss.) = AfP 2002, 438-442 (440 ss.) = JZ 2003, 473-477 (475 ss.).

¹⁰⁹ De facto, OLG München 21-mar.-2002, GRUR 2002, 875-877, decidira, com muitos elementos, em sentido contrário.

¹¹⁰ DIETRICH BEIER, *The Treatment of Electronic Press Clippings under Copyright Law* (2002), em International Law Office, confrontável na Net.

¹¹¹ FABIAN NIEMANN, *Pressespiegel de lege lata/Zugleich eine Anmerkung zu BGH v. 11-7-2002 – I ZR 255/00 – “Elektronischer Pressespiegel”*, CR 2002, 817-827 (823 ss.).

¹¹² THOMAS HOEREN, *Pressespiegel und Urheberrecht / Eine Besprechung des Urteils des BGH “Elektronischer Pressespiegel”*, GRUR 2002, 1022-1028 (1024-1025), numa ideia retomada na anot. publ. em MMR 2002, 742-743.

¹¹³ ARTHUR WALDENBERGER, anot. a BGH 11-jul.-2002, MMR 2002, 743-745 (745/I).

o “teste dos três degraus” não se concilia com o *clipping* comercial¹¹⁴, numa linha já tomada, de modo ainda mais veemente, por Fabian Niemann¹¹⁵ e por Thomas Dreier¹¹⁶.

Em suma: o recurso à digitalização não dispensa a aplicabilidade do Direito de Autor: pelo contrário.

19. O clipping

I. Como foi referido, o *clipping* traduz a atividade de selecionar notícias e comentários em revistas, jornais, Internet e outros meios de comunicação social e de organizar pacotes por temas ou por diversas conexões, vendendo-os a pessoas que os queiram pagar.

O *clipping* é uma atividade comercial, prosseguida por entidades especializadas remuneradas, que prosseguem essa atuação com fitos lucrativos¹¹⁷.

II. Há que ter presente uma evolução em torno do *press clipping* (*Pressespiegel*, em alemão). Inicialmente, ele tinha a ver, apenas, com a revista de imprensa: equivalia a uma mera indicação dos artigos publicados, normalmente (só) na primeira página. Depois evoluiu: passou a comportar as transcrições integrais dos artigos ou, pelo menos, das suas partes essenciais¹¹⁸.

Parece-nos inaceitável a asserção de que, do ponto de vista do Direito, a natureza comercial e remunerada do *clipping* seria indiferente; surgiria como sucedâneo dos antigos funcionários que, nos ministérios ou nas empresas, recortavam as notícias relevantes para o sector. Seguramente que não é indiferente: a prática de *clipping* vai bulir com os interesses dos autores, dos editores e dos titulares dos jornais, forçando a composições¹¹⁹. Uma admissibilidade do

¹¹⁴ CHRISTIAN BERGER, *Elektronischer Pressespiegel und Informationsrichtlinie/Zur Vereinbarkeit einer Anpassung des § 49 UrhG an die Pressespiegel-Entscheidung des BGH mit europäischen Urheberrecht*, CR 2004, 360-366 (364-365).

¹¹⁵ FABIAN NIEMANN, *Pressespiegel de lege ferenda/Eine europa-, konventions- und verfassungsrechtliche Betrachtung nach BGH*, Urteil vom 11.7.2002 – I ZR 255/00 – *Elektronischer Pressespiegel*, CR 2003, 119-125 (120 ss.).

¹¹⁶ THOMAS DREIER, anot. a BGH 11-jul.-2002, JZ 2003, 477-480 (479).

¹¹⁷ Vide ÁNGELS JIMÉNEZ, *Acesso a información periodística a través de servicios de press clipping*, “Hipertext. net”, núm. 1, 2003, n.º 3.

¹¹⁸ Vide *Urheberrecht und Pressespiegel/Schutz von Zeitungen und Zeitschriften*, na Net, com indicações.

¹¹⁹ LORETO CORREDOIRA Y ALFONSO, *Press clipping and other information services: Legal analysis and perspectives* cit., *passim*.

clipping comercial, sem qualquer retribuição, tem vindo a ser uniformemente recusada¹²⁰.

III. Em face do CDA, o *clipping ad nutum* não é admissível:

- nem perante o artigo 7.º/1, a): é óbvio que não se trata de notícias do dia ou de relatos de acontecimentos diversos, com carácter de simples informação;
- nem perante o artigo 75.º/1, c): não se trata de uma revista de imprensa.

Não vemos que seja necessário percorrer as demais alíneas do artigo 75.º/1, do CDA: estão fora do contexto aqui relevante.

Dados os princípios e as leis em vigor, não vemos qualquer margem para se liberalizar o *clipping*, deixando em desamparo os direitos dos autores, dos editores e dos titulares de jornais.

Pelo contrário: desde a jurisprudência do TJE¹²¹ à doutrina dos diversos países¹²²: as transcrições não podem ser feitas para integrar pacotes, a vender a clientes com intuítos lucrativos e sem ponderação dos interesses dos autores, editores e jornais.

IV. Se regressarmos ao teste dos três degraus, veremos que o *clipping* reprova em todos eles. Com efeito (75.º/4):

- não há nenhuma previsão legal que o permita, uma vez desfeita a confusão entre *clipping* comercial (que tem transcrições) e a revista de imprensa;
- pode atingir a exploração normal da obra;
- pode causar prejuízos injustificados ao interesse do autor (do titular do direito de autor).

Estes dois últimos pontos são ponderados em abstrato. Não é exigível a demonstração de um atentado concreto à exploração normal ou de um prejuízo, também concreto, ao autor. Isso exigiria uma atividade *a posteriori*, muito

¹²⁰ Além da múltipla bibliografia já referida neste estudo: JULIA VOGTMEIER, *Elektronischer Pressespiegel im zweiten Korb*, MMR 2004, 658–662 (661).

¹²¹ O já referido TJE 16-jul.-2009, Proc. C-5/08.

¹²² CHRISTOPH CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2.ª ed. cit., 314 ss., quanto às citações, a delimitar pela dimensão e pelo fim: VERA GLAS, *Die urheberrechtliche Zulässigkeit elektronischer Pressespiegel* cit., 222 ss. e *passim*, como representativos das atuais doutrinas francesa e germânica. *Vide*, ainda, as obras referidas nas notas anteriores.

prolongada e sempre discutível. De acordo com a lógica da tutela dos direitos subjetivos, a prática potencialmente lesiva deve ser detida.

20. *Consequências; a remuneração equitativa a acordar*

I. O Direito português não permite avocar, a propósito do *clipping*, o sistema dito de licença legal: ele seria permitido, mas mediante o pagamento, a uma entidade de gestão coletiva, de uma remuneração equitativa.

Fica-nos, pois, a licença facultativa. O Código do Direito de Autor não permite que, contratualmente, se prescindam dos direitos relativos às obras protegidas por lei. Mas admite que as partes interessadas acordem livremente nas respetivas formas de exercício (75.º/5).

II. Diz, precisamente, o referido artigo 75.º/5 do CDA:

É nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações enunciadas nos números 1, 2 e 3 deste artigo, sem prejuízo da possibilidade de as partes acordarem livremente nas respetivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas.

Tais remunerações surgem previstas no artigo 76.º. Não fica assegurado o *clipping* uma vez que, em relação a este, não opera a licença legal.

Nada impede, todavia, que as partes se ponham de acordo: consentindo o *clipping*, em troca de remuneração equitativa.

III. Apenas a remuneração equitativa permite conciliar as diversas posições em presença. De outro modo, as empresas de *clipping* mais não fariam do que acaparar, em proveito próprio, a atividade, os investimentos e os riscos das empresas jornalísticas.

Mesmo quando (o que não é o caso) o Direito de autor não resolvesse essa situação, através das normas próprias, sempre caberia o recurso ao instituto do enriquecimento sem causa.

21. *O prolema da liberdade de informação; o direito moral de autor*

I. A propósito de *clipping*, surge ainda referida a garantia constitucional da liberdade de informação (37.º/1) e a liberdade de imprensa (38.º/1), ambos da Constituição.

Estamos perante uma atividade comercial. O *clipping* visa recolher material elaborado por outros, informativo ou não, e vendê-lo, a terceiros, com lucros. A questão não reside em saber se há ou não liberdade de informação ou de imprensa: antes se traduz em indagar se tais liberdades justificam o enriquecimento dos *clippers* à custa dos autores e dos jornais.

II. A eficácia civil dos direitos fundamentais é questionada¹²³. Esses direitos traduzem posições contra o Estado e não contra as pessoas. A adequação axiológica e a adequação funcional obrigam-nos a ter o sentido das proporções e a situar os sujeitos passivos de qualquer vantagem constitucionalmente garantida. Quer os contratantes de *clipping*, quer as empresas que se dedicam a essa atividade procuram (legitimamente) o lucro: não a informação como tal. E que assim não fosse: ninguém pode levar jornais de graça, invocando o artigo 37.º/1, da Constituição.

No limite, é a própria liberdade de informação e a de imprensa que exigem o respeito pelos direitos morais e patrimoniais dos autores e dos jornais.

III. A referência a vetores constitucionais constitui o ensejo para referenciar uma dimensão que não deve ficar arredada de qualquer exercício de direitos de autor: a do direito moral.

No Direito de autor como noutras áreas humanas, o uso não-autorizado do que não pertença ao interessado traduz, para além de um prejuízo patrimonial, uma desconsideração pessoal. Apenas numa ambiência de desrespeito pela atividade criativa dos autores ou pelo seu suporte logístico (a empresa jornalística) é possível imaginar que entidades comerciais não-autorizadas se apropriem de obras e as vendam lucrativamente.

A dimensão moral do Direito de autor conforta e apoia as conclusões a que fomos chegando.

V – Conclusões

22. *Conclusões*

O exposto permite apresentar breves conclusões. Assim:

- 1.³ O *clipping* ou *press-clipping* é uma atividades comercial que consiste em selecionar notícias, editoriais e comentários em revistas, jornais,

¹²³ Vide o nosso *Tratado de Direito civil I* cit., 933 ss., especialmente 939 ss., com indicações.

Internet ou outros meios de comunicação social, efetuando recortes por temas coerentes, para vender os “pacotes” daí resultantes a entidades que os queiram pagar, por via material ou digital.

- 2.^a O tema do *clipping* não pode ser expeditamente resolvido sob a invocação de que a notícia pertence a todos ou de que não há lei expressa (o que nem é exato): a generalidade da doutrina dos vários países dispensa uma tutela quer aos autores, quer às empresas jornalísticas, perante os *clippers*.
- 3.^a As entidades de gestão coletiva são, hoje, agentes incontornáveis no domínio autoral, com vantagens para todos os envolvidos; são reconhecidas por lei e têm quer uma função, quer poderes fixados pelo legislador.
- 4.^a O mandato é o contrato pelo qual uma pessoa deve praticar atos jurídicos por conta de outra; a procuração envolve o poder de praticar atos que se repercutem imediata e automaticamente na esfera de outrem (o representado); a gestão implica a prática de atos jurídicos e, ainda, de atos materiais.
- 5.^a Quer o mandato, quer a gestão podem ser acompanhados (ou não) por poderes de representação: seja por via negocial, seja por via legal.
- 6.^a As entidades de gestão coletiva, por conjugação da Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto, com o Código do Direito de Autor (73.º/1), exercem a gestão dos direitos dos seus sócios ou aderentes, com poderes gerais de representação.
- 7.^a A “representação extraordinária”, que envolve, como exemplo, transmissões ou onerações dos direitos do autor já requer um tratamento de poderes especiais.
- 8.^a Os jornais são, tecnicamente, obras coletivas: pressupõem uma organização de tipo empresarial, desenvolvida por uma entidade apetrechada.
- 9.^a A lei atribui os direitos de autor à entidade titular do jornal (19.º/1 do CDA), sem prejuízo dos direitos de eventuais autores ou coautores, quando discrimináveis (19.º/2).
- 10.^a O Direito de autor dos nossos dias deve ser sensível à facilidade com que se podem copiar e divulgar as obras, à margem de quaisquer regras jurídicas: todos os agentes necessários para a concretização das obras devem ser respeitados.
- 11.^a A Convenção de Berna sobre o Direito de autor, a Diretriz 2001/29, de 22 de maio e o próprio CDA permitem a utilização livre de certas obras, dependente da verificação cumulativa de três requisitos (o teste dos três degraus ou dos três passos): (a) a existência de uma disposição legal específica que faculte um certo uso concreto; (b) a verificação de

- que tal uso não prejudica a utilização normal da obra; (c) a constatação de que não é atingido, de modo inoportável, o interesse legítimo do titular.
- 12.^a Em qualquer caso, as previsões de uso livre devem ser, pela sua própria natureza, interpretadas restritivamente: nunca de modo extensivo nem, muito menos, aplicadas por analogia.
 - 13.^a A “exclusão de proteção” referida no artigo 7.º do CDA, retirada do artigo 2.º bis/1 da Convenção de Berna, reporta-se às notícias do dia e a relatos diversos de simples informações, sem conteúdo próprio.
 - 14.^a A utilização livre prevista no artigo 75.º/1, c), do CDA, e relativa à “revista de imprensa”, computada no artigo 5.º/3, c), da Diretriz 2001/29, de 22 de maio, e presente no artigo 10.º/1 da Convenção de Berna implica selecionar, pelos títulos ou outras formas de citação, artigos publicados em jornais e revistas.
 - 15.^a A revista de imprensa é uma exceção à tutela dos direitos de autor: deve ser interpretada de modo restritivo.
 - 16.^a Já não beneficia do “privilégio” da revista de imprensa uma transcrição de parcelas criativas de textos incluídos em jornais; segundo o TJE 16-jul.-2002, Proc. C-5/08, onze palavras podem ser suficientes para implicar a violação do direito de autor.
 - 17.^a A jurisprudência alemã (BGH 17-jul.-2002) equipara, para efeitos de revista de imprensa, a recolha digital à recolha material; mas não alarga a noção de base.
 - 18.^a O *clipping* distingue-se da revista de imprensa por postular transcrições e não meras indicações de títulos ou simples citações; além disso, ele integra uma atividade comercial, visando o lucro.
 - 19.^a O *clipping* reprova triplamente perante o teste dos três degraus: (1) não é permitido por nenhuma lei; (2) pode prejudicar a utilização normal da obra; (3) pode atingir, de modo inoportável, o interesse legítimo do titular da obra.
 - 20.^a O *clipping* é possível desde que autorizado pela entidade de gestão coletiva do sector considerado, mediante o ajuste de uma retribuição equitativa.
 - 21.^a Enquanto atividade comercial que utiliza bens privados, o *clipping* não se legitima com a invocação da liberdade de informação ou de imprensa, pelo contrário: prejudicando os agentes de informação, ele pode pôr tais liberdades em perigo.
 - 22.^a A dimensão moral do Direito de autor conflui na ideia básica da consideração e do respeito pelas obras e pelos seus titulares, individuais e coletivos.

*Subnational Constitutionalism in the SARs of the People's Republic of China. An Exceptional Tailored Suit Model?**

PAULO CARDINAL**/YIHE ZHANG***

SUMMARY: 1. Introductory Remarks on Subnational Constitutionalism. 2. A panoramic characterization of the SARs: the Subnational Units of China with "Exceptional" Autonomy. 3. The autonomy of the SARs Versus that of Ethnic Autonomous Regions in China. 4. The Constitutional Order of the SARs. 5. The Entrenched Constitutional Principles: 5.1. The principle of obedience to the Joint Declaration basic policies; 5.2. The principle of continuity; 5.3. The principle of the second system (within the one country, two systems global one); 5.4. The principle of an own and distinct legal system; 5.5. The principle of constitutionality; 5.6. The principle of Protection of Fundamental Rights; 5.7. The principle of separation of powers. 6. Comparing the core of the Chinese SARs: Homogeneity of Norms. 7. The dynamics and divergences in the constitutionalism of the twin regions: some items: 7.1. Constitutional Review; 7.2. The democratization process; 7.3. Exercise of External Autonomy. 8. Some final remarks. References. Cases.

ABSTRACT: Macau and Hong Kong Special Administrative Regions of the People's Republic of China enjoy, via a complex web of constituent legal instruments (international treaties, norms of the PRC Constitution and, last but not the least,

* Paper originally prepared for and published in *Perspectives on Federalism*, Vol. 4, issue 2, 2012 (Artigo originalmente elaborado para a revista *Perspectives on Federalism*, Vol. 4, issue 2, 2012). The opinions expressed here are solely those of the authors and do not reflect the views of any institution to which they are affiliated. Thanks are due to Luís Pessanha, who offered many suggestions. The usual disclaimers do apply. The authors wish to thank the support of Prof. Jorge Miranda in publishing this article and take the opportunity to acknowledge his many and important contributions to the modern democratic lusophone constitutional law.

** Paulo Cardinal, LicLaw (Lisbon), PostGrad (Macau), PhD candidate (Coimbra), Invited Lecturer, Faculty of Law, University of Macau; Coordinator Legal Adviser of Macau Legislative Assembly, paulocardinal@yahoo.com.

*** Yihe Zhang, LLM (University of Macau), LLB (ECUPL PRC), Legal Adviser of Macau Legislative Assembly, janezhangyihe@yahoo.com.

the Basic Laws), a remarkable high level of autonomy – namely in key areas such as fundamental rights, the continuation and evolution of a distinct legal system, including an almost universal range of legislative power *stricto sensu*, an independent judicial system, the economic and financial dimensions, including taxation, and also, at least to some extent, in the spheres of political organization based on elements of separation of powers doctrines and openness to pluralism, and an international law capacity – which provides the condition for the existence and ongoing evolution of subnational constitutionalism.

The extent, scope and nature of these two imaginative and pragmatic autonomy arrangements clearly show that they do not fit in any classical model, whether federal or of territorial autonomy. Its results, albeit imperfect, are deemed positive so far. Hence, can these exceptional cases present themselves as a model, even if tailored in origin, in the research and consecration of subnational constitutionalism in other geopolitical arenas?

The Basic Laws of Hong Kong and Macau serve basically as subnational constitutions, which lay down the foundation for continuing development of subnational constitutionalism. The sovereign constitutional norms are the same and the Basic Laws – such as the Joint Declarations – are essentially identical; that is, the normative superstructure has a high degree of similarity. However, the dynamics of constitutionalism show certain divergences that appeared in the two regions with a first decade of evolutionary praxis pointing to somehow different avenues that may, by the end of the day (2047 and 2049, respectively), result in different SARS profiles and different sedimentation of the autonomic traits of Macau and of Hong Kong.

1. Introductory Remarks on Subnational Constitutionalism

Multilevel constitutionalism denotes the constitutional *Ideas*, institutions, principles, norms and practices applied to settings beyond the State (Walker, 2009: 1). It indicates that constitutionalism does not require the framework of the State to be meaningful. Constitutionalism can be seen as both a symbolic frame and a normative frame of reference which registers substantive values such as democracy, accountability, equality, separation of powers, rule of law and fundamental rights, as well as procedural values of institutional specification, interpretation and balanced application of these values (Walker, 2003: 32–35).

In short, subnational constitutionalism means ‘the application of constitutionalism at the subnational level’ (Gardner, 2008: 327, Sigueira, 2010). The condition for the existence of subnational constitutionalism is ‘a degree of autonomy sufficient to make them efficacious representatives and agents of subnational populations, and their constitutions meaningful documents of self-governance that provide to some significant degree for independence from processes of self-governance employed at national level; by the national polity’

(Gardner, 2007: 4). Or, in other words, one can refer to political autonomy in which the capacity of decision, namely via legislative power, has a high degree of *margin of decision* (Garcia, 2005: 44). Therefore when we try to search for subnational constitutionalism, the first target is the scope of autonomy it has (Tarr, 2010).¹

Other than this commonality, or starting point, what we can find is the diversity of subnational constitutionalism. This diversity appears in the form and content of the subnational constitutions. Regarding the form, some subnational constitutions are independent and formal constitutions made by subnational units themselves, as the national constitution only provides framework and allow the subnational units to make their own constitutions. The constitutional arrangements of some subnational units are an integral part of their national constitutions, especially in those federations resulted from devolution (Williams, 2004: 1). The cases of some territorial autonomies such as Spain, Italy and the SARs also pose natural differences in their form. Regarding the content, the differences can be the scope of autonomy the subnational units have, the model used to resolve competency disputes between national level and subnational unit level, the amendment procedures, *etc.*² The main factor producing this wide diversity is the different conditions giving rise to different forms of subnational autonomy (Watts, 1999: 945). Some subnational units come into being after a devolutionary process, which means that a unitary state existed precedent and instituted the subnational units internally³, while there are subnational units which precede the aggregated union or federation⁴. It is also very possible that the constitutions of the subnational units of the same country are asymmetric, even if the primary juridical equality of the subnational units is a structural principle of the sovereign unit constitution; and even though this may beg the question of whether the asymmetric federal state is compatible at all with the classic concept of federal state (Pernthaler, 1999). Robert F. Williams has pointed out that the reasons behind this asymmetry might be the

¹ Tarr (2010) has given an approach in the analysis of subnational constitutionalism: firstly, there should be an essentially legal assessment of the amount of subnational constitutional space, competency, or autonomy that the component units are allotted, and then the question is how a federal system polices the outer limits of subnational constitutional-making space allotted to component units.

² On studies on subnational constitutionalism in different countries and collective works encompassing comparative law approaches, see *e.g.*, Gunlicks, 2000; Brand, 2000; Delledonne, 2011; Marshfield, 2008; Williams, 1999; Murray and Maywald, 2006; Moreno, 'Subnational Constitutionalism in Spain'; Häberle, 2006; Valadés and Serna de la Garza, 2005; Aparicio, 1999.

³ See particularly the case of South Africa and also of Kenya.

⁴ See the cases of the United States and Switzerland.

different time the constitutions were produced, the subsequent amendments, and the regional differences (Williams 2004: 12, Perenthaler, 1999: 35).⁵

As Neil Walker (Walker, 2003: 32) says, to defend the translation of constitutionalism, it shall be proved whether anything of value that can be achieved by developing a more general conception of constitutional translation from the state to other contexts. In other words, there must be a point of translation. It must be demonstrated that there is something of value in our statist constitutional heritage that is worth preserving and applying to the non-state context.

We can give a positive answer to this question, considering the functions of subnational constitutionalism. The functions can be generalized into three aspects. Firstly, in general as we said, subnational constitutions regulate the behavior of subnational governments. They establish the basic organs, specify their powers and responsibilities, and the relationship among these organs. They establish the mechanism to solve constitutional disputes and political disputes. Also, they can establish the rules governing the relationship between the governments at subnational level and the local governments inside subnational units. Subnational constitutions can be the primary tools to check the accountability and transparency of subnational organs. Secondly, subnational constitutions can provide a list of rights or a specific charter of rights of citizens and therefore realize the direct or indirect protection of liberty through the independent body of subnational power (Gardner, 2007: 14).⁶ In federal countries, the subnational constitutions are frequently celebrated as an alternative source of justiciable substantive rights. The rights prescribed in subnational constitutions often duplicate those in national constitutions, and sometimes constitutional powers of the nation and the states are distributed to overlapping spheres. In both cases, subnational constitution can step in and provide protection when there is lack of efficient implementation of national constitution.⁷ Thirdly, in some cases, it can provide peoples with

⁵ Also see reasons put forward by Perenthaler (1999: 35 and ff.), such as the autonomy of the subnational units as justification.

⁶ On subnational constitutions and protection of rights, see William, 1977; Pollock, 1983; Tarr, 1997; Tinoco and Sosa, 2008; Galligan, 2007, in which the author discussed the rights protection by subnational governments under three models of federalism: traditional constitutional federalism, multinational federalism and asymmetric federalism. For a case study of Mexico subnational constitutions and rights protection, see for example, Tinoco, 2010; Rojas, 2008.

⁷ In explaining the supplementary function of protecting human rights by state constitutions of United States, Pollock (1983: 709) pointed out, 'the Bill of Rights in the United States Constitution establishes a floor for basic human liberty. To carry forward that metaphor, the state constitution establishes a ceiling. A state may supplement federally granted rights, it may not diminish them through a more restrictive analysis of the state or federal constitution.' For more about this function, see Brennan, 1977.

distinct identity and ethnicity and language minorities in various countries the opportunity for self-government and better protection of human rights. It usually offers more opportunity for the ethnic minorities to participate in the decision-making process.

Although the existence of subnational constitutions is not a new phenomenon, research on subnational constitutionalism is still at an early stage, and at this stage there are far more questions than conclusions. At the beginning, this subject mostly centered on the study of the constitutions of the states in United States, interlinked with American federalism.⁸ Since then it has been challenged by Robert F. Williams and G. Alan Tarr who called to get away from the traditional approach of studying constitutional federalism from the top-down perspective, which focuses simply on the federal constitutional arrangements, instead adopting a perspective of the subnational units to focus on the subnational units' constitutional arrangements and their dynamics (Williams, 2004: 4). In addition, more questions are raised regarding the qualifications of a subnational constitution, the constitutional competency of subnational units, the relationship between the national constitutions and subnational constitutions (Saunders, 1999), the evolution of subnational constitutions, and more specifically, the function of subnational constitutions in enhancing protection of human rights⁹, etc.

However, as we observe, current research on subnational constitutionalism has been narrowly focusing on the subnational units of formal federate states. We think it can be broadened to include research on certain autonomous units under non-federal arrangements, since, for instance, there are cases where national states adopt highly pragmatic and inventive choices.¹⁰

It is now truly undeniable that, even when faced with classic federal or regional autonomies models, there is no crystal clear separation between them. It is a given fact that the multitude of solutions was put forward in composite states, whether federal or regionalist. In contemporary times the once clear-cut division between federations *versus* regionalized states has become a

⁸ See Ginsburg and Posner, 2010, Tarr and Williams, 1999. Elazar (1982: 3) explains: 'The United States does have a living and active tradition of taking state constitutions seriously, if not always seriously enough. That tradition is reinforced by the continuing processes of constitutional design: regular referenda on state constitutional amendments in most states, periodic constitutional conventions to achieve major constitutional revisions or comprehensive constitutional change, and state supreme court decisions which shape state constitutional law.'

⁹ See Fercot, 2008, Castellá Andreu, 2007. For the Macau, and Hong Kong, cases, Cardinal, 2009 and 2010d.

¹⁰ An inspiring research on subnationalism in Italy and Spain autonomies can be found in Delledonne and Martinico, 2011. Regarding the Chinese SARs, for example, see Cardinal, 2007.

tenuous blurred and even intermixed borderline¹¹. It is not needed to point out significant differences at various levels among the federal legion, for example between Germany and Argentina¹², nor between the regionalized states, as between Portugal and Spain. And it is not necessary also to advise on the strong powers enjoyed by Italian and Spanish autonomous regions (irrespective of their designation, which also varies considerably) that make some authors place them in the federalism path. It is also well known that, for several reasons, both federal and regionalized forms are gaining much ground and becoming more topical than ever (Häberle, 1998)¹³.

However, none of the above has posed a more complex challenge to the theorization of the composite state forms as the SARs of the People's Republic of China, and that is why a question is raised whether *an anonymous federalism* has been created (Cardinal, 2008a).

2. A panoramic characterization of the SARs: the Subnational Units of China with “Exceptional” Autonomy¹⁴

China is the birthplace of the One Country, Two Systems principle (Deng, 1993). Hong Kong and Macau were returned to China in 1997 and 1999 respectively, under the framework of Sino-British Joint Declaration and Sino-Portuguese Joint Declaration, and the Basic Law of each region, via the open gate created by article 31 of the PRC Constitution¹⁵ in order to accommodate diversity under unity. Thereafter, they have been special administrative regions of China, enjoying a high degree of autonomy, except in foreign affairs (this is however, with significant exceptions) and defence, besides a few delimited powers such as appointments of certain government officials as well as typified

¹¹ García (2009: 412), says, that ‘In recent decades, doctrine has shown a confluence between the concepts of federal state and regional state due to the centralisation processes undergone in the first, and the qualitative and quantitative increase in the powers of the second.’ See also, for example, Vergottini, 2004.

¹² An example among others, Hernandez (2005) tells us of a deep process of centralization in Argentina contrary to the federal model envisaged in its Constitution.

¹³ In this work one is given several reasons for this advance of the composite state, such as the ‘Europe of the Regions’ factor.

¹⁴ Parts of this section are drawn from Cardinal, 2009.

¹⁵ That reads, ‘The state may establish special administrative regions when necessary. The systems to be instituted in special administrative regions shall be prescribed by law enacted by the National People's Congress in the light of the specific conditions.’

mechanisms of interaction such as the ones regarding (official) interpretation of some aspects of the Basic Law.

The Joint Declarations first stipulated that the government of the People's Republic of China would resume the exercise of sovereignty over Hong Kong and Macau with effect from 1 July 1997 and 20 December 1999 respectively thus allowing for the accomplishment of reunification with China, and consequently the establishment of the SARs enjoying high autonomy, integrated with, but separate from, the PRC.¹⁶ The SARs are the juridical persons that embody the new autonomic reality within Chinese sovereignty. In this way, the Joint Declarations present a framework for SARs' internationally *plugged* autonomy¹⁷, in the sense that the autonomy does not rely solely upon a domestic act and the sovereign power, but comes from an international treaty, which resulted from the free will of two sovereign states in each case of the SARs. The Joint Declarations were and continue to be the genesis, the anchor and the guarantee of Hong Kong and Macau's autonomy. On the other hand, and in accordance with the JDs, it was necessary to further detail the contents of the policies/principles agreed, thus the necessity of a domestic legal act – the Basic Law.

The Basic Laws state that the SARs are *authorized* to exercise a high degree of autonomy. This is to be realized through the SARs' enjoyment of a range of powers: executive, legislative and independent judicial power, including that of final adjudication; the power independently to conduct, in accordance with the Basic Law, 'relevant external affairs', to use English (in the case of Hong Kong), and Portuguese (in Macau) as an official language of the SARs; and to maintain public order in the SARs. To this end, the socialist system will not be practiced in the SARs, and they are to keep their own system. The Basic Laws provide for the system to be used in the SARs: including the social and economic systems, the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents, the executive, legislative and judicial systems. In

¹⁶ Sino-British Joint Declaration Point 3(1) and reaffirmed on Point I of Annex I; Sino-Portuguese Joint Declaration Point 2 (1) and reaffirmed on point I of Annex I.

¹⁷ The case of South-Tyrol is a point of reference and comparison for the autonomies of Macau and Hong Kong. Surprising as it may seem, that case shares more of the 'uniqueness' of the Macau and Hong Kong autonomies. In fact, they have in common a transfer of sovereignty – at least to a certain degree – from one sovereign state to another sovereign state; that transfer was agreed and laid down in an international legal agreement; those agreements were deposited at the UN; thus, the foundation of the autonomy is primarily internationally based; in these cases one finds that there are at least two official languages within the juridical boundaries of the autonomies, the language of the 'new' sovereign as well as the language of the previous one. On this, see Peterlini, 2009. In general and providing several examples and nuances, both historical (such as Memel) and contemporary (such as South-Tyrol), see Dinstein, 2005.

addition, the PRC's national laws will not apply, apart from those listed in Annex III to the Basic Laws. In order to protect SARs' autonomy, the Basic Laws specify that 'No department of the Central People's Government and no province, autonomous region, or municipality directly under the Central Government may interfere in the affairs which the Hong Kong SAR/MSAR administers.' These are just some of the items from an enormous list that is presented in the chapters on the economy, culture and social affairs, and on external affairs.

Concerning foreign affairs, one must point out that, in spite of the general exclusion clause, that exclusion is in fact qualified in the sense that it allows for considerable areas of exception. It provides an autonomy that is, in some ways, more extensive than other autonomies elsewhere. 'Perhaps the most distinctive feature of the agreement is the extensive authority granted to the (...) SAR in the area of foreign relations and participation in international organizations', says Hurst Hannum (Hannum, 1996: 140).

A point to underline is that the Basic Law seems to contain the possibility of expanding the SARs' autonomy. It states, that '(the SARs) may enjoy other powers granted to it by the National People's Congress, the Standing Committee of the National People's Congress or the Central People's Government.'¹⁸ Such powers, one would assume, would not be those dealing with the already existent autonomy, but ones that cross the boundaries of autonomy and deal with reserved subject matters like, for example, external relations.

As to the limitations of autonomy, one has to say that the autonomy envisaged by the Joint Declaration has certain natural limits, and the Basic Law also expressly provides for certain other limitations that were initially expressed in the treaty. First of all, the SARs are part of the Chinese territory, and the People's Republic of China has resumed the exercise of sovereignty over it. Sovereignty now resides solely in the Chinese state, both in its title and in its exercise, as exemplified by the power of the central government to take charge of defence of the SARs. The form of the autonomous entity is that of a special administrative region, while the legal domestic document is a basic law enacted by the central authorities and not by the autonomous entity¹⁹. Second, there is a temporal limitation: the principle of the internationalized autonomy (and of continuity) will remain in force for fifty years, and hence it is guaranteed only for that period of time. Finally, the appointment and removal

¹⁸ Art. 20 of Hong Kong Basic Law and Macau Basic Law. Canas (2001: 244) makes this point despite considering the article an enigma.

¹⁹ Although as seen, the external *pacta* source must be complied with meaning that sovereignty resides solely in China and in no other, but it is delimited by the Joint Declaration.

of Chief Executive and the principle officials by the Central Government, the political nature of 'constitutional review' by the National People's Congress, the restrictive rules on proposal for amendment of the Basic Laws from the side of SARs, the authoritative interpretation by the Standing Committee of the National People's Congress are the specific limitations on autonomy designed in Basic Laws.²⁰

After analysis of the scope and limitations of the autonomy of the SARs, we come to characterize its nature. It seems clear that one can, obviously, find elements of regionalism and of federalism (Rolla, 2009: 472–475) in the SARs of the People's Republic of China. Bearing in mind what is written *supra*, namely about the powers of the SARs, some characteristics can be deemed as almost federal or as incorporating a proto-federal phenomenon²¹. But that does not seem to worry the PRC as long as it is still labelled as a normal unitary state and the formula works. In truth, it seems that the SARs are vested with characteristics that go beyond any substate entities and resemble a (*non integrated*) State in some circumstances.

This augmented set of powers makes us lean towards the idea that, in a sort of counter balancing exercise, it *rearranges* the whole picture and pushes up the framework of the SARs from a *mere* formal region lacking some characteristics connatural to federations to something else. And that is why we ask if the SARs' autonomy incorporates a sort of 'new' federalism, albeit anonymously. Faceless, just like a bottle of mineral water without a label but still filled with that liquid. Do we have here *an anonymous new federalism?* (Cardinal, 2009: 244 and ff)²²

²⁰ For detailed discussion on the limitations of autonomy, see, Cardinal, 2008b: 671–681. It shall also be noted that the absence of a conflict resolution mechanism has been seen as a limitation, or an impediment, to the autonomy. To be clearer, there is no independent judicial forum for the determination of jurisdictional disputes between the central government and the SARs, while the Standing Committee of National People's Congress, a political organ, undertakes 'constitutional review', and interprets the Basic Laws. See, Chen Albert, 2009: 760–762.

²¹ Nabais (2001: 33–34) describes a high degree of complexity and originality that does not fit any previous models. Olivetti (2009: 783) puts it 'In the case of the SARs, the lack of homogeneity not only is allowed or tolerated, but it is directly imposed to the Regions by their Basic Laws, up to the point that they couldn't even reduce or remove it (e.g. adopting a socialist system). Here lies in my opinion the core problem of every attempt to classify the SARs using the models created in the literature over territorial distribution of powers. None of these models and none of existing experience allows such a difference of political structure, of socio-economic model and of fundamental rights regulation between the centre and the autonomous entities like the one foreseen by the Hong Kong and Macao Basic Laws.'

²² Jeong (2004: 233–234) says that the regime of the SARs under the one country, two systems framework brings to the centralized state system some federalist characteristics, and concludes that China now has a combined system of federalism and unitary state. Underdown (2001) uses

In short, and turning what was written elsewhere (Cardinal, 2009), one can propose the following melting pot on the characterization of the SARs' status:

- Less than (political) regionalist elements: The Chief Executive – as well as the principal officials of the government and the Procurator General – is appointed by the centre and shall be accountable to the Central People's Government.
- As for regionalist elements of the SARs: The formal labelling of both the SAR and the PRC – the first is stated to be a region and the latter proclaims that it is a unitary state. The lack of power of the SAR to decide on its constitutional law by itself, since the competence to enact and change the Basic Law is deposited outside the SAR – although as seen before, this is limited by reason of an international treaty and the impossibility of secession from the SARs. *Authentic* interpretation of the autonomy chart resides outside the SAR.
- Federal elements of the SARs: The existence of a political system²³ and organizational framework with its own legislative, executive and judicial power. Both defence and, as a rule, foreign affairs remain with the centre. Existence of a constitution, at least in a material sense, named Basic Law.
- Statehood elements of the SARs: Among others, existence of judicial power including that of final adjudication, and hence the non possibility of any competence, be it *prima facie* or by way of appeal mechanisms of any courts of the Mainland. A self contained system of fundamental rights and the non application of the centre Constitution, a key feature even more when in comparison with traditional regional autonomies where the centre Constitution does apply including naturally the norms on fundamental rights. The non application of the Chinese Constitution to the *private sphere* in Macau, and residents of Macau are as such not under the scope

the interesting expression '*federalism Chinese style*'. Davis (1999) poses the question of federalism in China and of confederacy and proposes a concept of economic federalism already in force but unaccompanied by a formal constitutional one. Zheng (2007: 213) referred to China as a 'de facto federalism' or a 'behavioral federalism'. 'China does not have a federalist system of government (...) Constitutionally, the country is a unitary state. Nevertheless, within China's cultural context, a formal institutional perspective can hardly help us understand the country's central-local relations properly. A better understanding of China's central-local relations should begin with a behavioral perspective. Such a perspective will enable us to see China's de facto federal structure.' See also, Cheung, 2007.

²³ Again, an item embodying the 'second system', even if this new system marks disruptions in several issues with the previous 'colonial' political system, which is less marked in the case of Hong Kong. The main reason is that the Macau model was copied from Hong Kong. See, for example, Cardinal, 2002, and 2008b: 678-681. For Hong Kong's case, see Ghai, 1999.

of application of the Chinese Constitution, whether in the fundamental rights sphere or as tax payers, etc. The non application of the centre laws as a rule and the exceptions are subjected to the regime contained in the Basic Law. Hence, as in above, the basic rule is that Macau residents are in no way subject to Mainland laws thus meaning that the issue of supremacy of centre laws vis-à-vis regional ones is not even an issue.

The international law personality. The existence of total separateness of finance and tax systems. The issuing of its own currency. A separate customs. The separateness of its own social system.

- *Uncategorized/unique* elements: The measurement of the international law capacity of the SARs goes far beyond what is present in autonomous regions, in 'regions' with *shared* sovereignty, such as New Caledonia (Dormoy, 2000, Bihan, 2006), and even in federated states (Nabais, 2001, Henders, 2000)²⁴. However, it has less capacity than an independent State and has a domestically drawn line of what is and what is not in its sphere. The accession of Hong Kong and Macau to the centre is bilateralized as in federations; however, it was in a horizontal fashion (Nabais, 2001: 31) rather than a vertical fashion (no matter in ascending or descending move). Besides, it was the result of an international treaty in which it took no part; so instead, it was not the subject of it, but its object. The autonomy frame is internationally *plugged/guaranteed* as in some known cases of regional autonomies, but this is done in a more detailed manner on the one hand, and with a limited timeline on the other hand.

3. The autonomy of the SARs Versus that of Ethnic Autonomous Regions in China

To better understand the SAR's 'exceptional' autonomy, it is relevant to compare them with another form of autonomy arranged in China's political system – the ethnic autonomies. The policy of ethnic autonomies is implemented in areas where people of ethnic minorities live in compact communities. The purpose of establishing those autonomous areas is to solve the ethnic problem and to provide the minorities with the right to govern themselves²⁵. Ethnic

²⁴ Henders compiled the data related to the nonstate actors activity in international law and both Macau and Hong Kong are high in the rankings and in the case of Hong Kong it is surpassed only by a will be State – Palestine – and an associated one.

²⁵ China has since imperial times adopted the notion of ethnic autonomy. For a historical analysis and the origin of current ethnic autonomy, see Phan, 1996.

autonomous areas are established at different levels, including autonomous regions, autonomous prefectures and autonomous counties, depending on how large are the populations of the ethnic groups and how much territory they occupy. Currently, there are five provincial-level ethnic autonomous regions²⁶.

The rules applied to ethnic autonomous areas in general are provided in articles 112 to 122 of the Constitution of China and the Law of the People's Republic of China on Regional Ethnic Autonomy. The organs of self-government of ethnic autonomous areas shall apply the principle of democratic centralism²⁷, must guarantee that the Constitution and other laws are observed and implemented in these areas²⁸, shall lead the people of the various nationalities in a concentrated effort to promote socialist modernization, shall place the interests of the State as a whole above anything else and make positive efforts to fulfil the tasks assigned by State organs at higher levels²⁹, shall rationally readjust the relations of production and the economic structure and work hard to develop the socialist market economy, under the condition of adhering to the principles of socialism³⁰.

It is immediately very clear that the economic and political system applied in the ethnic autonomous areas is the same as the one applied in China, all pertaining to socialism, democratic centralism and socialist market economy. It is different from the Hong Kong and Macau SARs which are implementing the second system, different from the general one applied in China.

The self-government organs of autonomous areas exercise the functions and powers of local organs of state and at the same time exercise the right of autonomy within the limits of their authority as prescribed by the Constitution, the law of regional national autonomy and other laws, as well as implement the laws and policies of the state in the light of the existing local situation³¹. The self-government organs have the power to enact autonomous regulations and separate regulations, administer local finance and taxes, use the revenues accruing to the national autonomous areas, manage local economy and education and culture affairs, use their own ethnic language, etc. To avoid repetition, it only needs to be emphasized that the Hong Kong and Macau SARs have their own currencies, separate fiscal and economic policies, own

²⁶ They are the Inner Mongolia Autonomous Region, the Xinjiang Uygur Autonomous Region, Guangxi Zhuang Autonomous Region, Ningxia Hui Autonomous Region and Tibet Autonomous Region.

²⁷ Article 3 of the Law of the People's Republic of China on Regional Ethnic Autonomy.

²⁸ Article 5 of the Law of the People's Republic of China on Regional Ethnic Autonomy.

²⁹ Article 7 of the Law of the People's Republic of China on Regional Ethnic Autonomy.

³⁰ Article 26 of the Law of the People's Republic of China on Regional Ethnic Autonomy.

³¹ Article 115 of the Constitution of PRC.

official languages, and the right to conduct certain external affairs on its own in accordance with Basic Laws.

It should be noted that the legislative power held by the autonomous areas is very limited. The people's congresses of national autonomous areas have the power to enact regulations on the exercise of autonomy and separate regulations, in the light of the political, economic and cultural characteristics of the nationality or nationalities in the areas concerned. These two kinds of regulations are subject to the approval of the Standing Committee of the National People's Congress. The regulations on the exercise of autonomy and separate regulations of autonomous prefectures and autonomous counties shall be submitted to the standing committees of the people's congresses of provinces, autonomous regions or municipalities directly under the Central Government for approval before they go into effect, and reported to the Standing Committee of the National People's Congress and the State Council for the record³². The requirement of approval largely compromises the legislative power of the ethnic autonomous areas, which directly leads to the underdeveloped situation of legislation by self-governing organs of autonomous areas (Chen Shaofan, 2005; Dai, 2002). It is widely commented that the legislative power is not authentic or it is only semi-legislative power. The autonomous areas often take a passive standing in legislation because of the rigid requirements on its approval. It must be said that the review by the superior organs is not only limited to the legitimacy of the regulations, in other words, its compliance with superior laws, but also includes the appropriateness of substantial content, to see whether they are adapted to the concrete situation and practical needs of the areas. In addition, there are no rules on the time limit of the review of Standing Committee of the NPC and the standing committees of the people's congresses at provincial level: in practice, there is a serious problem of delay of approval. In this aspect, the legislative power of ethnic autonomous areas are even less independent than the ordinary administrative units of PRC, since the latter's local regulations only need to be reported to the Standing Committee of the National People's Congress for the record³³.

It is important to note that national laws and regulations by the superior administrative governments are applied to ethnic autonomous areas. If a resolution, decision, order, or instruction of a state agency at a higher level does not suit the actual conditions in an ethnic autonomous area, the local organs can either implement it with certain alterations or cease implementing it

³² Article 116 of the Constitution of PRC.

³³ Article 3 of the Constitution of PRC.

altogether, only after acquiring the approval of that higher level state agency³⁴. However, even the use of this flexibility is rather limited³⁵. In contrast, the national laws applied in Hong Kong and Macau SARs are specified in a rather restricted list in Annex III of the Basic Laws, and enter into force in the SARs by way of promulgation or legislation by the Region.

Regarding the judicial system, the ethnic autonomous areas don't have independent judicial power. The local courts are constituents of the unitary court system of China and shall be supervised by the Supreme People's Court and by People's Courts at higher levels³⁶. Needless to say, the ethnic autonomous areas have the socialist legal system, while the Hong Kong and Macau can preserve their own distinct legal systems.

Regarding the relationship between central government and the autonomous regions and the SARs, the difference lies in the scope and nature of the central power in these two types of regions. The Basic Laws provide high autonomy for the SARs, and stipulate that the central government is responsible for the foreign affairs relating to the SARs and the defence of the SARs. On the other side, the division between central government (or superior government) and ethnic autonomous areas is not clear in the Law of the People's Republic of China on Regional Ethnic Autonomy. The provision that organs of ethnic autonomous areas shall make positive efforts to fulfil the tasks assigned by State organs at higher levels, and the chapter on the responsibility of state organs at higher levels to help ethnic autonomous areas develop, further emphasize the authority of central or higher administrative organs and their right to intervene in local affairs, and diminish the autonomy the ethnic autonomous areas have.

In brief, the comparison reveals that the SARs enjoy a much higher autonomy than that of ethnic autonomous regions at provincial level as well as a different nature and foundation. The ethnic autonomous regions have to implement national policies, albeit with the power to make certain changes in some cases. Their own autonomy is restricted because of the limitations on their legislative power³⁷ and the wide-ranging and intrusive central power. Therefore one does not find a case of subnational constitutionalism. In short, these two autonomy systems are based on different rationales, one is to let the

³⁴ Article 20 of the Law of the People's Republic of China on Regional Ethnic Autonomy.

³⁵ Up to 2002, there are 13 laws which authorized the ethnic autonomous areas the right to alter implementation, but the alterations have been practically done only to 4 laws (Marriage Law, Election Law, Inheritance Law, and Forest Law) by some ethnic autonomous areas.

³⁶ Article 46 of the Law of the People's Republic of China on Regional Ethnic Autonomy.

³⁷ For analysis of the limited role the autonomous legislative powers can play in solving central-local conflicts of interests distribution and in extending autonomous power, see Xia Chunli, 2008.

ethnic minorities govern themselves, under the same system, and the other is to allow and assure the prosperity of the other system with its values and principles, especially the open market (Ghai, 2000a).

4. The Constitutional Order of the SARs

Since China is not a formal federal state, the question arises whether it makes any sense at all to refer to a principle of having a Constitution for the SARs. One should not refer to a constitutional autonomy in its full sense in a federalist manner, namely the power to produce its own constitutional texts³⁸. One could imagine that the Macau and Hong Kong solution be just enough to apply the Chinese Constitution in its entirety and, on a lower level, ordinary legislation, whether centralized or local. This choice however was put aside as we all well know and international law, via the Joint Declarations, intermediated and shaped a completely different avenue. China's attitude towards the questions of Macau and Hong Kong *legated by the past* was extremely pragmatic (and innovative) thus imposing a similarly infused analysis. It was said that 'Constitutional autonomy is also the possibility of an autonomous territorial being – state, region – granting itself a "constitution" ("statute", "basic law") in order to stabilise its own organization and define its identity. In the case of Macau there was no real constitutional autonomy in this sense (and, wherever it exists, it is always limited), but the Joint Declaration and the Basic Law aim at finding the essential dimensions of organizational stability and the political, historical, economic and social identity of the territory.' (Canotilho, 2009: 748-749).

The Joint Declarations stated that the basic policies and the elaboration of them in Annex I will be stipulated in the Basic Laws of the SARs. This explains the constitutional principle of obedience to the Joint Declaration basic policies, which will be mentioned below. Along with this, one must underline

³⁸ One does not forget the inexistence of some classical features of federalism, such as the *Kompetenz-Kompetenz*, see, Cardinal, 2009. Gouveia (2002: 1997) warns that, in spite of the extraordinary scope of autonomy and the existence of powers that not even federated states have, the Macau SAR cannot be deemed as something similar to a state in a federation since it lacks an essential power, that is the power to enact its own constitution. It is important to note though that historically not all constitutions were the result of a self constituent power but rather *granted* by a superior entity, be it a monarch or the international community, e.g., the Constitution of Bosnia and Herzegovina has come into being as Annex 4 to the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina of the Dayton Agreements, see Yee, 1996, on legitimacy and undemocratic questions.

that the constituent power of the sovereign was not unlimited and unrestricted but, on the contrary, owes allegiance to the international treaty it signed with a counterpart sovereign state. In this sense, the so-called constituent power of the Chinese body competent to enact the SAR Basic Law has limitations and it is not absolute. This is one of the several imaginative operative schemes envisaged for the SARs to be functionalized, we believe, to contribute to the success of the formula even if meaning a contained rupture of the domestic absolute domain of the Chinese Constitution.

As a very brief summary one can say that we envisage the composition of the SARs constitutional order as built in aggregation by several different juridical texts: firstly – not necessarily above all, quite the opposite – the most comprehensive, structure, detailed, and in-depth one, the Basic Laws, plus, as seen, the Joint Declarations – as the hetero foundation and demanding 12 commandments, among other roles – and naturally the PRC constitution, in part, such as article 31³⁹. We have thus a multilevel and *multicomposite* constitutional order.

The Basic Laws constitute the formal domestic legal instrument that details the constitutional organization of the SARs, including political system, autonomy, as well as the non-organisational constitutional frameworks such as in the fields of fundamental rights, economy, and social issues. These two legal documents have the appearance and the structure of a formal constitution and have been called a ‘mini-constitution’ or a ‘para-constitution’. To us, the main point to stress, with or without ‘mini’ or ‘para’ or other similar qualification expressions, is that the Basic Laws are, in the SARs legal systems, a constitutional law thus naturally part of the SARs constitutional order. They are material constitutions if not even formal ones (Raz, 1998)⁴⁰. In fact, if one

³⁹ We could question if other normative documents integrate the constitutional order of the SARs such as the ICCPR, by virtue of article 40 of the Macau Basic Law and 39 of the Hong Kong one stating: ‘The provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and international labour conventions as applied to Hong Kong shall remain in force and shall be implemented through the laws of the Hong Kong Special Administrative Region. The rights and freedoms enjoyed by Hong Kong residents shall not be restricted unless as prescribed by law. Such restrictions shall not contravene the provisions of the preceding paragraph of this Article.’

⁴⁰ Raz (1998: 153-154) presents a seven characteristic criterion in order to ascertain the existence of a constitution in a thick sense: it contains the definition of powers of the main organs of government; is meant to be of long duration, that is it is stable or aspire so; it is written; it is a superior law; there are judicial procedures to implement that superiority; it is entrenched; and, finally, it purports principles of government that usually express common values of the community, such as human rights, democracy, *etc.* The Basic Laws conform to all of the above with some deficiency regarding one, the judicial mechanisms of implementation. For further see Cardinal, 2010a.

looks at the legal order of the SARs, the Basic Law is the highest source of the domestic legal system. This role is clearly indicated in the Basic Laws⁴¹. Besides, as Giancarlo Rolla put it, 'Further evidence of the constitutional nature of Basic Law is provided by the fact that its revision may be carried out only by way of a special procedure, a "reinforced" procedure, (...) which cannot be amended by the National People's Congress except following specific procedures. (Rolla, 2009: 475)'. In short, we call it a *lato sensu* constitution⁴².

An interesting query might be the amendment and interpretation of subnational constitutions. As we pointed out above, the Joint Declarations constrain the power to amend these two subnational constitutions. This leads to the relatively immutable character of the Basic Laws in the period prescribed in the Joint Declarations. And also, the Joint Declarations serve as an authoritative reference for their interpretation.

Another characteristic is the role of national government, as the constituent power, and the subnational units in the amendment and interpretation of the subnational constitution. As the Basic Laws by nature are national laws made by the national legislature, its amendment is in the hands of the national power. Both central and subnational have the power to initiate amendments, but with different conditions. When the amendment is from the Standing Committee of the National People's Congress (NPCSC) and the State Council, there is no requirement for it to be referred to any institutions of the SARs for comment. When the proposal is from the delegation of the Regions to the National

⁴¹ Article 11 of Hong Kong Basic Law: No law enacted by the legislature of the Hong Kong Special Administrative Region shall contravene this Law. Article 11 of Macau Basic Law: No law, decree, administrative regulations and normative acts of the Macau Special Administrative Region shall contravene this Law.

⁴² In truth, as explained and detailed in the text, we view the Basic Law as the Macau Constitution, see Cardinal, 2010a and b. However, we do know that actually in mainland doctrine this view is not shared, see e.g. Liu and Han, 'The Basic Laws of HK and Macao SARs aren't Subnational Constitutions in China'. Apparently an approach is favored filled with traditional and old-fashioned concept of absolute, or unlimited, and indivisible sovereignty, basically in the footsteps of the way paved by Jean Bodin in the XVI century. Further, for a good summary of the division between Hong Kong scholars and mainland scholars on the nature of the Basic Law, see Chen Albert, 2002: 381, footnote 25. 'Mainland scholars think the Basic Law is one of the basic laws enacted by the National People's Congress according to the Chinese Constitution, and don't regard it as constitutional instrument or constitutional law. (...) Hong Kong scholars generally think the Basic Law is the constitutional law or constitutional instrument. The Judiciary also shares this opinion, and adopts general principles of interpreting constitution to interpret the Basic Law, and general principles of constitutional review to review the compliance of laws enacted by Legislature with the Basic Law.' For relevant jurisprudence relating to the nature of Basic Law as the constitution of Hong Kong SAR, see Lo, 2011: 14-15.

People's Congress, it has to obtain the consent of two-thirds of the deputies of the Regions to the National People's Congress, two-thirds of all the members of the legislative organ of the Regions, and the Chief Executives⁴³. It means that it is possible for the central government to amend the Basic Laws without any formal consultation, not to mention the consent of, the SARs, but the strict requirement on raising the amendment proposal from the side of SARs make it very difficult for them to change the arrangement.

The power of authoritative interpretation of the Basic Laws is with the Standing Committee of the NPCSC. The courts within SARs have also the power to interpret, as they are authorized to interpret on their own, in adjudicating cases, the provisions of the Basic Laws which are within the limits of the autonomy. The courts of the SARs may also interpret other provisions in adjudicating cases. However, the courts shall seek an interpretation from NPCSC if, when adjudicating cases, they need to interpret the provisions concerning affairs which are the responsibility of the Central People's Government, or concerning the relationship between the Central Authorities and the Region, and if such interpretation will affect the judgments on the cases, through the Court of Final Appeal. Further, the courts of the SARs, in applying those provisions having being interpreted by the NPCSC, shall follow its interpretation.⁴⁴ The power to authoritatively interpret Basic Laws in practical set an upper *political jurisdiction* for the SAR's constitutional interpretation and review, which may incites the risk of infringing the juridical autonomy of the SARs.

It can be seen that through this design, the central authority has been introduced to the level of subnational units and acquires an important role, if not say dominative, in the evolution of subnational constitutions. The national force becomes an integrated part of the subnational constitutional politics.

5. The Entrenched Constitutional Principles

As was stated at the beginning, this tentative glance of the constitutional principles will be done from the perspective of the periphery or, if one prefers, from the standpoint of the subnational unit and not from the centre⁴⁵. This explains, for example, why we elected the 'two systems' segment and not the

⁴³ Basic Law of Hong Kong: Article 159; Basic Law of Macau: Article 144.

⁴⁴ Basic Law of Hong Kong: Article 158; Basic Law of Macau: Article 143.

⁴⁵ For further see Cardinal, 2009 and 2010c, papers that have parts that are closely followed in this section.

'One country' counterpart. We are not in any way diminishing the paramount importance of either the 'one country' or the 'two systems', or questioning the idea of Chinese sovereignty.

One should also point out that there is a complex interrelation of the principles, and thus making it sometimes not so easy to draw a division between them – when one ceases to give room to another. Sometimes, a given principle is *no more* than a corollary of another more ample one, making it, at times, somewhat difficult to grant it independent status; for example, the principle of having a constitution should presuppose the constitutionality principle at the risk of the former not being true or merely a paper constitution, which is not the case.

In general, these are what one can mention in relation to the constitutional system: the principle of obedience to the Joint Declaration's basic policies; the principle of a constitution; the principle of continuity; the principle of the second system within the one country, two systems; the principle of autonomy; the principle of democratization; the principle of an own and distinct legal system; the principle of constitutionality; the principle of legality; the principle of separation of powers; and the principle of independent judiciary. We will not address all of the above. On the other hand, by virtue of simplifying the written discourse we will have Macau has a departing point of reference; however, unless stated otherwise, the following paragraphs do apply to Hong Kong.

5.1. *The principle of obedience to the Joint Declaration basic policies*

The Joint Declarations established a group of basic policies that will shape the Hong Kong and Macau SARs for fifty years. The *twelve commandments* are mandatory and cover several main features. Hence, when analysing and interpreting the Basic Laws, the first step must be to see how the subject in question is dealt with in the Joint Declarations⁴⁶. Failing to do so would make the Joint Declarations meaningless and eliminate the source of all the distinctive features of the SARs. We are faced with a relationship between these two preeminent sources of law of an exceptional nature, which together may be considered as forming the constitutional block of the SARs (along with article 31 of the PRC Constitution), with special links and cross-references to the commands and nature of the Joint Declarations; the *regulatory* function of the

⁴⁶ For instance a hypothetical revision of the Basic Law to eliminate the right to strike would not be possible since this right is directly protected by the umbrella guarantees established in the Joint Declaration. The same can be said, naturally, if in a revision of the Basic Law a proposal to abolish the high degree of autonomy were put forward.

Basic Laws vis-à-vis the Joint Declarations; *the pacta sunt servanda principle*; and the material limitation imposed on the revision procedures of the Basic Law: *no amendment to this Law shall contravene the established basic policies of the People's Republic of China regarding Hong Kong/Macau*. This is a proviso that imposes itself on both the sovereign and the regional bodies – although on the latter in a moderate way since there is no power of amendment but only some power of proposing amendments.

The Joint Declarations are undoubtedly international treaties, despite the unusual branding it receives⁴⁷, with all the legal consequences that they imply. They set out the fundamentals of the process of the transfer of sovereignty (with implications for the legal system; public administration; exercise of sovereignty powers; political structure; judiciary; and fundamental rights, among others). Without question, the Joint Declarations constitute a limitation on the exercise of sovereignty over the peripheral reunited territories. These international treaties are echoing a certain spirit of a *Kantian perpetual peace*⁴⁸, a limitation freely created and desired by the contracting sovereign states in the normal exercise of their international legal powers, or, in other words, 'Under the Joint Declarations (JDs), the PRC was reduced in its sovereign competences, these purporting only to external sovereignty: defence and foreign affairs.' (Isaac, 1999).

The Joint Declarations remain as a prominent source of law for the SARs (Oliveira, 1993: 24–25, Cardinal, 1993: 80, Katchi, 2005: 14, 93). The norms prescribed in the Joint Declarations, characterised as 'policies' embodying China's obligations, may genuinely constitute *material limits* on the legislative power responsible for drafting as well as amending the Basic Laws. The continuing validity and efficacy of the Joint Declaration is in fact, as seen,

⁴⁷ Sharing the same opinion, Ramos, 1998; Chen Zhizhong, 2001. For Hong Kong, Mushkat, 1997: 140–1; Crawford, 2005: 3 – 4, says 'It is true that it is termed a Joint Declaration and much of it is in declaratory mode. But the name given to a treaty is a matter of indifference. (...) There is no difficulty from the point of view of international law in seeing the Joint Declaration as a treaty. Moreover the declaratory mode does not mean that the Joint Declaration is a mere declaration or recital without legal force. Much that is in the Joint Declaration is actually being constituted, or at least being agreed to be constituted.'.

⁴⁸ Kant purported an idea of universal hospitality and this resulted in strong disagreement towards colonialism. The Joint Declarations ended colonialism and the inhabitants of Macau and of Hong Kong of Portuguese or British background are seen as permanent residents of the SARs in (almost) total parity with Chinese nationals. See, Cardinal, 'A Tale of Two Cities – The Judicial Protection of Fundamental Rights in the Exceptional Autonomous Regions of Macau and Hong Kong of The PR of China and the Role and Influence of International Law Instruments on Human Rights', forthcoming; Cardinal, 2010a: 741 – 748.

assumed by the Basic Law itself.⁴⁹ In a sense, the Basic Laws *do no more* than detail the policies stated in the Joint Declarations⁵⁰.

In short, we can say that the Joint Declarations work as a *grundnorm* for the Basic Laws and consequently for SARs' autonomous constitutional, legal, political, social and economic system⁵¹ until 2047 and 2049, respectively. All the obligations created by the international treaty emanate guarantees that are proclaimed in the Joint Declarations and, in accordance with the *pacta sunt servanda* principle, none of these guarantees may be violated within the timeframe prescribed by the international treaty. Of course, the Joint Declarations contain no mechanism for its enforcement, but respect for that *jus cogens* principle is a strong element and the international community in general, and United Kingdom or Portugal in particular, should have a say in case of a breach of either Joint Declaration.

5.2. *The principle of continuity*

A paramount principle in general as well as in the fundamental rights area is the principle of continuity. 'The current social and economic systems in Macau will remain unchanged, and so will the life style. The laws currently in force in Macau will remain basically unchanged.'⁵² This means the continuity of the social system, of the economic system and also of the normative acts

⁴⁹ Preamble and in Art. 144 stating that the basic policies of the People's Republic of China regarding Macau have been elaborated by the Chinese government in the Sino-Portuguese Joint Declaration and that no amendment to the Basic Law shall contravene the established basic policies of the PRC regarding Macau. For Hong Kong, article 159.

⁵⁰ Chen Zhi Zhong (2001: 92) writes that the Basic Law codifies the 12 points in JD Art. 2. In the decision on process 96/2002, the TSI (Macau Court of Second Instance) a reference is brought to the densification of the Joint Declaration made by the Basic Law.

⁵¹ 'Macau's legal system will have a new constitutional Grundnorm: the JD itself, which is the body of principles and rules defining its autonomy as an SAR and limiting Chinese sovereignty', Armando Isaac (1999, 3). It is important to note again that the Basic Law must nonetheless follow the provisions of the Joint Declaration, although in some cases it has failed to do so; see for example Cardinal, 1993; for Hong Kong, Ghai, 1999: 146.

⁵² Joint Declaration, Point 2 (4) and see also I and III of Annex I with some differences in the language of the late norms. Alves (2001: 207) asserts that 'As for the concept of "laws in force" we understand it in a broad meaning, encompassing not only the formal aspect – written laws – but also the spirit of the legal system, its internal logic, its own dogmatic concepts and all the rest that provides life and sense to the legal order previously existent at the date of transfer of the exercise of sovereignty.'

basically unchanged⁵³. Or, as one author put it, it was envisaged a ‘*high degree of continuity*’ (Crawford, 2005: 29).

However, this principle does not affirm itself as absolute, meaning that the principle of continuity does not have to be read as meaning intangibility. It does not claim to be synonymous with intangibility inasmuch as the contracting parties had intended to prevent an undesirable sclerosis of the legal system (Cardinal, 2006: 32). In truth, this characteristic of elasticity, though limited one must say, and of the principle of continuity, consists as an added guarantee to the effective survival of the legal system since it allows it, without abdicating its essential characteristics⁵⁴, to adapt to the natural and unexpected evolution of the social system where it is inserted.⁵⁵ If it is the *veritas* that the legal system will have to be maintained, although not in absolute terms, it is equally true that it could only be modified in respect to the limits established in the Joint Declaration (Cardinal, 2006). Besides, as another author points out, if Macau fails to keep and develop its own legal system the One country, two systems principle would be lacking its sense and purpose (Mai Man Ieng, 2001: 2).

The limit to the fullness of the principle of continuity cannot be reduced to only the thesis of the maintenance of the laws, save for opposing the Basic Law or that it will be subject to posterior alterations; otherwise, that will simply mean carrying out the emptiness of that apex principle and consequently be rendered useless. To us, one has to admit the possibility of the introduction

⁵³ One should note that, contrary to what might be perceived, the whole idea of continuity of a given legal system is far more common – and adequate if not necessary in many cases – than the sole cases within Chinese context. These phenomena can be witnessed in a multitude of situations by which some shift of sovereignty occurs. Be it by transfer of sovereignty over a given territory, access to independence or other situations historically existent.

⁵⁴ Wang (1999: 180) tells us about the necessity of the new sovereign to acknowledge the existence of a differentiated legal system in Macau and of the local social customs. Its worth mentioning some of the following ideas: the creation of new legislation imposes that it should be prudently taken in consideration the relationship between the Basic Law and the laws previously in force, but also the maintenance of the European continental legal system characteristic as a way of underlining the typical style of Macau, and, it should be mentioned that one of the messages contained in the One county, two systems is the admissibility of a regime left by a foreign State in the condition that it is not in violation of the Basic Law, Sun, 2002.

⁵⁵ It should be pointed out that from the perspective of legal transplant and legal culture, some legal scholars made an analogy between ‘the theory of possession’ – a concept in civil law – and preserving the transplanted legal regime and rules, and asserted ‘for a jurisdiction built upon legal transplant, existing legal rules and legal theories should be preserved unless they are proven to be not suitable for the society or not corresponding to the common norms of the human society.’ See Tong and Wu, 2010: 670, who consider this *continuity* a result or phenomenon rather than a principle. We think that, by the end of the day, it actually concurs with what we advocated here about continuity and elasticity.

of those alterations, even though it is not permissible for these alterations to consubstantiate basic changes⁵⁶. With this we mean that the general principles that characterize/shape the Macau legal system cannot be disregarded, and neither can the diverse legal regimes be disregarded – for example, of the fundamental rights in general and of each right in itself – they cannot have their ratio deviated or overwhelmed.

5.3. The principle of the second system (within the one country, two systems global one)

Article 5 of the Basic Law announces that ‘The socialist system and policies shall not be practised in the Macau Special Administrative Region, and the previous capitalist system and way of life shall remain unchanged for 50 years.’ Furthermore, article 11, 1, reassures that ‘the systems and policies practised in the Macau Special Administrative Region, including the social and economic systems, the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents, the executives legislative and judicial systems, and the relevant policies, shall be based on the provisions of this Law’.

In these two norms, the separation line between the sovereign and the subnational unit is clearly drawn. This means that in the sphere of the above mentioned *systems*, its design, enforcement, application and development must be made in accordance with the values and aims of the granted and tolerated values in the second system and not by way of importation of the correlative ones in force in the Mainland. For an assertive position, ‘Given the contradictions between them, then to what extent is the Constitution applicable in Hong Kong? The argument that it applies as a whole to Hong Kong must be rejected because the Constitution allows only one system. A more popular argument is that it applies only partially, but this theory is difficult to apply. A convenient, but not principled, argument is that the Basic Law is a national law passed by the congress, when decided, pursuant to an international treaty, to exercise its supreme power only through the framework of that *de facto* constitution. It is now settled that, as far as Hong Kong courts are concerned, the Basic Law forms the only valid constitutional cord connecting Hong Kong’s laws to the national constitution. There is no other official means by which

⁵⁶ Lok (2002: 61) seems to be purporting a somehow similar idea by proposing a difference between the *spirit* of the laws and its basic value as opposed to the specific writing of the normative rules. This later ones would be changeable. One can assume that those would not.

Chinese laws (including the Constitution) may be applied in Hong Kong.’ (Fu and Cullen, 2006)⁵⁷.

In these fields, the core of Macau’s autonomy, the second segment of the one country, two systems principle, is in command in the political system, in the legal system and its sources, in the judicial system and in the fundamental rights – one is not allowed to implement a socialist system or policies to downgrade the value of fundamental rights of an instrumental status and unceremoniously and unrestrictedly subordinate it to a given *societal* value that is propagated by the government without any real balancing of the potentially conflicting interests at stake.

5.4. *The principle of an own and distinct legal system*

Contrary to what, to a certain extent, is common, the legal order of the centre applies, or so tends to, unlimitedly and unrestrictedly to the subnational entities, at least in the subject matters reserved to the centre, as well as in other areas. For instance, the legal order of the centre applies in issues such as central taxes, central system of justice, monetary matters, and several others, and thus forming a strong component of the subnational legal system formation process. Although varying immensely in shape and scope, one fact seems certain: there is competitiveness between national and subnational units in forming the latter’s legal system. We are faced with two domains of competence that contribute to one single legal system.

However, with the SARs example, we do not find such schemes except for some limited PRC constitutional norms, the Basic Law (and in here with constraints applicable to the sovereign power) and a few *sovereignty* legislations that must be identified and, in a sense, incorporated by the Basic Law itself and with a special procedure of application.

The Basic Law provides for the system to be used in Macau and it includes: the social and economic systems; the system for safeguarding the fundamental rights and freedoms of its residents; and the executive, legislative and judicial systems. In this sense, there is an extremely limited and low grade intervention in the subnational legal systems, and hence a *non dual* domains system of sources of law as a rule. Marco Olivetti stated that ‘It is a strict consequence of the principle “one country, two systems” that the Chinese legal order does not find

⁵⁷ Or in the words of Wu (2002: 74) ‘Under the principle “One country, two systems”, the socialist principles and policies established in the Constitution are not applicable in the Regions (SAR). This means that the Constitution is applicable in the MSAR, except for those rules that are related to the socialist principles and policies and the ones referred in article 11 of the Basic Law’.

application in the territory of the two SARs', and thus addressing an 'immunity from Chinese Law' (Olivetti, 2009: 793). Or, in other words, 'The Macau legal system is normatively self-closed and self-referential due to the immanence of those Basic Policies' (Isaac, 2007) (enshrined in the Joint Declaration).

5.5. *The principle of constitutionality*

The most aprioristic and immediate role of the constitutionality principle is clearly indicated in Article 11, 2, of the Macau Basic Law, in a fashion rooted in Romano-Germanic legal systems: 'No law, decree, administrative regulations and normative acts of the Macau Special Administrative Region shall contravene this Law.'⁵⁸ Article 8 reinforces the principle vis-à-vis the previous normative acts: 'The laws, decrees, administrative regulations and other normative acts previously in force in Macau shall be maintained, except for any that contravenes this Law.' Within Macau's own domestic legal system, a hierarchy is established and the apex role of its constitution is safeguarded, namely with the mechanism envisaged in article 17, 3⁵⁹. This makes the Basic Law function as the norm parameter and the domestic constitutional platform.

This plane, along with other dimensions of the principle, is established in the Basic Law in many other articles. All those dimensions mean that the SAR is not above or outside the Basic Law; it is, instead, subjugated to it as in the fashion of any modern constitutional states. This submission embodies the idea of Constitution proper (Canotilho and Moreira, 2007: 216.)⁶⁰.

⁵⁸ Rao, 2006, states that 'The Basic Law has constitutional status and dominates all other Hong Kong laws. (...) The Basic Law dominates all local statutes of the territory, and enjoys constitutional status, namely, as a charter which cannot be defied and one that guarantees social stability and steady economic development. In light of this, all governmental institutions, organizations and individuals must strictly adhere to the Basic Law.'

⁵⁹ Note, however that such constitutionality mechanism of control does not extend to administrative regulations enacted by the Government. On this subject see also, article 145 'Upon the establishment of the Macau Special Administrative Region, the laws previously in force in Macau shall be adopted as laws of the Region except for those which the Standing Committee of the National People's Congress declares to be in contravention of this Law. If any laws are later discovered to be in contravention of this Law, they shall be amended or cease to have force in accordance with the provisions of this Law and legal procedure.'

⁶⁰ As Ribeiro (2002: 57) points, the principle of *Rechtsstaat* – or of a *Rechtsregion*, in a similar sense of a *Rechtsstaat* as P. Cardinal has been long referring to, – is present in the Basic Law, albeit maybe not so immediately, namely in an indirect way via the separation of powers, the administrative legality, the guarantee of the judiciary remedies, etc.

5.6. *The principle of Protection of Fundamental Rights*⁶¹

The Basic Laws establish a wide catalogue of fundamental rights and several principles imbued with a *westernized* approach and thus contribute to one more ground of differentiation vis-à-vis the sovereign besides the usually more adulated group of economic differentiations⁶². Besides, as noted before, one must underline the fact that, contrary to traditional regional autonomies and federated states, the fundamental rights system of the SARs – norms, principles, guarantees, limitations, courts, etc. – rest solely on the Basic Law and local legislation as well as applicable international instruments and does not allow room for the application of the national Constitution.

As seen, Article 4 of the Basic Laws solemnly states that the Special Administrative Regions *shall* safeguard the rights and freedoms of the residents and of other persons in the Region. This normative principle is in line with provisions of the Joint Declaration as well as other norms of the Basic Law, such as article 11⁶³. It definitely commands an *idea* of safeguarding the rights and freedoms, especially the fundamental ones, and thus not allowing for policies that will undoubtedly position themselves as anti fundamental rights. The safeguarding of fundamental rights is a mandatory general principle of conduct. Its connection with the continuity principle is self-evident and together they form a structural rector principle (and philosophy) of respect of fundamental rights, which is in line with the legate transferred to the new juridical person – the SAR – in the new constitutional order. This principle of safeguarding does not distinguish, nor should it, the origin of the fundamental rights or its christening. It extends its protective command to any fundamental right whether established in domestic law or in international law, whether vested with the robes of fundamental rights or with the cosmopolitan robes of human rights.

⁶¹ At this stage we are not caring about properly differentiating the concepts of fundamental rights and of human rights. One is aware of various possible distinctions between human rights and fundamental rights but for the current purpose we use both expressions as synonyms and as interchangeably unless otherwise stated. Anyway, some are already questioning the distinction today, based namely on the growing fact that legal systems are plural having to coexist domestic and international orders in a given jurisdiction, and pointing out possible negative effects of it, see, for example, Cavallo, 2010: 15 and ff.

⁶² Note, as Crawford (2005: 3) states that ‘that autonomous economic system implies the rule of law [...] together with an immediate guarantee of individual rights’.

⁶³ It is emblematic, and some substance must arise from it, that in Chapter I of the Basic Law on general principles, two of them expressly address the fundamental rights issues in general. Cristina Ferreira (2010: 423, 424) reads article 4 as a *lato sensu* safeguard by encompassing the responsibility of guaranteeing the effective enjoyment of the fundamental rights, e.g. by juridically establishing those rights, promoting them, and establishing judicial and quasi-judicial mechanisms of guarantee.

We tentatively identify several principles underlying the fundamental rights constitutional subsystem or component⁶⁴. They are⁶⁵: the principle of safeguarding, the principle of self containment and of exclusivity⁶⁶; the principle of a charter of rights; the principle of continuity of fundamental rights; the principle of equality⁶⁷, the principle of non discrimination⁶⁸; the principle of safeguarding human dignity⁶⁹; the principle of legality of fundamental rights in general and on restrictions in particular; the principle of reception of at least minimum international standards; the principle of self-executing constitutional norms; the principle of *local* philosophy interpretation and integrative methods; the principle of effective judicial protection; the principle of proportionality; the principle of overture to other rights in the Basic Law; the principle of

⁶⁴ On the history, continuity of fundamental rights and maintenance of its western, liberal, *pro homine* legacy of the fundamental rights system in Macau, see Cardinal, 2010b.

⁶⁵ On detailed elaboration of these principles, see Cardinal, 2010c.

⁶⁶ Meaning that no norms from the Chinese Constitution are to be imported in the field of fundamental rights. This key element is a crucial difference from other subnational constitutionalisms, be it in federal or regional examples. We know that even in sub state entities such as autonomous regions, it is possible to find a detailed chapter on fundamental rights incorporated in the autonomy act. But it also shows us that those regional rights are connected to, and owe obedience to, the fundamental rights inserted in the sovereign constitution. They share a scope of application and they do not preclude one another. In federal states, one finds similar situations whereby a given citizen is the recipient of a double origin set of fundamental rights – the state constitution and the federal constitution. In some cases, the state constitution does little more than to declare that the federal fundamental rights are received by the subfederal constitution ; in other cases, the local constitutions provide for a rich catalogue of fundamental rights but still open the door for the application of the federal based fundamental rights. Naturally, in regionalist states, the absence of fundamental rights in the local basic law is more widespread, and evidently, the rule of the application of fundamental rights established in the (centre) Constitution is intangible. In view of all this, one can thus talk about a domestic multilevel protection in fundamental rights, as, for example, Castellá Andreu (2007) advocated for Spanish case. The situation of the Chinese SARs, as already mentioned, is very different. The centre constitution simply does not have a say in establishing fundamental rights in the regional level. For further see Cardinal, 2010c: 244 and ff.

⁶⁷ For Macau see, e.g. Ac. TUI pr. ° 5/2010, and Reports of the Permanent Commissions of the Legislative Assembly of Macau: 1.^a Comissão Permanente – Parecer N.º 2/IV/2010 and 3.^a Comissão Permanente – Parecer N.º 4/IV/2010. Regarding Hong Kong, for example, Secretary for Justice v Yau Yuk Lung, [2007] 3 HKLRD 903 (Court of Final Appeal).

⁶⁸ In the Basic Law of Hong Kong the principle of non discrimination is not textually established in contrast to what occurs in the Macau Basic Law. On the latter see, for example, Sena, 2010: 154 and ff.

⁶⁹ Note that the principle of human dignity is constitutionalized expressly only in Macau, and not in Hong Kong, *ex vi* article 30 of the Basic Law, inserted in the Fundamental Rights and Duties of the Residents chapter that states ‘The human dignity of Macau residents shall be inviolable’.

overture to other rights outside the Basic Law; and the principle of extension to collective persons⁷⁰.

Together with the constitutional principles that we have elaborated which have or may potentially have a contributory role in establishing and guaranteeing the fundamental rights system, they constitute the protective web of the fundamental rights system, shaping it into a potential and formal *pro libertate* one, from the perspective of the periphery or, if one prefers, from the standpoint of the subnational unit.

5.7. *The principle of separation of powers*

One can very briefly say, and we quote, that ‘Under the Basic Law, there is a clear and sharp separation between the executive and the legislature’ (Ghai, 1999: 263), and subsequently, there are some mechanisms, albeit not perfect, of checks and balances. Articles 2, 16 and 17, among other articles, reflect the separation of powers in Macau. Even if there is a dominance of the executive over the legislature as it is the case⁷¹, one knows that the event of absolute power does not fit in the Basic Law schematics. Absolute power negates true fundamental rights, whereas separated and controlled powers lay the carpet for the possibility of real fundamental rights. What varies is the scope and quality of those rights.

On the other hand, one must bring to the subject the fact that Macau and Hong Kong are constitutionally guaranteed with an independent judiciary. The principle of independent judiciary is present in the Basic Law, which is in line with the Joint Declaration, and it emphatically states that Macau (and Hong Kong) enjoys independent judicial power, including that of final adjudication. Immediately, one can see two dimensions at stake: the judicial power is independent from other *intrasistemic* powers and it is also independent from the central sovereign powers, and thus the final adjudication. Needless to stress, having an independent judiciary in the safeguarding of the constitutional system and of the fundamental rights system⁷² is paramount.

⁷⁰ For further developments see Cardinal, 2010c, Ghai, 1999.

⁷¹ And if there is dominance, primacy or lead of one over another than one must have a separation established. One does not dominate, prevail or lead over oneself. Hence, it is not understood how can possibly be argued that due to a primacy of the Executive over the Legislative the separation of powers does not exist in the Basic Law design.

⁷² Gouveia (2005: 1091-1092) states, ‘Simply said, without the implantation of mechanisms of practical order destined to its defence, never this concretization could pass out of the paper and penetrate in the constitutional reality of the day-by-day of the citizens that would have been disturbed in the title and exercise of these rights. It is therefore that the protection of the

6. Comparing the core of the Chinese SARs: Homogeneity of Norms

The constitutional space that is allotted to Hong Kong and Macau is fundamentally the same, as they are created by similar Joint Declarations and the same Chinese Constitution. The Basic Laws of the two regions are essentially identical, regarding the general structure, major principles, and wording. They were drafted in 1985–1990 and 1988–1993 respectively. Most of the drafters of the Hong Kong Basic Law from the mainland have been absorbed by the Drafting Committee for the Macau Basic Law and brought along same method and approach⁷³.

Notwithstanding the similarity, there are some differences appearing in the content. It is also natural when the Basic Law of Macau, which was drafted later, tended to avoid some uncertainties from a technical point of view. The drafters also tried to make the Basic Law adapt to the society of Macau and reflects its own characteristics. For example, there is a provision regarding the policies on tourism and recreation which, in *the real world*, means casino industry, the sector giving most revenue to the government.

However, there are some differences that are more remarkable. Macau has a more complete list of fundamental rights than Hong Kong⁷⁴. Whereas in Hong Kong the Basic Law states in article 25 that all Hong Kong residents shall be equal before the law, the corresponding article in Macau states the same principle, densifies and expands on it to cover the non-discrimination clause⁷⁵, stating that all Macau residents shall be equal before the law, and shall be free from discrimination, irrespective of their nationality descent, race, sex, language, religion, political persuasion or ideological belief, educational level, economic status or social conditions. Macau Basic Law also adds the principle of human dignity to the chapter of fundamental rights. This principle constitutes a standard of universal protection and operates as an interpretation clause and a criterion of balancing fundamental rights and other relevant constitutional values (Canotilho and Moreira, 2007: 198; Rolla, 2002: passim; Cardinal, 2010a).

fundamental rights cannot be enough with its mere existence, for more numerous and rich that is its constitutional list. (...) It became indispensable to count on the contribution of two instances of the public power that can play an undeniable role (...) in the fundamental rights guardianship: the non-judicial guardianship and the judicial guardianship.'

⁷³ However, the rigid copy of Hong Kong model did cause some confusions as Hong Kong and Macau operate under different legal system. One under common law, and the other civil law system. See, Cardinal, 2008: 686.

⁷⁴ For detailed discussion, see Cardinal, 2010c. Cotton (2000) also tells us about a 'greater precision' on the norms concerning the fundamental rights.

⁷⁵ In itself an open and evolving clause thus opening the way to new items of non discrimination.

Another difference is put in the evolution of method of selecting the Chief Executive and formatting the legislature. For Hong Kong, the ultimate aim is to achieve universal suffrage for selecting the Chief Executive and electing all members of legislature, for Macau these provisions are absent. That only a majority of legislators are to be elected directly was put into the Macau Basic Law. It shall be borne in mind that this different treatment was put earlier in the Joint Declarations; the Basic Law was just to implement the policies enshrined in Joint Declarations. The differences might reflect different bargaining power of the British and the Portuguese governments, and different degrees of domestic desire for democracy (Ghai, 2000b: 192). This difference leads to a different democratization pace as appeared in the SARs which would be elaborated later.

7. The dynamics and divergences in the constitutionalism of the twin regions: some items

7.1. *Constitutional Review*

The Basic Laws established a complicated dual system of constitutional review. One is the review conducted by the NPCSC, the other is the judicial review by the courts. The NPCSC can invalidate the laws enacted by the legislatures of the SARs which it considers are not in conformity with the provisions of Basic Laws regarding affairs on the relationship between the central authorities and the region, by returning them.⁷⁶ This power to review constitutionality has two restrictions. The first is it can only review and invalidate the laws that fall into the scope as provided and the second is the laws are only limited to the laws enacted by the legislatures of the SARs, excluding the administrative regulations enacted by the Chief Executive⁷⁷.

But the courts' power of constitutional review is not without restrictions. One restriction is it has to be subject, within the limits and scope prescribed by the Basic Laws, to the authoritative interpretation of the NPCSC and it

⁷⁶ Laws enacted by the legislatures of the SARs must be reported to the Standing Committee of the National People's Congress for the record, but the reporting for record shall not affect the entry into force of such laws. Article 17 of Hong Kong Basic Law and Macau Basic Law.

⁷⁷ The NPCSC can also invalidate the laws previously in force in Hong Kong by declaring them in contravention of the Basic Laws. However, this is a power to be executed only at the time of the establishment of the SARs. If any laws are later discovered to be in contravention of the Basic Laws, they shall be amended or cease to have force in accordance with the procedure as prescribed by the Basic Laws.

might be overruled by the interpretation from the NPCSC which, as we will see later, happened in Hong Kong SAR.

The Basic Laws of the SARs stipulate that no law enacted by the legislatures shall contravene Basic Law, which can be regarded as a foundation for constitutionality review. However, the Basic Laws didn't establish a unitary system for judicial review and a constitutional court, or some such equivalent which is charged specifically with the responsibility of adjudicating on constitutional challenges, in the SARs.

In Hong Kong, the Court of Final Appeal has readily and consciously assumed a role of the implementer of the Basic Law and the guardian of fundamental rights. The Court of Final Appeal (CFA) has taken a robust approach to constitutional review. From the very first case, it has declared in no uncertain terms that:

'in exercising their judicial power conferred by the Basic Law, the courts of the Region have a duty to enforce and interpret that Law. They undoubtedly have the jurisdiction to examine whether legislation enacted by the legislature of the Region or acts of the executive authorities of the Region are consistent with the Basic Law and, if found to be inconsistent, to hold them to be invalid. The exercise of this jurisdiction is a matter of an obligation, not of discretion, so that if inconsistency is established, the courts are bound to hold that a law or executive act is invalid at least to the extent of the inconsistency'.⁷⁸

At the beginning, there were some conflicts between the CFA and the NPCSC on understanding the power of the CFA to constitutionally review the acts of NPC and NPCSC, and the interpretation of Basic Law itself (Tai, 2002). As rightly commented by some authors (Clarke, 1999), the Court tried to delineate the scope of the HKSAR's judicial autonomy from the central government. The Court was concerned to establish its constitutional jurisdiction as widely as possible and to assert the independence of its judicial power as forcefully and expansively. It asserted itself as the guardian of the Basic Law and a champion of the legal autonomy of HKSAR and the rights of its residents. It tried to erect a 'firewall' around Hong Kong's judicial autonomy by placing the interpretation and enforcement of the Basic Law primarily under its own control and limiting the requirement to seek an authoritative interpretation from NPCSC in article 158 of the Basic Law.

There were a handful of constitutional adjudications, which compounded the constitutional jurisprudence. The courts employed a wide range of

⁷⁸ Ng Ka Ling v Director of Immigration, [1999] 1 HKLRD 315, para 61.

remedies, including the traditional ones like declaration of unconstitutionality, reading in and reading down, as well as the innovative ones, such as temporary suspension of a declaration of unconstitutionality (Zervos, 2010). And the courts are willing to give access to applications of constitutional review by carefully interpreting the procedural rules. In one case, the Court of Appeal established exceptional rules to entertain the application for judicial review by an applicant who had not been charged with any offence and was not affected by any executive decision, which would be normally regarded as lack of *locus standi*.⁷⁹ The Court stated that ‘where the constitutionality of laws is involved, the court should be more eager to deal with the matter. Put bluntly, if a law is unconstitutional, the sooner this is discovered, the better.’⁸⁰

In interpreting Basic Law, the CFA has carefully taken a distance from the Chinese approach and insisted on its common law approach. In the case of *Chong Fong Yuen v Director of Immigration*⁸¹, the CFA attempted to define the relations between the Hong Kong courts and the NPCSC in interpreting the Basic Law. It concluded that, according to Chinese law, the interpretation by the NPCSC is legislative in nature, as NPCSC is a legislative body. Since a common law court would generally not consider how the Legislature will respond to the courts’ interpretation of a particular statutory provision, which is considered as the exclusive power of the court, when Hong Kong courts interpret the Basic Law, they will not take into account how the NPCSC would interpret the Basic Law under Chinese law, or how it would respond to their interpretation. In this way, the CFA tried to insist the primacy of common law principles in interpreting Basic Law (Chan, 2007: 412).

Regarding to the role of guardian of human rights⁸², one commentator has generalized two major themes evolved from the judgments of the CFA.

‘The first theme is its eagerness to position itself as a liberal constitutional court protecting fundamental rights. In a line of decisions, the Court gradually established firm jurisprudence on the approach to fundamental rights that is in line with contemporary liberal thinking on human rights. The second theme is to maintain

⁷⁹ Leung T C *William Roy v. Secretary for Justice*, [2006] 4 HKLRD 211. The judge based his argument carefully to prove that the court can determine on a case by case basis whether sufficiently exceptional circumstances exist to enable it to exercise the discretion to hear cases notwithstanding that future conduct or a hypothetical situation is involved. And in this particular case, the court held that the applicant has sufficient interests involved to challenge the law.

⁸⁰ Leung T C *William Roy v. Secretary for Justice*, [2006] 4 HKLRD 211, para 30.

⁸¹ *Director of Immigration v Master Chong Fung Yuen*, [2001] 2 HKLRD 533.

⁸² For an examination of the constitutional rights cases of the first decade in the CFA, see Young, 2008. For an updated version, see Young, 2009.

continuity with the previous system. The establishment of the SAR is not the creation of a new regime as such, but a continuation of the previous regime, and the court should be slow to disturb such continuity.' (Chan, 2007: 415)

Hong Kong courts have considerably used international treaties and international and comparative jurisprudence to ensure that domestic laws and policies comply with international human rights norms (Cardinal, 2010d and forthcoming). This has constituted an important element for internationalizing Hong Kong's constitutional law or, in other words, internalizing international human rights law in Hong Kong (Chen Albert, 2009a). Since the enactment of the Bill of Rights in 1991, the human rights norms in International Covenant on Civil and Political Rights have constitutional force in Hong Kong and are used as yardsticks for constitutional judicial review. This system was maintained after 1997 when ICCPR was incorporated in article 39 of the Basic Law to bring the ICCPR into the Basic Law's framework for the protection of human rights. To construe and apply the ICCPR, the use of international norms in general and of the case law on the European Convention on Human Rights (ECHR) has proved to be the single most important source of reference for the Hong Kong courts (Chen Albert, 2009a: 247), even though the ECHR is not part of the law of the land. Apart from the jurisprudence of the ECHR, Hong Kong courts have also sometimes referred to and relied on a wide range of other international decisions namely from the Inter-American Court of Human Rights, the Human Rights Committee, the International Court of Justice in deciding human rights cases, as well as referring to the general comments and concluding observations of treaty-monitoring bodies⁸³. And, to some, perhaps even more remarkably, 'Indeed, compared to the record of the Hong Kong courts before 1997, Hong Kong courts in the post-1997 era have been even more open, active and receptive than before in the use of international and comparative materials in the domain of human rights law.' (Chen Albert, 2009: 248)

Compared with their counterparts of Hong Kong judiciary, the Macau judiciary, especially the Court of Final Appeal (TUI), demonstrated earlier a timid role in protecting fundamental rights and in constitutional review, notably in its first years of operation.⁸⁴ However, Articles 11 and 145 of the Basic Law on the supremacy of the Basic Law over any ordinary norm and the principles of justice and of the effective protection proclaimed in Article 36 of the Basic Law demanded a different attitude – one that could easily

⁸³ We are following closely Chan, 2007 and Chen, 2009.

⁸⁴ In this part we closely follow Godinho and Cardinal, 2010.

be reached in Hong Kong – even in the absence of a branded and expressly established judicial procedure. Besides, as stated in Article 83 of the Basic Law, the courts shall be subordinate to nothing but law, and the first law is the Basic Law of Macau. Therefore, the absence of a specific set of procedural rules on constitutionality issues⁸⁵ cannot be seen as impairing the competence of the court to implement the constitutionality principle and safeguard the Basic Law. The political mechanisms can coexist with normal judicial ones, as is the case in Hong Kong which has to follow, in this aspect, the same type of rules in its Basic Law, and the CFA has been active in these crucial fields. On the other hand, in Macau, the TUI suffers a problem of invisibility.

As was said, there were initial oppositions to the assumption of constitutional review, however, a ruling by the TUI promisingly and clearly affirms that it has the competence to scrutinize the conformity of any rule vis-à-vis the Basic Law, further stating that, in the cases adjudicated, the courts cannot apply norms inserted either in laws or administrative regulations that are in violation of the Basic Law or its settled principles. This is, from several angles, an apex decision that should merit further study and may indicate a certain shy deviation from a previously *conservative stance* by the court.⁸⁶ Time will tell.

⁸⁵ It is not necessary here to recall the enormous inconveniences that the situation of lack of such procedure entails.

⁸⁶ It is of relevance to take a further look to recent judicial decisions from TUI on this subject as well as to its nuances. For example, in Ac. TUI, proc. 8/2007, it is said that ‘When courts adjudicate cases, they are subject to law only. In consequence, if the court deems the law applied is against a law of higher hierarchy, the court shall apply the law of superior hierarchy or other legal norms, not the illegal norm of lower hierarchy. Unless the law provides otherwise, no matter what type of the case, which instance and which procedural phase, the court applying the law can review its validity on its own initiative or upon request of a party, particularly if there is a violation of a higher law, provided the case is within its jurisdiction. If it confirms this breach of law, the court cannot apply the rule which should be applied otherwise but was deemed illegal, and shall apply other legal rules in order to pass a ruling within the scope of the plaintiff’s petition. However, it shall be emphasized that the conclusion that a norm is in violation of law of superior hierarchy is merely an integral part of the courts’ reasoning, or one step on the logical process leading to the final decision, and it does not constitute the content of the ruling. The court cannot pass a ruling that a norm is illegal with a general binding force. The sentence is only valid in the case itself, and does not produce any effect toward other cases and other courts. The norm considered illegal does not become invalid because of this particular ruling. It shall be noticed that a preliminary issue is one question, and the issue of unconstitutionality (at another level) is another question. Unconstitutionality is not an incidental issue or issue of procedural law, but a preliminary issue or issue of substantive constitutional law. But it is brought incidentally in proceeding which has other different issues as object.’ See also, Ac TUI, pr. 9/2006, ‘In the legal system of Macau SAR, the courts in hearing cases can consider the conformity of laws with the Basic Law. And in compliance with Article 11 of the Basic Law, the courts cannot apply norms which infringe

In the field of fundamental rights, in which there are relatively few cases, the tentative conclusion is that the Court usually opts for a moderate or shy approach, with little densification of the fundamental rights enshrined in the Basic Law, in the Joint Declaration such as the principle of effective judicial protection or the continuity principle, and in international law⁸⁷. There is a lack of deepening of important general principles and concepts, such as proportionality, usually simply acknowledging it in an administrative law context. In short, the Court does not engage an in-depth, proactive and liberal stance, although it does not present itself as being anti human rights.

An example of a rigid and detached approach, perhaps even an insensitive one, is the case in which the internationally established family reunification right was dismissed, and the Court serenely advocated that if a parent wish to be reunited with its sibling so instead of bringing the child to Macau the parent – legal immigrant worker – could instead simply cease to work in Macau and move back to his Southeast Asian homeland⁸⁸. Finally one more example would be the Ao Man Long case and the dismissal of his right of appeal, also internationally guaranteed⁸⁹.

In some cases, however, most notably in habeas corpus ones, the TUI clearly assumed a guarantor role. More recently, in several cases related to freedom of demonstration, TUI has demonstrated a more suitable approach as guarantor and *densifier* of fundamental rights.

the Basic Law or principles it establishes, without prejudice to Article 143 of the Basic law. In the legal system of Macau SAR, there is no specific procedure to review the conformity of laws with the Basic Law, therefore courts can consider this issue only in the proceedings of specific cases.' The tendency is positive and is consolidating, although with justifiable doubts and cautions in the absence of legislation. It is still, however, insufficient and short reached, namely by refusal of assuming a power to declare *erga omnes* the unconstitutionality of norms.

⁸⁷ When it does so, in some cases, is to reduce the scope of a right, such as in the right of appeal regarding criminal cases, in the Ao Mao Long case, a former member of the Government that was accused of several serious white collar crimes.

⁸⁸ Ac. TUI, pr. 21/2007, regarding article 9 of the UN Convention on the Rights of the Child 'The Macau SAR does not impose the separation of the appellant from his son. This (the child) solely does not have the right to reside in Macau. The appellant can keep living with his son. It can simply stop working in Macau and return to his country of origin'. This sort of icy consideration is to be avoided in such formal acts as a judicial decision of a supreme court and one fails to see the technical enlightenment that may have been intended to bring.

⁸⁹ By the ICCPR, article 14(5), in force in Macau and not subjected to any reservation or similar act and constantly reaffirmed in formal reports of competent international institutions, see, for example, Molinero, 2003, and documents in it referred.

Whereas one can see a clear active and widely respected *pro libertate* judicial activity in Hong Kong, one fails to see such enthusiasm in Macau⁹⁰, at least in the same dimension that can be seen on the other side of the estuary of the Pearl River. However, as said, there might be a new tendency encompassing a *friendlier* approach to fundamental rights issues.

7.2. *The democratization process*

The issue of democratization of the SARs has to be put into a wider historical context to be discussed. In Macau, the democratization took place shortly after the Portuguese revolution in 1974, but it became stagnant during the 1980s and the 1990s. The Organic Statute passed in 1976 established a 17-member legislature with six directly elected members, six elected by occupational groups and five appointed by the Governor. There was a division of legislative power between the Legislative Assembly and the Governor. In Hong Kong, only until 1985, the Legislative Council introduced members elected by functional constituencies. Before that all members were appointed by the Governor. The common characteristic of the political system of Macau and Hong Kong is the overarching powers of the governor and the relatively little accountability to the legislature.

The Joint Declarations, based on compromises between two parties, stipulated that the government and the legislature shall be composed of local inhabitants and the chief executive will be appointed by the central government on the basis of the results of elections or consultations to be held locally. The legislature shall be constituted by direct elections in the case of Hong Kong, and for Macau majority members of the legislature shall be directly elected. In both cases, the executive shall be accountable to the legislature.

The Basic Law gives the Chief Executive an important role in the legislative process. The Chief Executive can also prevent the submission of legislative bills relating to government policies by not giving his or her consent. The Government has a reserved right to initiate legislative proceedings dealing with public expenditure, political system and the operation of the government⁹¹. The Chief Executive can veto the bill approved by the legislature and ask them to reconsider it⁹². If the same bill gets approved with qualified majority, the

⁹⁰ See, for example, Torres (2009: 318) states ‘there is a particular need for a permanent rethinking for judicial decisions, especially (but not only) when human rights are involved and this should start at the highest level.’

⁹¹ Basic Law of Hong Kong: Article 74; Basic Law of Macau: Article 75.

⁹² Basic Law of Hong Kong: Article 49; Basic Law of Macau: Article 51.

Chief Executive can dissolve the legislature⁹³. Other than power regarding legislative issues, the legislature has the power to examine and approve budgets introduced by the government; to receive and debate the policy addresses of the Chief Executive; to raise questions on the work of the government; to debate any issue concerning public interests; to receive and handle complaints from residents; and to summon, as required when exercising the powers and functions, persons to testify or give evidence⁹⁴. The legislature may pass a motion of impeachment of the Chief Executive by a two-thirds majority of all its members, although it has to be reported to the central government for the final decision⁹⁵.

It can be concluded that the Chief Executive does have wide-ranging powers, but a system of checks and balances exists. The legislature can play a role of monitoring and balancing the power of the executive based on rules provided in Basic Law, although a lack of substantial powers turn the pre-eminence to the executive side, without however deleting the separation of powers principle.

The post-handover democratization of Hong Kong SAR has been mainly centred on the reform of electoral rules of Chief Executive and the Legislative Council⁹⁶. The progress achieved until this moment is that the election of the Chief Executive in 2017 may be implemented by the method of universal suffrage and, after the Chief Executive is selected by universal suffrage, all the members of the Legislative Council may be elected by universal suffrage. It depends on the internal players to create conditions and materialize these objectives⁹⁷. Macau's case is different from Hong Kong because the universal election of the Chief Executive and all the members of the Legislative Assembly was not put into the Basic Law⁹⁸. Also Macau lacks political parties *stricto sensu*

⁹³ Basic Law of Hong Kong: Article 50; Basic Law of Macau: Article 52.

⁹⁴ This list summarized the powers that the legislature of Hong Kong SAR and Macau SAR both have, which is prescribed in Basic Law of Hong Kong: Article 73; Basic Law of Macau: Article 71. But according to the same articles, the Legislature of Hong Kong SAR also has the power to endorse the appointment and removal of the judges of the Court of Final Appeal and the Chief Judge of the High Court, and the Legislature of Macau SAR doesn't have the power to approve public expenditure.

⁹⁵ Basic Law of Hong Kong: Article 73.9; Basic Law of Macau: Article 71.7.

⁹⁶ For an account of the constitutional reform of Hong Kong, see Chan and Harris, 2005; Tai, 2002 and 2009; Chen Albert, 2010, 2009, 2008 2007, 2006.

⁹⁷ In 2010 the Legislative Council has passed a law proposal to expand the size of the Election Committee for the Chief Executive and increase the number of seats in the Legislative Council. It is regarded as one of the preparatory steps for the universal suffrage of the Chief Executive and all members of the Legislative Council.

⁹⁸ For a discussion on Macau's political system and electoral reform, see, Godinho, 'Political Representation in Macau', forthcoming.

and a strong civil society, as well as a certain lack of primary social identification with Macau proper due to strong and recent immigration from mainland China, which might be reasons influencing its democratization process.

7.3. Exercise of External Autonomy

Hong Kong and Macau SARs enjoy a high degree of international legal capacity based on their autonomy, internal and external (Chan and Lim, 2011: 77-81). The Basic Laws accord the SARs the power to conduct relevant external affairs on their own, while the central government is responsible for the foreign relations relating to the SARs⁹⁹. To conduct relevant external affairs, the SARs can maintain and develop relations and conclude and implement agreements with foreign states and regions and relevant international organizations in the appropriate fields, including the economic, trade, financial and monetary, shipping, communications, tourism, cultural and sports fields¹⁰⁰. SARs may, as members of delegations of the People's Republic of China, participate in international organizations or conferences in appropriate fields limited to states and affecting the Region, or may attend in such other capacity as may be permitted by the Central People's Government and the international organization or conference concerned, and may express their views, using the name 'Hong Kong, China' or 'Macau, China'. This gives the SARs the opportunity to promote their interests through key international organizations. The SARs can also participate in their own capacity under the name 'Hong Kong, China' or 'Macau, China' in international organizations and conferences not limited to states¹⁰¹.

It all left the SARs governments the chance to make full use of their wide external affairs powers, which concerns their international recognition. It can be generally observed that Hong Kong has more vigorously taken an active role and is a visible player in the international arena compared to Macau, especially in the fields of commerce and trade, by participating in more intergovernmental organizations and non-intergovernmental organizations and establishing more overseas Economic and Trade Offices.

Hong Kong participates in 26 international organizations which are only open to sovereign states, sending representatives as members of delegations of China. These organizations include important ones such as Food and

⁹⁹ Article 13 of Hong Kong Basic Law and Macau Basic Law.

¹⁰⁰ Hong Kong Basic Law: Article 151; Macau Basic Law: Article 136 (This article added the "technology field" upon the above list.)

¹⁰¹ Hong Kong Basic Law: Article 152; Macau Basic Law: Article 137.

Agriculture Organization, Group of Twenty, International Atomic Energy Agency, International Civil Aviation Organization, International Labour Organization, International Monetary Fund, The World Bank Group, World Health Organization, World Intellectual Property Organization, etc. Hong Kong participates in 39 intergovernmental organizations not limited to states, such as Asia – Pacific Economic Cooperation, Asian Development Bank, International Maritime Organization, Organization for Economic Co-operation and Development – Trade Committee, World Meteorological Organization), World Customs Union, World Trade Organization, etc. It also participates in more than 170 non-intergovernmental organizations. Hong Kong has been an active participant in international and regional economic and trade forums, such as World Trade Organization and Asia – Pacific Economic Cooperation. Some important international organizations maintain offices in Hong Kong, such as the Commission of the European Communities, the Bank for International Settlements, the International Monetary Fund, the International Bank for Reconstruction and Development and the International Finance Corporation. All these external relations and activities help it to construct and maintain its prominent position as a leading commercial, communications, financial, logistics and transportation centre.

Macau's *de facto* participation in international organizations is more limited. Macau has used the channel of having representatives as members of delegations of China to mainly participate in UN meetings. Macau is a member of 13 intergovernmental organizations not limited to states, such as World Trade Organization, World Tourist Organization, World Health Organization, etc.¹⁰². And participates in more than 29 non-intergovernmental organizations. It should be emphasized that, due to its unique historical and linguistic advantages, Macau is selected as the base for the Permanent Secretary of Forum Economic and Trade Co-operation Between China and Portuguese-Speaking Countries, and participates in the activities through members in the delegation of China.

Regarding the application of international treaties, the differences between the two SARs are more mitigated. In fact, 243 multilateral treaties are applicable to the HKSAR, while 190 multilateral treaties to the Macau SAR, and a quantity of those multilateral treaties applied in the SARs, do not apply to mainland China. HKSAR is also party to more than 140 bilateral agreements with 60 countries, including Air Services Agreements, Investment Promotion

¹⁰² For the list of intergovernmental organization in which Macao SAR enjoys independent Status, see web page of Office of the Commissioner of the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China in the Macao SAR: <http://www.fmcoprc.gov.mo/eng/gjzhy/t189359.htm>

& Protection Agreements, Mutual Legal Assistance Agreements, Surrender of Fugitive Offenders Agreements, Transfer of Sentenced Persons Agreements and Double Taxation Avoidance Agreements.¹⁰³ Macau SAR is also party to more than 141 bilateral agreements, the majority of which concern diplomatic and consular relations, air transport service, and visa abolition.¹⁰⁴ Up to October 2011, there are 59 Consulates-General, 62 Consulates and 5 Officially Recognised Bodies in Hong Kong¹⁰⁵, and most of these representations extend service to Macau. Hong Kong also has established its Economic and Trade Offices in its major trading partners, namely, Australia, Belgium (the EU), Canada, Germany, Japan, Singapore, Switzerland, the UK and the US¹⁰⁶. Macau only established three overseas Economic and Trade Offices in Portugal, Brussels (European Union), and Geneva (World Trade Organization).

8. Some final remarks

As Robert F. Williams and G. Alan Tarr (2004: 12) pointed out, ‘documenting how subnational constitutions within a particular country are similar to, or different from, each other is a crucial first step. However, the really interesting question is explaining the reasons for the differences among subnational constitutions.’ Hong Kong and Macau’s Basic Laws, as their subnational constitutions, are created under similar historical background and based on similar international treaties, namely, the Sino-British Joint Declaration and the Sino-Portuguese Joint Declaration, which therefore entrenched similar principles for them and ensured the constitutional values such as rule of law, protection of human rights to continue survive and develop on these two lands consecrating a *Rechtsregion*. But constitutionalism is living and evolving; and it is more a matter of a constitutionalising process. A variety of reasons result in different degrees of constitutionalism present in societies having similar constitutions.

¹⁰³ For the lists of multilateral treaties and bilateral agreements in force, see the Hong Kong SAR Department of Justice’s Bilingual Laws Information System” (BLIS) web page at <http://www.legislation.gov.hk/choice.htm#bf>

¹⁰⁴ For the lists of multilateral treaties and bilateral agreements in force in Macau SAR, see the web page of Law Reform and International Law Bureau: <http://www.dsrjdi.ccrj.gov.mo/cn/tratadoscn.asp>

¹⁰⁵ For information about consular posts and officially recognized representatives, see the web-page of Hong Kong Protocol Division Government Secretariat at <http://www.protocol.gov.hk/eng/consular/index.html>

¹⁰⁶ <http://www.gov.hk/en/about/govdirectory/oohk.htm>

As seen, the extent, scope and nature of these two imaginative and pragmatic autonomy arrangements clearly show that they do not fit in any classical model, either federal or of territorial autonomy. Its results, albeit imperfect, are deemed positive so far. Hence, can these exceptional cases present themselves as a model in the research and consecration of subnational constitutionalism in other geopolitical arenas? Answering the question of considering Macau (and Hong Kong) autonomy as a model (Gonçalves, 1996), Giancarlo Rolla (2009: 472) considers that, 'from the viewpoint of the comparative law theory, it is incorrect to refer to Macau as a model' since, 'In summary, two elements concurring to the establishment of a model are: on the one hand, an experience that becomes obvious on account of its efficiency, and on the other, the experience's aptitude to circulate in other countries and legal systems. Regarding Macau, I believe we can confirm the presence of the first prerequisite element but not the second. Therefore, it may be more appropriate to speak of Macau as a "tailored suit": that is, a constitutional measure that is suitable for solving a specific situation but is one that can hardly be generalized.' (Rolla, 2009: 472 and 473).

Even if the Macau – and Hong Kong – autonomy solution only complies with the first element, efficiency¹⁰⁷, one could already accept that solution envisaged in the One Country, Two systems maxim, as mission (basically) accomplished. We do believe however that the internationalized autonomy arrangements of the SARs do have the potential to be exported, that is to circulate in other legal systems, other countries thus allowing to, in a *pacta* and Kantian *perpetual peace* stance, accommodate diversity in unity. In peace. In mutual respect. Safeguarding the fundamental rights of the citizens of the subnational unit.

References

- Alves Leonel, 2001, 'A Região Administrativa Especial de Macau e os trabalhos da Comissão Preparatória', in *BFDM*, 12: 205–218.
- Alessandro Truini, 2003, *Federalismo e Regionalismo in Italia e in Europa*, I, CEDAM, Padova.
- Aparicio Miguel A., 1999, *La descentralización y el federalismo, Nuevos modelos de autonomía política*, CEDECS, Barcelona.
- Bihan Valérie Goessel-Le, 2006, 'La participation des départements et régions d'outre-mer à la conclusion des accords internationaux: essai d'analyse générale' in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 65: 3–11.
- Brand Dirk, 2000, 'The Western Cape Constitution' in *Rutgers Law Journal*, 31: 961–970.

¹⁰⁷ Dual, that is to say efficiency for the sovereign and efficiency for the subnational unit.

- Brennan William J., 1977, 'State Constitutions and the Protection of Individual Rights', in *Harvard Law Review*, 90: 489-504.
- Canas Vitalino, 2001, 'A Extensão da Autonomia de Macau na Comunidade e na Lei', in *BFD*, 12: 225-245.
- Canotilho Gomes, 2009, 'The autonomy of the Macau Special Administrative Region – Between centripetism and good governance', in Paulo Cardinal/Jorge Costa Oliveira (eds), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders*, cit., 745-750.
- Canotilho Gomes and Moreira Vital, 2007, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra.
- Cardinal Paulo, 1993, 'O sistema político de Macau na Lei Básica – separação e supremacia do executivo face ao legislativo', in *Revista da Administração Pública de Macau*, 19/20: 79-101.
- Cardinal Paulo, 2002, 'Macau's political system during the transition: continuity or convergence?', in *Macau Law Journal*, Special Issue: The Basic Laws: Problems and Perspectives: 287-303.
- Cardinal Paulo, 2006, 'Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações', in *Cuestiones Constitucionales*, 14: 32.
- Cardinal Paulo, 2007, 'The system of non dual domains and the principle of exclusivity allocated to the subnational autonomous units in the protection of fundamental rights – the case of the special administrative regions of the P.R. of China', Paper delivered at VII World Congress of the International Association of Constitutional Law, [http://www.enelsyn.gr/en/workshops/workshop11\(en\).htm](http://www.enelsyn.gr/en/workshops/workshop11(en).htm).
- Cardinal Paulo, 2008a, 'Continuity and Autonomy – Leading Principles for the Fundamental Constitutional System in the Macau Special Administrative Region', in Ferrer Mac-Gregor, Eduardo/Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IV, UNAM, Marcial Pons, 169 – 231.
- Cardinal Paulo, 2008b, 'The Internationalization of an Historical Autonomy', in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 122: 637-689.
- Cardinal Paulo and Oliveira Jorge Costa (eds), 2009, *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution –: Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg.
- Cardinal Paulo, 2009, 'The judicial guarantees of fundamental rights in the Macau legal system – a parcours under the focus of continuity and of autonomy', in Paulo Cardinal/Jorge Costa Oliveira (eds), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders*, 221 – 269.
- Cardinal Paulo, 2010a, 'Fragmentos em torno da constituição processual penal de Macau – do princípio da continuidade ao princípio da dignidade humana', in Manuel Da Costa Andrade etc. (Organizadores), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 741 – 778.
- Cardinal Paulo, 2010b, 'Fundamental Rights in Macau: From Territory under Portuguese Administration to Special Administrative Region of PRC', in Jorge AF Godinho (ed), *Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law*, LexisNexis, Hong Kong, 1-37.
- Cardinal Paulo, 2010c, 'The Constitutional Layer of Protection of Fundamental Rights in the Macau Special Administrative Region', in *Revista de Direito Público*, 3: 211 – 262.
- Cardinal Paulo, 2010d, 'La protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali nelle Regioni autonome di Hong Kong e di Macao e l'influenza delle carte internazionali in materia di diritti', in Giancarlo Rolla (cur), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni.*, Giuffrè, 99 – 137.

- Cardinal Paulo, 'A Tale of Two Cities – The Judicial Protection of Fundamental Rights in the Exceptional Autonomous Regions of Macau and Hong Kong of The PR of China and the Role and Influence of International Law Instruments on Human Rights', forthcoming in *Estudos em Homenagem ao Doutor J.J.Gomes Canotilho*, vol. 4, Coimbra Editora.
- Castellá Andreu Josep María, 2007, 'Hacia Una Protección "Multinivel" de Los Derechos en España. El reconocimiento de derechos en los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas' (Moving Towards "Multi-Level" Protection of Rights in Spain: Recognizing Rights in the Statutes of Autonomy of Autonomous Regions) in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 120: 723-741.
- Cavallo Aguilar, 2010, 'Derechos fundamentales – derechos humanos. Una distinción válida en el siglo XXI?', in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 127, 15-71.
- Chan SC Johannes and Harris Lison, 2005, 'The Constitutional Journey: The Way Forward', in Chan SC Johannes and Harris Lison (eds.), *Hong Kong Constitutional Debate*, Hong Kong Law Journal Limited, Hong Kong, 143-169.
- Chan SC Johannes, 2007, 'Basic Law and Constitutional Review: The First Decade', in *Hong Kong Law Journal*, 37: 407-436.
- Chan SC Johannes and Lim C.L. (eds), 2011, *Law of the Hong Kong Constitution*, The Hong Kong Law Library, Hong Kong.
- Chen Albert, 2002, 'The Concept, Implementation and Interpretation of the Basic Law of Hong Kong SAR' in Li Jianliang and Jian Zixiu (eds), *Interpretation of the Constitution in Theory and Practice (XIAN FA JIE SHI ZHI LI LUN YU SHI WU)* III, Sun Yat-sen Institute for Social Sciences and Philosophy, Taipei, 371-426,
- Chen Albert, 2006, 'The Fate of the Constitutional Reform Proposal of October 2005', in *Hong Kong Law Journal*, 35: 537-542.
- Chen Albert, 2007, 'The Basic Law and the Development of the Political System in Hong Kong', in *Asia Pacific Law Review*, 15: 19-40.
- Chen Albert, 2008, 'A New Era in Hong Kong's Constitutional History', in *Hong Kong Law Journal*, 38: 1-13.
- Chen Albert, 2009a, 'International Human Rights Law and Domestic Constitutional Law: Internationalisation of Constitutional Law in Hong Kong', in *National Taiwan University Law Review*, 4(3): 237-333.
- Chen Albert, 2009b, 'Constitutional Developments in Autumn 2009', in *Hong Kong Law Journal* 39: 751-766.
- Chen Albert, 2009c, 'The Theory, Constitution and Practice of Autonomy: The Case of Hong Kong', in Paulo Cardinal and Jorge Oliveira (eds), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders*, 751-767.
- Chen Albert, 2010, 'An Unexpected Breakthrough in Hong Kong's Constitutional Reform', in *Hong Kong Law Journal* 40: 259-270.
- Chen Shaofan, 2005, 'New Enquiries on Several Problems of the Legislation by Ethnic Autonomous Areas in our Country', in *Research on Ethnicity (MIN ZU YANJIU)*, 1: 10-16.
- Chen Zhi Zhong, 2001, 'The Joint Declaration and the International Law', in *BFDL*, 11: 89-92.
- Cheung Peter T.Y., 2007, 'Toward federalism in China? The Experience of the Hong Kong Special Administrative Region', in Baogang He, Brian Galligan and Takashi Inoguchi (eds.), *Federalism in Asia*, Edward Elgar, Cheltenham UK, 242-265.
- Clarke Tom, 1999, 'Case Note: Ng Ka Ling v Director of Immigration; Tsui Kuen Nang v Director of Immigration; Director of Immigration v Cheung Lai Wah', in *Melbourne University Law Review*, 23: 773-794.

- Cotton James, 2000, 'The Retrocession of Macau and the Limitations of the Hong Kong Model', in *Pacific Focus*, 15(2): 49-63.
- Crawford James, 2005, *Rights in One Country: Hong Kong and China*, Hochelaga Lectures 2004, Faculty of Law, University of Hong Kong, Hong Kong.
- Dai Xiaoming and Huang Mu, 2002, 'On the Legislation of Ethnic Autonomous Areas', in *Journal of Southwest University of Nationalities. Philosophy and Social Sciences (XINAN MIN ZU XUE YUAN XUE BAO)*, 7: 70-81.
- Davis Michael C., 1999, 'The case for Chinese Federalism', in *Journal of Democracy*, 10(2): 134-177.
- Delledonne Giacomo, 2011, 'Speaking in Name of the Constituent Power: the Spanish Constitutional Court and the New Catalan Estatut', in *Perspectives on Federalism*, 3 (1): 1-14.
- Delledonne Giacomo and Martinico Giuseppe, 2011, 'Legal Conflicts and Subnational Constitutionalism', EUI Working Paper Law 2011/03, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/16214>.
- Deng Xiaoping, 1993, *On the Question of Hong Kong*, New Horizon Press, Hong Kong.
- Dinstein Yoram, 2005, 'Autonomy (International guarantees of autonomy)', in Zelim A. Skurbaty(ed), *Beyond a One-Dimensional State: An emerging right to autonomy?*, Martinus Nijhof, Leiden, 243-254.
- Dormoy Daniel, 2000, 'Les relations extérieures', in Faberon Jean-Yves and Agniel Guy (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation Française, Paris, 350.
- Elazar Daniel J., 1982, 'State Constitutional Design in the United States and other Federal Systems', in *Publius J. Federalism*, 12: 1-10.
- Fercot Céline, 2008, 'Diversity of Constitutional Rights in Federal Systems. A Comparative Analysis of German, American and Swiss Law', in *European Constitutional Law Review*, 4: 302-324.
- Ferreira Cristina, 2010, 'Em prol dos direitos fundamentais em Macau – a Provedoria de Justiça do CCAC e as demais instituições que promovem os direitos humanos', in *Revista da Administração Pública de Macau*, 88: 397-433.
- Fu Hualing and Cullen Richard, 2006, 'Two Views of Hong Kong's Basic Law: But Hong Kong Should Seek A Better Way...', in *Hong Kong Journal*, II, 6, http://www.hkjjournal.org/archive/2006_spring/fu.html.
- Galligan Brian, 2007, 'Federalism, Subnational Government and Rights Protection', Paper presented at 2007 APSA Conference. <http://arts.monash.edu.au/psi/news-and-events/apsa/refereed-papers/au-nz-politics/galligan.doc>.
- Garcia Fernando Dominguez, 2005, *Las regiones con competencias legislativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Gardner James A., 2008, 'In Search of Subnational Constitutionalism', in *European Constitutional Law Review*, 4 (2): 325-343.
- Gardner James A., 2007, 'In Search of Sub-National Constitutionalism', paper prepared for Seventh World Congress, International Association of Constitutional Law, Athens, Greece, June 11-15, <http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop11/Gardner.pdf>.
- Ghai Yash, 1999, *Hong Kong's New Constitutional Order*, Hong Kong University Press, Hong Kong.
- Ghai Yash, 2000a, 'Autonomy Regimes in China: Coping with Ethnic and Economic Diversity', in Ghai Yash (ed.), *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-ethnic States*, Cambridge University Press, Cambridge, 77-88.

- Ghai Yash, 2000b, 'The Basic Law of the Special Administrative Region of Macau: Some Reflections', in *International and Comparative Law Quarterly*, 49: 183-198.
- Ginsburg Tom and Posner Eric A., 2010, 'Subconstitutionalism', in *Stanford Law Review*, 62: 1583-1628.
- Godinho Jorge and Cardinal Paulo, 2010, 'The Macau Court of Final Appeal – the First Decade', paper presented at the Hong Kong's Court of Final Appeal: The Andrew Li Court 1997-2010 conference, Hong Kong.
- Godinho Jorge, 'Political Representation in Macau', in Yu Eilo W. Y. and Chan Ming K. (eds), *China's Macao Transformed: Challenge and Development in the 21st Century*, Forthcoming.
- Gonçalves Arnaldo, 1996, 'A Paradigm of Autonomy: The Hong Kong and Macau SARs', in *Contemporary Southeast Asia*, 18: 36-60.
- Gouveia Jorge Bacelar, 2002, 'A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau – Contributo para uma compreensão de direito constitucional', in *BFDM*, 13: 173-198.
- Gouveia Jorge Bacelar, 2005, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Almedina, Coimbra.
- Gunlicks Arthur B., 2000, 'State (Land) Constitutions in Germany', in *Rutgers Law Journal* 31: 971-991.
- Häberle Peter, 1998, 'Current problems of German federalism', in A.D'Atena (ed), *Federalism and Regionalism in Europe*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Häberle Peter, 2006, *El federalismo y el regionalismo como forma structural del Estado constitucional*, UNAM, Mexico.
- Henders Susan J., 2000, 'Region–States and the world: China Pushes the Envelope', in *Policy Options*, January–February: 88-89.
- Hernandez Antonio, 2005, 'El federalismo a diez anos de la reforma constitucional de 1994', in *Cuadernos de federalismo*, XVIII: 65-84.
- Hurst Hannum, 1996, *Autonomy, sovereignty, and self-determination*, rev. edition, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- Jeong Wan Cheong, 2004, *One China, Two Systems and the Macao SAR*, University of Macau, Macau.
- Isaac Armando, 1999, 'The constitutional framework for legal co-operation between the "Two Systems" of the "One Country": the case of Macau', Conference on Mutual Legal Assistance under 'One Country, Two Systems', Faculty of Law of the University of Hong Kong.
- Isaac Armando, 2007, 'Autonomy and the Basic Law: Grundnorm, System and Autopoiesis', paper delivered at International Conference on One Country, Two systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Macau.
- Katchi António, 2005, *Governo e Administração Pública de Macau*, Macau Polytechnic Institute (IPM), Macau.
- Liu Xiaomei and Han Bin, 'The Basic Laws of HK and Macao SARs aren't Subnational Constitutions in China', available at the website of Institute of Law of Chinese Academy of Social Sciences: <http://www.iolaw.org.cn/global/EN/showNews.asp?id=27717>.
- Lo P Y, 2011, *The Hong Kong Basic Law*, LexisNexis, Hong Kong.
- Lok Wai Kin, 2002, 'Impacto da Lei Básica da RAEM na concepção do Direito de Macau' in *BFDM*, 13:57-66.
- Mai Man Ieng, 2001, 'Diploma legal administrativo e acto legislativo por autorização', in *Revista do Ministério Público de Macau*, 2.
- Marshfield Jonathan L., 2008, 'Authorizing Subnational Constitutions in Transitional Federal States: South Africa, Democracy, and the KwaZulu-Natal Constitution' in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41: 585-638.

- Miranda Jorge, 'A teoria das formas de Estado e a Região Administrativa Especial de Macau', in *BFDM*, 14, 2002.
- Molinero Natalia Alvarez, 2003, 'Implementation of the Views of the UN Human Rights Committee in Spain: new challenges', <http://web.abo.fi/instut/imr/research/seminars/ILA/Alvarez.doc>.
- Moreno Luis, 'Subnational Constitutionalism in Spain', available at <http://camlaw.rutgers.edu/statecon/subpapers/moreno.pdf>.
- Murray Christina and Maywald Catherine, 2006, 'Subnational Constitution-Making in Southern Sudan', in *Rutgers Law Journal* 37: 1203-1234.
- Mushkat Roda, 1997, *One Country, Two International Legal Personalities*, Hong Kong University Press, Hong Kong.
- Nabais J. Casalta, 2001, 'Região Administrativa Especial de Macau, federalismo ou regionalismo?', in *BFDM*, 12: 23-35.
- Oliveira Jorge Costa, 1993, 'A continuidade do ordenamento jurídico de Macau na Lei Básica da futura Região Administrativa Especial', in *Revista da Administração Pública de Macau*, 19/20: 21-60.
- Olivetti Marco, 2009, 'The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous regions models', in Paulo Cardinal/Jorge Costa Oliveira (eds), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders, cit.*, 777-798.
- Pernthaler Peter, 1999, *El estado federal asimétrico*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.
- Pollock Stewart G., 1983, 'State Constitutions as Separate Sources of Fundamental Rights' in *Rutgers Law Review*, 35: 707-722.
- Peterlini Oskar, 2009, 'The South-Tyrol autonomy in Italy: Historical, political and legal aspects', in Paulo Cardinal/Jorge Costa Oliveira (eds), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders, cit.*, 143-170.
- Phan Bihn G., 1996, 'How Autonomous Are the National Autonomous Areas of the PRC? An Analysis of Documents and Cases' in *Issues & Studies* 32: 83-108.
- Ramos Rui Moura, 1998, 'A Declaração Conjunta Luso-Chinesa na Perspectiva do Direito Internacional' in *BFUM*, 14.
- Rao Geping, 2006, 'Two Views of Hong Kong's Basic Law: From Beijing, "One Country" Must Dominate the Two Systems...', in *Hong Kong Journal*, II, http://www.hkjjournal.org/archive/2006_spring/rao.html.
- Raz Joseph, 1998, 'On the authority and interpretation of Constitutions: some preliminaries', in L. Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical foundations*, CUP, Cambridge, 152-193.
- Ribeiro Lino, 2002, 'A Lei Básica e os princípios jurídicos conformadores da acção administrativa', in *BFUM*, 14.
- Rolla Giancarlo, 2009, 'The development of asymmetric regionalism and the principle of autonomy in the new constitutional systems: a comparative approach', in Paulo Cardinal/Jorge Costa Oliveira (eds), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders, cit.*, 461-481.
- Rolla Giancarlo, 2002, 'El valor normativo del principio de la dignidad humana' in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6: 463-489.
- Rojas Daniel A. Barceló, 2008, 'La función de los derechos fundamentales de las Constituciones estatales mexicanas. Contribución a la teoría de la Constitución estatal', in Mac-Gregor Eduardo Ferrer and Lelo de Larrea Arturo Zaldivar (coordinadores), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, etc., México, 111-151.

- Saunders Cheryl, 1999, 'The Relationship Between National and Subnational Constitutions', in *Seminar Report: Subnational Constitutional Governance*, Konrad-Adenauer Foundation, Johannesburg, 23-35.
- Sena Pedro, 2010, 'Identidade e diferença: Expressão juslaboral do princípio da igualdade na ordem jurídica de Macau', in *Revista do Ministério Público*, 123: 141-179.
- Sigueira Julio Pinheiro f. H., 2010, 'What is Subnational Constitutionalism', in STALS Research Paper, 7/2010, http://www.stals.ssup.it/files/stals_Pinheiro.pdf.
- Sun Wanzhong, 2002, 'A Lei Básica da RAEM e a construção do sistema jurídico de Macau', in *BFDM*, 13: 45-55.
- Tai Benny Y.T., 2002, 'Chapter 1 of Hong Kong's New Constitution: Constitutional Positioning and Repositioning', in Ming K. Chan and Alvin Y. So (eds.), *Crisis and Transformation in China's Hong Kong*, M.E. Sharpe, Inc, New York, 189-219.
- Tai Benny Y.T., 2009, 'An Unexpected Chapter Two of Hong Kong's Constitution: New Players and New Strategies', in Ming Sing (ed), *Politics and Government in Hong Kong – Crisis under Chinese Sovereignty*, 220-245.
- Tarr G. Alan, 1997, 'The New Judicial Federalism in Perspective', in *Notre Dame Law Review*, 72: 1097-1118.
- Tarr G. Alan, Williams Robert F., 1999, *United States of America – Subnational Constitutional Law*, Kluwer Law International, Hague.
- Tarr G. Alan, 2010, 'Explaining Sub-national Constitutional Space', Paper prepared for VIIIth World Congress, International Association of Constitutional Law, Mexico City, Mexico, December 6-10, 1-14, <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/5/351.pdf>.
- Tinoco Jorge Carmona and Sosa Edgar Corzo, 2008, 'Entidades federativas y derechos humanos', in *Cuestiones Constitucionales*, 19: 385-396.
- Tinoco Jorge Carmona, 2010, 'La situación actual de la incorporación de los derechos humanos en las Constituciones locales mexicanas', in Astudillo César and Leon Manlio (coord.), *Derecho Constitucional Estatal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 83-144.
- Tong Io Cheng and Wu Yanni, 2010, 'Legal Transplant and the On-going Formation of Macau Legal Culture', in *ISAIDAT Law Review* 1.
- Torres Pinheiro, 2009, 'Comments', in Paulo Cardinal/Jorge Costa Oliveira (eds), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders*, 315-318.
- Underdown Michael, 2001, 'Legal Issues in a Federal State: Protecting the Interests of Macau', in *BFDM*, 12: 55-68.
- Valadés Diego and Serna de la Garza J.M., 2005, *Federalismo y regionalismo*, UNAM, Mexico.
- Vergottini Giuseppe de, 2004, *Derecho Constitucional Comparado*, UNAM/SEPS, Mexico.
- Walker Neil, 2003, 'Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation', in Weiler J.H.H. and Wind M. (eds), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 27-54.
- Walker Neil, 2009, 'Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate', LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series, <http://www2.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS/LEQSPaper8Walker.pdf>.
- Wang Liuting, 1999, 'Macao's return: Issues and concerns', in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 22(2): 175-206.
- Watts Ronald L., 1999, 'Foreword: States, Provinces, Lander, and Cantons: International Variety Among Subnational Constitutions', in *Rutgers Law Journal*, 31: 941-959.
- Williams Robert F., 1999, 'Comparative Subnational Constitutional Law: South Africa's Provincial Constitutional Experiments', in *South Texas Law Review* 40: 625-660.

- Williams Robert F. and Tarr G. Alan, 2004, 'Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, Lander, and Cantons', in G. Alan Tarr, Robert F. Williams and Josef Marko (eds.), *Federalism, Subnational Constitutions and Minority Rights*, Praeger Publishers, London, 3-24.
- Wu Xingping, 2002, 'O sistema jurídico da Região Administrativa Especial de Macau', in *BFDM*, 13: 67-86.
- Xia Chunli, 2008, 'Autonomy and China's Ethnic Minorities: An Observation of Autonomous Legislatures', in *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, 9 (2): 11-46.
- Yee Sienho, 1996, 'The New Constitution of Bosnia and Herzegovina', in *EJIL*, 7(2): 176-192.
- Young Simon, 2008, *Developing Constitutional Rights Jurisprudence in the Hong Kong Court of Final Appeal*, paper delivered at the Second Conference on Law and Citizenship, Legislative Assembly of Macau.
- Young Simon, 2009, 'Constitutional Rights in Hong Kong's Court of Final Appeal', in *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, 27: 67-96.
- Zervos Kevin, 2010, 'Constitutional Remedies Under the Basic Law', in *Hong Kong Law Journal*, 40: 687-710.
- Zheng Yongnian, 2007, 'China's de facto Federalism', in He Baogang, Galligan Brian and Inoguchi Takashi (eds.), *Federalism in Asia*, 213-241.

Cases

- TUI, pr.º 9/2006.
- TUI, pr.º 8/2007.
- TUI, pr.º 21/2007.
- TUI, pr.º 5/2010.
- Ng Ka Ling v Director of Immigration, [1999] 1 HKLRD 315.
- Director of Immigration v Master Chong Fung Yuen, [2001] 2 HKLRD 533.
- Leung T C William Roy v. Secretary for Justice, [2006] 4 HKLRD 211.
- Secretary for Justice v Yau Yuk Lung, [2007] 3 HKLRD 903.

A judicialização e suas repercussões

DOUTOR VICTOR CORREIA

SUMÁRIO: 1. O conceito de judicialização. 2. O impacto atual da judicialização. 3. O exemplo dos Direitos do Homem: a) A atividade judicial segundo as declarações dos Direitos do Homem; b) A judicialização dos Direitos do Homem; c) A judicialização internacional dos Direitos do Homem. Documentos internacionais.

1. O conceito de judicialização

Constata-se no mundo de hoje a existência do fenômeno crescente da *judicialização* de diversas questões referentes às relações sociais, à política, e aos Direitos do Homem. Apesar da importância deste fenômeno e das suas consequências sociais, a *judicialização* ainda foi pouco explorada pela literatura jurídica. Consideramos que a *judicialização* constitui uma chave analítica fundamental para a compreensão do nosso tempo, por isso pretendemos abordar aqui as suas repercussões mais significativas. As decisões dos Tribunais em geral, ou do Tribunal Constitucional em particular, sobre determinadas medidas dos Governos, e por consequência a sua alteração, dão a esta temática toda a sua atualidade.

A teorização e a fundamentação da separação entre os poderes têm origem em Montesquieu: o poder executivo, confiado a um Governo, o poder legislativo, confiado a um Parlamento, e o poder jurídico, confiado aos Juizes¹. A notoriedade da doutrina de Montesquieu inspirará a declaração de Direitos do Homem de 1789, que afirma: “Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”². O objetivo principal desta separação de poderes não reside

¹ MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, Lisboa, Ed. 70, 2011.

² *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, Paris, 1789, artigo 16.

numa simples classificação jurídica dos regimes políticos. O objetivo desta separação de poderes é o de haver instituições do Estado que respeitariam e fariam respeitar os direitos e as liberdades dos indivíduos. O poder jurídico pode-se subdividir em poderes distintos: por um lado o poder encarregue de sanar os litígios entre particulares; por outro lado, o poder encarregue de sanar os litígios que opõem a Administração pública e os particulares. Porém, a distinção e as fronteiras entre estes poderes tendem hoje a diminuir, como aliás sucede em outras situações: a distinção política entre direita e esquerda, ou as fronteiras entre o espaço público e o espaço privado, por exemplo. Assim, existe hoje a tendência para que o poder judicial resolva questões que os outros poderes não resolvem, a atuar por um lado por iniciativa própria, e por outro lado sempre que é solicitado.

O termo *judicialização* é um neologismo traduzido do termo inglês *judicialization*, e do termo português *judicial*, um termo referente aos Tribunais e/ou à Justiça, utilizado para designar dois fenómenos distintos³, resultantes do crescente protagonismo do Poder Judicial nas sociedades democráticas⁴. O primeiro deles é o desenvolvimento do poder judicial como formulador de políticas públicas, ou como obstáculo à sua implantação⁵, em detrimento dos demais poderes estatais, e também como controlador de aspetos anteriormente fora de qualquer controle público⁶. Define-se como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e Tribunais, que passam a gerir e a implementar políticas públicas, e a rever as regras do jogo democrático.

O segundo significado do termo *judicialização* (também denominado por *tribunalização*)⁷ indica a disseminação pela Administração e pelo poder legislativo dos métodos de decisão típicos do poder judiciário, como os adotados em Comissões Parlamentares de Inquérito, em Conselhos de Ética, e no contencioso administrativo em geral. Interessa-nos aqui o primeiro significado do termo *judicialização*, que marca “(...) não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva à dos partidos políticos e à das instituições políticas

³ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn, *The global expansion of judicial power*, New York, Ed. New York University Press, 1995, p. 14.

⁴ GARAPON, Antoine, *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2001, p. 26.

⁵ MORO, Sérgio Fernando, *Jurisdição constitucional como democracia*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 14.

⁶ GARAPON, Antoine, o.c., p. 28.

⁷ EISENBERG, José, “Pragmatismo, Direito reflexivo e judicialização da política”, in VIANNA, Luis Werneck (org.), *A democracia e os três poderes no Brasil*, Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2002, p. 47.

propriamente ditas, em que o poder judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social, e mesmo para a adjudicação da cidadania”⁸.

2. O impacto atual da judicialização

O poder judiciário têm hoje grande impacto, e deixou de ser visto como simples lugar de neutralização de conflitos por meio de operações programadas numa categoria fechada, para passar a ser encarado como um importante campo de exposição, afirmação e condensação dos conflitos sociais, através de operações estratégicas⁹. Conforme mostram os autores anteriormente citados, a *judicialização* tem atualmente um desenvolvimento cada vez maior, e um lugar de relevo sem precedentes. A organização da vida em sociedade, a definição do *status* dos indivíduos, e a regulamentação das relações sociais complexificam-se cada vez mais. A lógica dos direitos e do dever da sua aplicação, impõe-se com um vigor acrescido na maior parte das relações contratuais que formam a complexidade da vida social de hoje em dia.

Ora, as instituições jurídicas são cada vez mais chamadas a orientar as relações humanas que até aqui pertenciam a uma orientação extra-jurídica (as regras de costumes, de tradição nacional, de religião, de morais comunitárias, de cortesia pessoal, etc.), ou que estavam entregues ao jogo espontâneo da confiança, do respeito mútuo, ou da amizade. O enfraquecimento destes valores faz com que os cidadãos peçam para que os Tribunais desempenhem o papel de instância protetora perante os indivíduos, as comunidades, os grupos, e o próprio Estado, de modo a que o Direito possa tornar efetivos os direitos de cada indivíduo. O enfraquecimento de poderes tradicionais, e a chamada *crise de autoridade* (dos pais, dos professores, do clero, dos médicos, etc.), tem trazido ao poder judicial determinadas questões para resolver, que dantes lhe eram estranhas. Por exemplo conflitos entre pais e filhos, ou divergências entre os casais sobre questões da sua vida privada, são trazidas ao poder judicial para que hoje seja este a resolvê-las.

Também no campo político, devido ao facto de frequentemente não se confiar nos políticos, quando por exemplo são contestadas determinadas decisões governamentais, as instituições judiciais são chamadas a verificá-las,

⁸ VIANNA, Luis Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1999, p. 22.

⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, São Paulo, Ed. Max Limonad, 2002, p. 62.

a controlá-las, e a resolvê-las, e o que é decidido pelos Tribunais torna-se algo a ser respeitado. A crise do político manifesta-se também na ação dos partidos políticos com representação parlamentar, e portanto no poder legislativo. Este poder é duramente criticado e tem hoje manchada a sua antiga imagem positiva. Quando age, o poder legislativo é visto como perturbado pelo jogo de interesses, e de alianças, deixando a Lei de ser vista como expressão da vontade da maioria. Os mecanismos da política tradicional (Parlamento, partidos políticos, e eleições) perderam a sua capacidade para gerar consensos e resolver problemas, o que acarreta a desconfiança da opinião pública, o acréscimo do absentismo popular, e uma crise de representação política. Por conseguinte, o poder judiciário passou a ser visto como alternativa, como instância aparentemente habilitada para superar a crise do político.

Um desses exemplos, em Portugal, é o caso de conflitos entre professores e Ministério da Educação, em que os Tribunais dão razão aos professores, com consequentes coimas para o Ministério, ou ainda a decisão do Tribunal Constitucional sobre a inconstitucionalidade da decisão do Governo de não atribuição de subsídio de férias e de Natal aos funcionários públicos. Um dos melhores exemplos, em Portugal, é o facto inédito de serem os Juizes do Tribunal de Comarca a decidir se os candidatos autárquicos se podem ou não recandidatar. A nível internacional, temos por exemplo as ordens dadas pelos Supremo Tribunal dos Estados Unidos, relativas à segregação racial nas Escolas.¹⁰ Mais recentemente, e ainda nos Estados Unidos, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça que definiu a eleição em 2000, para Presidente da República, do candidato Bush, contra o candidato Gore. No Canadá, a decisão do Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Em França, foi anulado por via judicial o imposto do Governo sobre o carbono, que incidia sobre o consumo e a emissão de gases poluentes. Em Israel, a decisão do Tribunal Constitucional sobre a compatibilidade com a Constituição da construção de um muro na fronteira com o território palestiano. Na Turquia, decisões dos Tribunais destinadas a preservar o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria, a decisão do Tribunal Constitucional sobre a validade de um plano económico de grande repercussão sobre a sociedade. Na Coreia do Sul, a decisão do Tribunal Constitucional restituindo o mandato do Presidente, destituído pelo Parlamento, por *impeachment*¹¹.

¹⁰ Um dos casos judiciais mais célebres, e que ficou na História dos Estados Unidos, foi o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347, U.S., 483, no ano de 1954.

¹¹ Estes exemplos vêm descritos em maior detalhe em HIRSCHL, Ran, “The judicialization of politics”, in WHITTINGTON, Kelemen (org.), *The Oxford handbook of law and politics*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2008.

3. O exemplo dos Direitos do Homem

a) *A atividade judicial segundo as declarações dos Direitos do Homem*

Dado o facto de abarcar diversos campos (civil, político, social, cultural, e económico), os Direitos do Homem são o melhor exemplo da relação com a judicialização. Há dois grandes tipos de relação entre a atividade judicial (que implica a judicialização), e os Direitos do Homem. Por um lado a correta atividade judicial deve estar ao serviço dos Direitos do Homem, e por outro lado os Direitos do Homem defendem a correta atividade judicial. A atividade judicial deve ser uma prática ao serviço dos Direitos do Homem, de dois modos principais: no que diz respeito à atividade judicial propriamente dita (ao seu modo de funcionamento), e no que diz respeito à defesa e garantia dos Direitos do Homem em geral. Neste capítulo mostraremos a defesa da correta atividade judicial feita pelos Direitos do Homem. Havendo diversos modos de abordar este tema, seguimos aqui como modo de abordagem uma pesquisa baseada nos respetivos documentos internacionais. No capítulo seguinte falaremos da atividade judicial em prol dos Direitos do Homem, nomeadamente a sua judicialização a nível internacional. Não pretendemos aqui esgotar este tema, dado o espaço limitado de que dispomos, mas apenas destacar alguns aspetos que consideramos importantes.

Há determinados artigos das declarações dos Direitos do Homem que têm uma relação muito direta e mais precisa com a atividade judicial, e que lhe dão relevo. Tomamos aqui como referência principal a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 1948, completada pela referência a outros documentos sobre esses direitos. Os artigos a que nos referimos são os seguintes: personalidade jurídica (artigo 6), igualdade perante a Lei (artigo 7), direito a um Juiz (artigo 8), salvaguarda da detenção arbitrária (artigo 9), processo feito em equidade (artigo 10), presunção de inocência e não retroatividade da Lei (artigo 11).

Segundo o direito à personalidade jurídica (artigo 6), “cada um tem direito ao reconhecimento em todos os lugares, da sua personalidade jurídica”¹². A personalidade jurídica é a capacidade de um indivíduo em ser titular de direitos, a capacidade de desfrutar deles e de os exercer, e de ser sujeita a obrigações. Existem principalmente dois tipos de personalidade jurídica: a física, que diz respeito aos indivíduos, e a moral, que diz respeito aos grupos (por exemplo

¹² Este direito está também mencionado nos seguintes documentos sobre os Direitos do Homem: *Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos* (artigo 16); *Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros da sua família* (artigo 24); *Carta africana dos Direitos do Homem e dos povos* (artigo 5); *Convenção sobre os direitos das pessoas deficientes* (artigo 12).

as associações religiosas, religiosas, etc.). Trata-se de desfrutar de um certo número de direitos qualificados como *civis*, tais como o nome, a identidade, o domicílio, a nacionalidade, a família, o casamento, o património. Na Antiguidade clássica, por exemplo, os escravos eram considerados como objetos, não possuindo direitos. O direito à personalidade jurídica constitui uma afirmação do direito a uma nacionalidade e a atribuição dos mesmos direitos civis tanto aos estrangeiros como aos nacionais, daí a expressão da Declaração dos Direitos do Homem, ao dizer “em todos os lugares”, o que do ponto de vista jurídico torna as práticas de xenofobia como algo ilícito.

O direito à igualdade perante a Lei (artigo 7) significa, como as próprias palavras indicam, que “todos são iguais perante a Lei e têm direito sem distinção a uma igual proteção da Lei. Todos têm direito a uma proteção igual contra toda a discriminação que violaria a presente declaração e contra todo o incitamento a uma tal discriminação”¹³. Assim, nenhum indivíduo ou grupo de indivíduos deve ter privilégios garantidos pela Lei. O princípio de igualdade perante a Lei é um princípio central originário do liberalismo. Enquanto que o Antigo Regime funcionava sobre o princípio da desigualdade de direitos, os regimes saídos da Revolução Americana e da Revolução Francesa assumem como fundamento da organização social a igualdade de direitos. Tratando todos os indivíduos da mesma maneira, o Estado deve deixá-los livres na sua busca da felicidade. O princípio da igualdade é proclamado pela maior parte dos artigos das declarações de Direitos do Homem, através das expressões “todos os seres humanos”, “todo o indivíduo”, “toda a pessoa”, ou na forma negativa “ninguém”. Todavia, através do artigo sobre a igualdade perante a Lei (artigo 7), acrescenta-se explicitamente uma proibição ativa de toda a discriminação. É importante sublinhar que este artigo afirma este pormenor: “perante a Lei”, e por conseguinte a Lei é igual para todos.

No que diz respeito ao direito a um recurso jurídico (artigo 8), “toda a pessoa tem direito a um recurso efetivo perante as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violam os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pela Constituição ou pela Lei”¹⁴. A importância crescente ligada

¹³ Este direito está também mencionado nos seguintes documentos dos Direitos do Homem: *Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos* (artigo 14); *Convenção sobre os direitos da criança* (artigos 12, 17, e 40); *Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros da sua família* (artigo 16, 18, e 83); *Carta africana dos Direitos do Homem e dos povos* (artigo 7).

¹⁴ Este direito está também mencionado nos seguintes documentos dos Direitos do Homem: *Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos* (artigos 14); *Convenção dos Direitos da Criança* (artigos 12, 37, e 40); *Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros da sua família* (artigos 16, 18, 83); *Convenção sobre os direitos das pessoas deficientes* (artigo 13); *Carta africana dos Direitos do Homem e dos povos* (artigo 7).

aos Direitos do Homem no Estado de direito coloca em primeiro plano este direito, que aparece como uma condição da efetividade das regras jurídicas, e do direito ao Direito. Este direito pode exercer-se contra todo o ato que viole os direitos fundamentais, sejam eles direitos civis, políticos, económicos, sociais ou culturais. Ele deve ser reconhecido a qualquer pessoa que alegue uma violação dos seus direitos e liberdades, e deve ser “efetivo” na medida em que deve ser adequado, útil e acessível ao interessado, mesmo que a eficácia do recurso não implique a certeza de um resultado favorável. A importância deste direito fez com que o *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem* tenha estabelecido a sua própria jurisprudência respeitante a esse direito, como instrumento de prática efetiva e uniforme do Direito comunitário. Assim, em determinadas circunstâncias o Direito comunitário pode impor condições de funcionamento à jurisdição nacional, de modo a assegurar a boa aplicação da norma comunitária.

Quanto ao artigo sobre a detenção arbitrária (artigo 9), “ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado”¹⁵. A *Organização das Nações Unidas* (ONU) considera como arbitrários os casos que entram numa das três categorias seguintes: a ausência total de base legal, como por exemplo uma pessoa que é mantida em prisão após ter cumprido a sua pena; os prisioneiros de opinião, presos por terem exercido pacificamente e sem incitação ou apologia da violência os seus direitos à liberdade de opinião, e de expressão; as pessoas que foram julgadas em condições de falta de um processo equitável, de uma gravidade tal que não apenas essas condições constituem uma violação do direito a um processo justo, como também conferem à privação da liberdade um carácter arbitrário. Este artigo refere-se também ao exílio e à extradição, que constitui uma prática particularmente arbitrária quando se trata da violação do direito à liberdade de opinião e de expressão. Temos como exemplo no passado a expulsão dos Judeus, em alguns países.

O direito a um processo equitável (artigo 10), também designado como direito a um Tribunal público, afirma que “toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.¹⁶ Este direito engloba o conjunto das situações contenciosas que podem afetar um

¹⁵ Este direito é também mencionado nos seguintes documentos sobre os Direitos do Homem: *Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos* (artigo 14); *Convenção sobre os direitos da criança* (artigos 12, 37, 40); *Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros da sua família* (artigos 16, 18, 83); *Carta africana dos direitos do Homem e dos povos* (artigo 7).

¹⁶ Este direito é também mencionado nos seguintes documentos dos Direitos do Homem: *Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos* (artigo 14); *Convenção sobre os direitos da criança* (artigos 12, 37, 40); *Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros da sua família* (artigos 16, 18, 83); *Carta africana dos Direitos do Homem e dos povos* (artigo 7).

indivíduo não apenas na esfera privada da sua vida familiar, dos direitos morais e patrimoniais, das relações profissionais ou contratuais, mas também nas suas relações com as autoridades administrativas. A independência significa os dispositivos capazes de assegurar a liberdade de decisão do Juiz, e a imparcialidade faz apelo às capacidades pessoais do Juiz, ao seu rigor intelectual e moral. Em suma, este direito significa a objetividade necessária para assegurar a existência e o respeito das garantias fundamentais de uma boa justiça, que se exprime essencialmente pelo cuidado em organizar um processo equilibrado e leal.

Finalmente, o artigo sobre a presunção de inocência (artigo 11), afirma que “toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada”.¹⁷ Este direito significa a preservação do estatuto de inocência das pessoas suspeitas de terem cometido algo ilícito, até ao momento em que o Tribunal torne pública a sua decisão, e as considere ou não culpadas. Por esta razão é necessário reunir provas de infração e de culpabilidade, o que não pode ser realizado senão dentro das formas previstas pela Lei, nomeadamente no respeito pelos Direitos do Homem respeitantes às questões jurídicas, e no quadro dos outros Direitos do Homem, como o direito de não ser torturado, mesmo para obter uma confissão, e a preservação do direito à dignidade, independentemente do tipo de acusação, e mesmo que a pessoa suspeita seja condenada, a sua dignidade enquanto ser humano deve ser respeitada. Na segunda alínea deste artigo afirma-se também que “ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam atos delituosos à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido”¹⁸. A declaração dos Direitos do Homem chama portanto a atenção para o facto de a lei penal não dever ter efeitos retroativos, dispondo antes em conformidade para com o futuro.

b) *A judicialização dos Direitos do Homem*

Deve dizer-se *judicialização dos Direitos do Homem*, ou *judicialização dos atentados contra os Direitos do Homem*? Pode-se empregar as duas expressões, tendo

¹⁷ Este direito é também mencionado nos seguintes documentos dos Direitos do Homem: *Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos* (artigo 14); *Convenção sobre os direitos da criança* (artigos 12, 37, 40); *Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros da sua família* (artigos 16, 18, 83); *Carta africana dos Direitos do Homem e dos povos* (artigo 7).

¹⁸ Este direito está também mencionado na *Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789* (artigo 8); na *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (artigo 7); no *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos* (artigo 15); na *Carta africana dos Direitos do Homem e dos povos* (artigo 7/2).

a primeira como objetivo a prevenção, e a segunda a punição. Porém, perante as violações dos Direitos do Homem, a resposta natural é a punição, enquanto que perante os Direitos do Homem, o campo de atuação não é apenas o da judicialização. A judicialização é uma tarefa ligadas aos Direitos do Homem, mas estes têm a ver com outros campos de atuação: política, moral, religião, sociedade civil, etc. Falaremos aqui dos Direitos do Homem do ponto de vista da judicialização, e empregaremos este último termo nos dois sentidos (como prevenção, e como punição).

Determinados temas particularmente controversos, dentro dos Direitos do Homem, sem perspectiva de consenso na sociedade, têm os seus custos políticos, estrategicamente transferidos para os Tribunais, cujos decisores não têm que passar pelo voto popular após as suas decisões¹⁹. A *judicialização da política* tem no caso dos Direitos do Homem um terreno maior de atuação, dado que atende por vezes às demandas sociais não atendidas e não resolvidas pelo poder político. Ela é uma consequência do facto de as instituições constitucionalmente competentes não funcionarem satisfatoriamente. Mas sendo assim, a judicialização da política é uma consequência de algo negativo, que corre o risco de sustentar e de alimentar, incorrendo também no risco de desgaste e de politização do poder judicial. A *judicialização da política* tende por isso a ter também um significado negativo, significando a interferência abusiva do poder judicial nos outros poderes (como por exemplo a iniciativa de uma Associação Sindical de Juizes de mandar investigar a utilização indevida de dinheiros públicos). A *judicialização da política* consiste ainda no facto de a classe política, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais do sistema político, transferir para os Tribunais as suas disputas internas, esperando que a exposição judicial do adversário o enfraqueça e mesmo o liquide politicamente. Mas, por isso mesmo, a *judicialização da política* pode conduzir à confusão entre os poderes, e por consequência também à politização e à instrumentalização da Justiça, o que põe em risco não só a funcionalidade, como também a credibilidade da própria Justiça

Ao contrário da *judicialização da política*, a *judicialização dos Direitos do Homem* em princípio não tem um significado depreciativo, ou não deveria tê-lo, pois é dever dos Tribunais defender os Direitos do Homem, e punir os atentados contra esses direitos. A *judicialização* dos atentados contra os Direitos do Homem

¹⁹ Por exemplo em França foi anulado o imposto do carbono, que incidiria sobre o consumo e a emissão de gases poluentes, com forte reação do Governo. Ver a polémica em *Le Monde*, de 12 de Janeiro de 2010. Nos Estados Unidos a decisão dos Tribunais de invalidarem os limites à participação financeira das empresas em campanhas foi duramente criticada pelo Presidente Barak Obama. Ver a polémica em *New York Times*, de 24 de janeiro de 2010.

sempre esteve presente indiretamente na prática judicial (por exemplo quando se pune um atentado contra o direito à vida, contra o direito à propriedade privada, ou quando um Tribunal obriga um pai a dar sustento aos seus filhos).

A *judicialização dos Direitos do Homem* ganha maior repercussão quando minorias têm direitos que podem ser opostos a maiorias, e aumenta quando a própria Constituição de um país passa a incluir um conjunto destes direitos, além dos mecanismos processuais e institucionais destinados a dar-lhes eficácia. As prescrições constitucionais, em particular algumas que têm a ver com os Direitos do Homem, por vezes não são úteis para aqueles que pretendem entender o seu significado. Por outro lado, há várias questões não estipuladas inteiramente pela Constituição, cuja solução suscita por vezes a atuação dos Juízes, para fazer valer as regras dos Direitos do Homem, decidindo sobre a constitucionalidade da atuação dos poderes Executivo e Legislativo em coerência com os princípios dos Direitos do Homem.

No nosso tempo há cada vez mais uso dos Tribunais pelas minorias. Estas minorias têm proposto assuntos que lhes dizem respeito para a agenda política nos últimos anos, mas perante o impasse governativo ou legislativo têm tentado soluções judiciais, de modo a conseguir que os Tribunais alterem o tratamento dado a uma questão de interesse dessas minorias. Neste sentido, grupos específicos e movimentos sociais evitam por vezes a condução de um conflito nas mãos do poder político, ou dos partidos políticos, que estão muitas vezes mais interessados em obter aproveitamento político desses conflitos. Estas minorias (étnicas, religiosas, etc.), têm cada vez maior protagonismo, e têm feito repercutir a sua voz à escala internacional, apelando a uma efetiva judicialização, quando os Tribunais nacionais não solucionam as suas aspirações e reivindicações.

c) **A judicialização internacional dos Direitos do Homem**

Vivemos hoje na era da globalização, e também por consequência na internacionalização do *judicial*, fenómeno esse alimentado nos últimos anos pela busca de justiça cada vez maior para cada indivíduo, enquanto sujeito sob proteção do Direito Internacional. Além da sua função de regular os conflitos entre os Estados, os Tribunais Internacionais substituem-se hoje à Justiça interna: veja-se por exemplo o caso do Tribunal penal internacional para a ex Jugoslávia, e para o Rwanda, julgando crimes contra os Direitos do Homem. Dado que a sociedade civil tolera cada vez menos a impunidade face aos atentados contra os Direitos do Homem, e dada as reticências ou a impossibilidade dos Tribunais nacionais para julgar os autores desses atentados, os Tribunais internacionais são cada vez mais chamados a agir.

A *judicialização dos Direitos do Homem* tende hoje por isso a ter um significado mais amplo. Por um lado, os Direitos do Homem são vistos como algo mais do que uma declaração de boas intenções, ou mais do que um código ético, pois têm consequências de carácter jurídico, através dos respetivos Tratados, Pactos, Convenções Internacionais, e afins, que obrigam os Estados a respeitá-los e a fazê-los respeitar. Por outro lado, devido ao facto de não se tratar apenas de delitos comuns, ou praticados contra uma pessoa individual, mas de atentados contra os Direitos Humanos no sentido universal: ou porque são vários em simultâneo (crimes contra a vida, a liberdade de expressão, etc.), ou porque têm escala global, por exemplo o genocídio de um povo, vindo daí o conceito de *crimes contra a Humanidade*. Por conseguinte, tendo em conta a dimensão universal dos Direitos do Homem, que são para toda a Humanidade, e que chocam portanto a Humanidade à escala global, são hoje julgados por Tribunais Internacionais.

Esta atividade judicial internacional encontra-se defendida e legitimada por diversos documentos internacionais sobre os Direitos do Homem. A Segunda Guerra Mundial veio demonstrar que os Direitos do Homem deveriam ser protegidos pelo Direito Internacional. A fonte jurídica principal do Direito Internacional na defesa dos Direitos do Homem, encontra-se na *Carta das Nações Unidas*, de 1945, que veio conferir aos Direitos do Homem uma proteção judicial, já que até à sua fundação não era seguro afirmar que houvesse um Direito Internacional dos Direitos do Homem. O preâmbulo dessa carta (também denominada *Carta de São Francisco*, por ter sido aí assinada), fala nos “direitos fundamentais do Homem”, e o artigo 1, “o respeito dos Direitos do Homem”, ambos completados pelo artigo 55, que recorda “o respeito universal e efetivo dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, de sexo, de língua, ou de religião”.

Posteriormente a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, constituiu a origem do vasto projeto da *Carta dos Direitos do Homem*, que constitui o conjunto de três instrumentos fundamentais na defesa dos Direitos do Homem: a própria declaração de 1948, o *Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos* (1966), e o *Pacto Internacional sobre os direitos económicos, sociais, e culturais* (1966), pactos esses que têm consequências jurídicas, e por conseguinte obrigam os Estados a respeitá-los e a fazê-los respeitar.

Ainda no plano jurídico internacional, além dos referidos documentos da *Carta dos Direitos do Homem*, há que destacar a *Convenção de salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais*, frequentemente denominada *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (1950). Trata-se de um instrumento jurídico internacional que tem por finalidade proteger os Direitos do Homem e as liberdades fundamentais, e que origina o controle jurídico do respeito

pelos Direitos do Homem. Outros documentos se seguiram com alcance jurídico no plano internacional: a *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial* (1965); a *Convenção sobre a discriminação das mulheres* (1979); a *Convenção contra a tortura* (1984); a *Convenção sobre os direitos da criança* (1989); a *Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e membros da sua família* (1990). Existem na Europa outras iniciativas de proteção dos Direitos do Homem: a *Convenção Europeia a Carta Social Europeia* (1989), a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (200), e o *Tratado de Lisboa* (2007). Por seu turno, no continente americano temos a *Convenção americana sobre os Direitos do Homem* (1969), e o *Protocolo à Convenção americana sobre os Direitos do Homem* (1988), tratando dos direitos económicos, sociais e culturais.

É no quadro das convenções internacionais, que estipulam obrigações jurídicas para cada um dos Estados que as retificaram, que as medidas e os mecanismos de controle de diverso tipo foram instituídos. Existe um exame periódico internacional ao qual são submetidos os Estados, e em que estes são levados a apresentar as práticas que levaram a efeito em prol dos Direitos do Homem. A maior parte das Convenções institui um sistema de relatórios, que os respetivos Estados se comprometem a apresentar em intervalos regulares sobre as medidas que tomaram, e sobre os progressos realizados para assegurar o respeito pelos direitos reconhecidos pela mesma Convenções. Estes relatórios são examinados pelo *Conselho dos Direitos do Homem* da ONU, um órgão composto por especialistas independentes que formulam observações e críticas, e que podem solicitar explicações precisas a um Estado sobre o modo como ele assegura os direitos reconhecidos.

O *Pacto dos Direitos Cívicos e Económicos* e a *Convenção dos Direitos do Homem* preveem um determinado conjunto de penalizações. Está também previsto um outro tipo de controlo jurídico internacional, desencadeado pelas queixas que provêm de um indivíduo em particular, ou de grupos, junto dos organismos jurídicos internacionais: o *Tribunal Internacional de Justiça*, ou o *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Determinados procedimentos no seio da *Organização das Nações Unidas* (ONU), permitem também denunciar situações de violação flagrante e sistemática dos Direitos do Homem, nomeadamente junto do *Conselho dos Direitos do Homem*. A *Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura* (UNESCO), estabeleceu também procedimentos de modo a proteger das violações dos Direitos do Homem. A *Organização Internacional do Trabalho* (OIT) elaborou também mecanismos abertos a todas as organizações nacionais que se ocupam das violações dos Direitos do Homem. O *Conselho Económico e Social das Nações* (ECOSOC) dispõe também de procedimentos visando a proteção dos Direitos do Homem. A *União Africana* (UA) estabeleceu também a possibilidade de os cidadãos recorrerem aos tribunais internacionais, contra

o Governo e o Estado de que esses cidadãos são membros. A *União Europeia* (UE) adotou orientações diversas respeitantes à defesa dos Direitos do Homem, que tornam também possíveis queixas da parte dos países. A *Organização de cooperação e de desenvolvimento económico* (OCDE) estabeleceu um sistema de contactos que permitem também apresentar queixas devido às violações dos Direitos do Homem. No quadro destes instrumentos internacionais, é portanto juridicamente possível apresentar queixas denunciando atos de discriminação, de intolerância, e de não respeito pelos Direitos do Homem.

Não é suficiente que a opinião pública ou os Estados reconheçam os Direitos do Homem, é necessária a sua aplicação efetiva, e que na verdade os que sofrem violações dos seus direitos tenham uma via judicial para fazer constatar essa violação, e proceder realmente em consequência disso. Não pode haver teoria política efetiva dos Direitos do Homem que não tenha em conta o poder judicial, visando prevenir e punir os atentados contra esses direitos. Estes não existem como direitos senão a partir da sua prática, e portanto a partir do momento em que uma ação atentatória contra eles pode efetivamente, por via judicial, ser prevenida, e no caso de ela ter sucedido, dar lugar a uma resposta judicial através da punição respetiva. Por isso, para além da atuação ética e política, a *judicialização* tornou-se o meio cada vez mais procurado e destacado no mundo de hoje, na defesa e na concretização dos Direitos do Homem.

Referências bibliográficas

Autores

- CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, São Paulo, Ed. Max Limonad, 2002.
- EINSENBURG, José, “Pragmatismo, Direito reflexivo e judicialização da política”, in VIANNA, Luis Werneck (org.), *A democracia e os três poderes no Brasil*, Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2002.
- GARAPON, Antoine, *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2001.
- HIRSCHL, Ran, “The judicialization of politics”, in WHITTINGTON, Kelemen (org.), *The Oxford handbook of law and politics*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2008.
- MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, Lisboa, Ed. 70, 2011.
- MORO, Sérgio Fernando, *Jurisdição constitucional como democracia*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn, *The global expansion of judicial power*, New York, Ed. New York University Press, 1995.
- VIANNA, Luis Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1999.
- VV. – *La déclaration de Droits de l’Homme*, Paris, Ed. Le Monde, 2006.

Documentos internacionais

Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, 1789

Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950

Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos, 1966

Pacto Internacional sobre os direitos económicos, sociais e culturais, 1966

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, 1981

Convenção sobre os direitos das pessoas deficientes, 1982

Convenção sobre os direitos da criança, 1989

Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros da sua família, 1990

“Salários de tramitação”: uma obrigação do Estado ... Brevíssima referência ao regime previsto no artigo 98.º-N do CPT*

MESTRE RICARDO PEDRO**

SUMÁRIO: *I – Introdução. II – A jurisprudência anterior à entrada em vigor do actual regime. III – A solução do ordenamento jurídico espanhol. IV – Outros antecedentes. V – O regime previsto no artigo 98.º-N do CPT.*

I – Introdução

1. Os salários de tramitação ou salários intercalares representam os salários ou as retribuições devidas aos trabalhadores correspondentes ao período que decorre, no âmbito de uma acção de impugnação do despedimento, entre o momento em que se inicia a acção judicial e o seu fim. De acordo com a técnica sancionatória dos efeitos da ilicitude do despedimento, tudo concorre para que estes salários não sejam suportados pelo trabalhador, correspondendo estes àquilo que o trabalhador despedido “ganharia” se o contrato subsistisse¹. Ainda assim, face à interrogação sobre quem deveria suportar os salários de tramitação, abriam-se, pelo menos, três hipóteses, a saber: a) serem suportados pelo empregador; b) serem assumidos por uma entidade ou fundo público; ou c) serem repartidos entre o empregador e uma entidade pública. Até 2010, data do início de vigência

* O presente estudo insere-se num trabalho mais amplo sobre responsabilidade civil do Estado pela administração da Justiça ainda em curso. Sem prejuízo de futuras reflexões que o tema em referência merece, entendemos publicar as presentes, na expectativa de que possam ser úteis a quem lide com o tema.

O texto está redigido segundo as regras anteriores ao Acordo Ortográfico.

** Advogado, mestre e doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

¹ Neste último sentido, entre outros, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito de Trabalho*, 15.ª ed., Lisboa, Almedina, 2010, p. 602.

da norma que impôs o regime que se analisa, ocorria a primeira hipótese, isto é, tais salários eram suportados na totalidade pelo empregador. Acontece que a longa duração dos processos judiciais em referência pôs a nu a injustiça de tais salários serem suportados por quem nada contribuía para isso (empregadores), mas sobretudo em resultado da indevida demora na administração da Justiça.

2. A entrada em vigor, a 1 de Janeiro de 2010, de um novo regime previsto pelo artigo n.º 98.º-N do Código de Processo do Trabalho (CPT – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de Novembro, com as últimas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 295/2009, de 13 de Outubro, e pela Declaração de Rectificação n.º 86/2009, 23 de Novembro) vem instituir a obrigação do Estado pelo pagamento dos salários intercalares nas acções de impugnação do despedimento. Impõe ainda ao tribunal que determine, na decisão em primeira instância que declare a ilicitude do despedimento, que o pagamento das retribuições devidas ao trabalhador, após o decurso de doze meses desde a apresentação de formulário próprio até à notificação da decisão de primeira instância, seja efectuado pela entidade competente da área da segurança social.

3. Antes de se avançar na análise do regime imposto pelo referido artigo (V), importa conhecer os antecedentes desta norma. Por antecedentes entendemos aqui: a jurisprudência dominante nos nossos tribunais antes da entrada em vigor deste regime (II); a solução que imediatamente parece ter *inspirado* o legislador português na definição do regime em referência, isto é, a solução ainda vigente no ordenamento jurídico espanhol – ainda que tal não signifique que se tenha adoptado entre nós uma solução tão garantística como a daquele ordenamento (III); e outros antecedentes, como sejam, o acordo entre o Governo e os parceiros sociais aquando do processo de concertação social que acompanhou a elaboração do Código do Trabalho e a Lei de autorização para alteração legislativa do CPT (IV).

II – A jurisprudência anterior à entrada em vigor do actual regime

4. A posição da jurisprudência (que nos parece mais expressiva) antes da entrada em vigor do regime do artigo 98.º-N do CPT encontra-se nos acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de Outubro de 1998, Proc. n.º 9840573, e de 19 de Fevereiro de 2004, Proc. n.º 0410622. No primeiro decidiu-se que “[o]s atrasos processuais não legitimam qualquer dedução no valor das retribuições que o trabalhador deixou de auferir entre o despedimento ilícito e a data da sentença”. E no segundo “[I]umenta-se o atraso na prolação da sentença, que foi justificado com acu-

mulação de serviço e admite-se que a ré possa e deva ser ressarcida pelos danos sofridos à conta daquele atraso, mas a responsabilidade por essa reparação não pode recair sobre a autora, por não lhe ser imputável o atraso em questão. Tal responsabilidade poderá recair sobre o juiz ou sobre o Estado, cabendo à recorrente acionar os mecanismos necessários a alcançar aquele desiderato” e acrescenta-se ainda que “[o] atraso na prolação da sentença não é imputável ao trabalhador e, por isso, não tem repercussão no montante das retribuições que lhe são devidas por despedimento ilícito”.

5. Noutra decisão mais recente o Tribunal da Relação do Porto, de 2 de Novembro de 2009, Proc. n.º 747/04.2TTVFR.P1, aludindo às conclusões da recorrente (empregadora), defendeu que esta não deveria suportar os salários de tramitação contabilizados durante o período em que o processo esteve sem andamento. Neste acórdão decidiu-se, em síntese, por um lado, que “[s]endo embora certo que não é curial que a entidade empregadora, na prática, tenha de suportar, a esse nível, a morosidade do sistema judiciário, a verdade é que ao trabalhador também não pode ser imputado um atraso no andamento do processo a que ele não deu causa”, conclui-se, por outro, “(...) que não é admitida qualquer dedução nas retribuições vencidas e vincendas com base na morosidade do sistema judicial, nem sequer condenar o Estado a pagar ao trabalhador o montante das retribuições vencidas correspondente ao tempo em que o processo esteve sem andamento por razões de orgânica judiciária”.

6. Até à entrada em vigor do actual regime era evidente, de acordo com a referida jurisprudência (em especial, nos dois primeiros acórdãos), que a morosidade da administração da Justiça não deve ter consequências para o trabalhador, devendo, portanto, o seu custo ser suportado pelo empregador, podendo, no entanto, recair sobre o Estado, embora mediante apreciação num processo autónomo de responsabilidade. No terceiro acórdão entendeu-se que não era *curial* que a demora indevida na administração na Justiça laboral fosse suportada nem pelo trabalhador nem pelo empregador, e que, face ao direito positivado à data, especialmente por referência ao disposto no Código de Trabalho, o Estado não estava obrigado a suportar os salários de tramitação directamente resultantes da morosidade da administração da Justiça, o que teria como resultado que tais salários seriam sempre suportados pelo empregador.

III – A solução do ordenamento jurídico espanhol

7. O ordenamento jurídico espanhol, desde os anos 80, contém uma norma com algumas semelhanças com a do artigo 98.º-N do CPT, que inicialmente constava do *Estatuto de los Trabajadores de 1980*, artigo 56.º/5, e hoje consta do

artigo 57.º do *Texto Refundido da Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995* na redacção que lhe foi dada em 2010 (ET). Este dispositivo, em síntese, disciplina que quando uma sentença laboral declara procedente uma acção de despedimento ilícito, excedendo o prazo de sessenta dias úteis desde a data em que foi apresentada a demanda, o pagamento dos salários de tramitação correspondentes ao tempo que exceda o referido prazo corre por conta do Estado e não do empregador². Ora, a fixação do prazo de sessenta dias úteis teve por base o facto de a maioria dos processos laborais de despedimento nunca atingir esse prazo³, sendo por isso um prazo confortável para o legislador espanhol, uma vez que, em regra, não gerava obrigação do pagamento dos salários de tramitação. Ao que acresce que este prazo era, na opinião de alguns autores, um “prazo razoável” para um processo de despedimento ilícito⁴.

8. Por sua vez, o disposto nos artigos 116.º a 119.º da *Ley do Procedimiento Laboral* (LPL), que vem desenvolver o artigo 57.º do ET, sublinha que o empregador pode reclamar directamente do Estado os salários de tramitação pagos ao trabalhador que excedam os sessenta dias úteis desde o início da acção. Já no caso de insolvência do empregador, o trabalhador poderá reclamar directamente do Estado os referidos salários, desde que não tenham sido pagos pelo empregador. No entanto, para demandar do Estado os salários de tramitação, deverá previamente ter recorrido à via administrativa. O processo judicial de reclamação dos salários de tramitação apresenta-se como um novo processo instaurado no Tribunal que conheceu do despedimento, devendo a acção judicial ser acompanhada da cópia da decisão administrativa de indeferimento ou da solicitação de pagamento. Logo que admitida a demanda, deverá ser proferida decisão nos cinco dias seguintes, versando só sobre a procedência do pedido e o montante reclamado.

De acordo com o legislador espanhol, aos sessenta dias úteis (a partir dos quais o Estado se obriga ao pagamento dos salários de tramitação) deverá deduzir-se o tempo em que o processo esteve suspenso devido ao insucesso da conciliação ou da reclamação administrativa prévia, ou por defeitos ou omissões daquela. Deverá ainda ser deduzido o período de tempo em que ocorreu

² Sobre este regime, entre muitos, EDMUNDO ANGULO RODRÍGUEZ, “El artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores: responsabilidad de la administración del Estado en cuanto a salarios de tramitación por resolución tardía de la jurisdicción laboral”, in *El Poder Judicial*, V.1, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 529–621.

³ Assim, JUAN MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 96.

⁴ Assim, JUAN MONTERO AROCA, *Responsabilidad...*, p. 96.

a suspensão do processo, a pedido das partes, no âmbito da conciliação e juízo e nos casos em que qualquer das partes alegue falsidade de um documento que possa ter influência notória na decisão.

Por fim, o legislador espanhol não termina sem dar ao juiz o poder de, apreciando as provas, decidir se o tempo decorrido deve ser suportado pelo Estado ou pelo empregador, admitindo ainda que o juiz decida que o trabalhador seja privado dos salários de tramitação caso se verifique que a sua actuação processual foi pautada por manifesto abuso de direito.

IV – Outros antecedentes

9. O acordo celebrado entre o Governo e os parceiros sociais, aquando do processo de concertação social que acompanhou a elaboração do Código do Trabalho (cf. “Acordo tripartido para um novo sistema de regulação das relações laborais, das políticas de emprego e da protecção social em Portugal”, ponto 3.16), previa “*fazer o Estado suportar o custo dos salários intercalares quando a acção judicial se prolongar por mais de um ano*”. Ou seja, o Estado suportaria todos os salários relativos aos atrasos processuais logo que decorresse um ano desde o início da acção. Da redacção do acordo nada permite concluir que o Estado é responsável só na primeira instância, apenas se referindo ao “*dias a quo*”, isto é, logo que decorrido um ano da data do início da acção. Aliás, a não se dizer nada tudo levaria a concluir que se referiria ao fim do processo, isto é, ao trânsito em julgado. É assim fixado o prazo de um ano (em abstracto) a partir do qual o Estado assumia a obrigação de suportar os salários de tramitação seguintes, independentemente da complexidade do litígio e do comportamento das partes.

10. Por sua vez, de acordo com a Lei de autorização para alteração legislativa do CPT (Lei n.º 76/2009, de 13 de Agosto que autoriza o Governo a alterar o Código de Processo de Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de Novembro) precisava-se que o sentido e a extensão da autorização legislativa concedida ao Governo era, nomeadamente, para “*criar uma acção declarativa de condenação com processo especial para impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, de natureza urgente, que admite sempre recurso para a Relação, aplicável aos casos em que seja comunicada por escrito ao trabalhador a decisão de despedimento individual, seja por facto imputável ao trabalhador, seja por extinção do posto de trabalho, seja ainda por inadaptação*” [cf. artigo 2.º, n)], e “*caso a decisão da acção em primeira instância ocorra depois de decorridos 12 meses desde o início da acção, exceptuando os períodos de suspensão da instância, mediação, tentativa de conciliação e aperfeiçoamento dos articulados, e o despedimento seja considerado ilícito, prever que o tribunal determine*

que seja efectuada pela entidade competente da área da segurança social o pagamento ao trabalhador das retribuições devidas após aquele prazo e até à decisão em primeira instância” [cf. artigo 2.º, n) e v)].

Destes dispositivos fica claro que o Governo ficou autorizado a legislar no sentido de, caso o despedimento seja declarado ilícito e tenham decorrido doze meses desde o início da acção (exceptuando os períodos de suspensão da instância, mediação, tentativa de conciliação e aperfeiçoamentos dos articulados), o tribunal determinar que seja efectuada pela autoridade competente da segurança social o pagamento ao trabalhador das retribuições devidas após o decurso dos doze meses até à decisão em primeira instância.

V – O regime previsto no artigo 98.º-N do CPT

11. Se a morosidade processual gera danos em qualquer jurisdição, nos processos de impugnação do despedimento têm, em regra, maior gravidade, pois o empregador pode vir a ser condenado a pagar os salários de tramitação (em relação a um período durante o qual não contou com o trabalho efectivo daquele que foi objecto de despedimento), com a conseqüente incidência negativa, não só para o empregador como também para o mercado laboral, fundamentalmente, na criação de emprego⁵. Todavia, deve ter-se em conta que a positivação de um regime deste tipo pode potenciar o despedimento ilícito ou o seu prolongamento no tempo, uma vez que o pagamento dos salários de tramitação para além dos doze meses desde o início da acção não correrá por conta de nenhuma das partes. Trata-se, notoriamente, de uma medida de apoio ao empregador, isentando-o do pagamento de salários que, de outro modo, correriam por sua conta. Surgindo o Estado, por um lado, a assumir a sua incapacidade de administrar a Justiça num prazo devido e, por outro, por consequência, como que subrogando-se ao empregador no pagamento dos salários de tramitação que, a haver um funcionamento regular da administração da Justiça, não correriam por sua conta.

12. O artigo 98.º-N do CPT⁶ refere-se a uma situação típica, potencialmente causadora de danos pela má administração da Justiça (a morosidade),

⁵ JOSE DIAZ DELGADO, *La responsabilidad patrimonial del Estado por dilaciones indebidas en el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Valencia, Ediciones 7, 1987, p. 110.

⁶ Sobre uma hipótese normativa deste tipo antes da vigência da norma em análise, entre nós, com diferentes opiniões, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, V. 1, sl, Coimbra Editora, 2007, p. 1021; ALBINO MENDES BAPTISTA, *Jurisprudência do trabalho anotada: relação individual do*

prevendo a obrigação do Estado suportar certos danos (salários de tramitação) que, de outro modo, seriam suportados pelo empregador (ainda que atribuíveis à administração da Justiça tardia na jurisdição laboral – *rectius* processo judicial urgente de apreciação da regularidade e licitude do despedimento). Importa deixar claro, como a doutrina tem alertado, que, de acordo com o legislador, o regime do artigo 98.º-N do CPT apenas se aplica no âmbito da acção especial de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento e já não no âmbito do processo comum⁷. Evidentemente, o principal beneficiário deste regime não é o trabalhador – ainda que indirectamente o possa ser, na medida em que o Estado, presumivelmente, será mais solvente do que o empregador obrigado, que não terá de suportar as consequências do retardado funcionamento (culposo ou não) da administração da Justiça – mas sim o empregador, que sempre teria de suportar tais salários e assim não terá.

Nos termos do disposto no artigo 390.º do Código de Trabalho (CT – alterado e republicado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, posteriormente alterado pela Declaração de Rectificação n.º 21/2009, de 18 de Março, Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, e Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro), sob a epígrafe *Compensação em caso de despedimento ilícito*, esclarece-se que

1 – Sem prejuízo da indemnização prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo anterior, o trabalhador tem direito a receber as retribuições que deixar de auferir desde o despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal que declare a ilicitude do despedimento.

2 – Às retribuições referidas no número anterior deduzem-se:

- a) As importâncias que o trabalhador aufera com a cessação do contrato e que não receberia se não fosse o despedimento;
- b) A retribuição relativa ao período decorrido desde o despedimento até 30 dias antes da propositura da acção, se esta não for proposta nos 30 dias subsequentes ao despedimento;
- c) O subsídio de desemprego atribuído ao trabalhador no período referido no n.º 1, devendo o empregador entregar essa quantia à segurança social.

De acordo com este normativo, tendo em conta a remissão que faz para o artigo 389.º/1, a) do CT, deve ficar claro que: 1) o pagamento de retribuições

trabalho, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris?, 1999, p. 815, ainda do mesmo autor, *A nova acção de impugnação do despedimento e a revisão do código de processo do trabalho*, sl, Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, p. 112 e ANTÓNIO JORGE MARTINS DA MOTTA VEIGA, *Lições de direito do trabalho*, 8.ª ed., Lisboa, Universidade Lusíada, 2000, p. 512, nota 311.

⁷ Assim, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, 2.ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, p. 425 e ALBINO MENDES BAPTISTA, *A nova acção...*, p. 116.

intercalares não obsta ao dever de indemnizar por outros danos (patrimoniais e não patrimoniais) sofridos pelo trabalhador; 2) havendo recurso, atende-se à decisão do tribunal do último recurso admitido⁸; 3) e que a estas retribuições se deduzem: i) os ganhos que o trabalhador obteve e que não obteria se não fosse o despedimento; ii) caso a propositura da acção não decorra no prazo de 30 dias contados desde o despedimento, as retribuições devidas logo que decorrido este prazo; e iii) o subsídio de desemprego recebido.

13. O artigo 98.º-N do CPT, sob a epígrafe *Pagamento de retribuições intercalares pelo Estado*, dispõe que

1 – Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 390.º do Código do Trabalho, o tribunal determina, na decisão em 1.ª instância que declare a ilicitude do despedimento, que o pagamento das retribuições devidas ao trabalhador após o decurso de 12 meses desde a apresentação do formulário referido no artigo 98.º-C até à notificação da decisão de 1.ª instância seja efectuado pela entidade competente da área da segurança social.

2 – A entidade competente da área da segurança social é sempre notificada da decisão referida no número anterior, da interposição de recurso da decisão que declare a ilicitude do despedimento, bem como da decisão proferida em sede de recurso.

3 – A entidade competente da área da segurança social efectua o pagamento ao trabalhador das retribuições referidas no n.º 1 até 30 dias após o trânsito em julgado da decisão que declare a ilicitude do despedimento.

4 – A dotação orçamental para suportar os encargos financeiros da entidade competente da área da segurança social decorrentes do n.º 1 é inscrita anualmente no Orçamento do Estado, em rubrica própria.

14. Em boa técnica jurídica, o preceito referido do CPT não significa que o Estado seja responsável pelo pagamento das retribuições intercalares, pois o pagamento de qualquer salário é sempre obrigação do empregador. Do que o Estado é responsável é pela dilação indevida que se produz no processo laboral e o que deve suportar é o dano (comum⁹) que essa dilação causa ao

⁸ Para mais desenvolvimentos sobre a disciplina deste artigo, na redacção vigente, entre outros, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *et alii*, *Código do trabalho anotado*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 1003-1006 e JOÃO LEAL AMADO, *Contrato...*, p. 402 e ss.

⁹ Em abono da verdade muitos danos podem resultar da tardia administração da Justiça. Todavia, o que o legislador se dispôs a suportar foram apenas alguns salários de tramitação. Estes salários de tramitação parecem representar um prejuízo típico na acção de impugnação do despedimento, podendo falar-se aqui de um dano comum. Embora, sublinhe-se, nunca se pode olvidar que poderão produzir-se outros danos além dos comuns, mas, por oposição, especiais, que não encontram suporte no instituto previsto no artigo 98.º-N do CPT.

empregador, que se veria obrigado, por causas que não lhe são imputáveis, a pagar as retribuições intercalares geradas pela excessiva duração do pleito. Do artigo 98.º-N/1 do CPT fica-se, nomeadamente, a saber que a quantia devida pelo Estado circunscreve-se às retribuições devidas ao trabalhador que vão além dos doze meses desde a apresentação do requerimento em formulário de oposição ao despedimento até à notificação da decisão da primeira instância. Fixado “*o dies a quo*” e “*ad quem*”, não deve começar o cômputo do referido prazo até que se sanem os defeitos, atribuídos ao trabalhador demandante, que o formulário possa apresentar (cf. artigo 98.º-E do CPT), pois estes períodos devem ser excluídos, logo que sejam imputáveis ao trabalhador.

15. Em suma, do confronto do disposto no artigo 390.º do CT com o referido no artigo 98.º-N/1 do CPT emerge, por um lado, à luz daquele dispositivo, que o trabalhador tem direito a receber as retribuições que se vencerem *até ao trânsito em julgado* da decisão e, por outro, que o Estado, por via deste dispositivo, apenas se assume responsável pelas retribuições intercalares devidas ao trabalhador, uma vez decorridos doze meses desde a data da apresentação do formulário (cf. artigos 94.º-C e D do CPT e Portaria n.º 1460-C/2009, de 31 de Dezembro) *até à notificação da decisão de primeira instância*.

Deste modo, o legislador do CPT deixa inédito o tema relativamente ao período decorrido em sede de recursos. Parece-nos que, no caso de haver recurso da decisão da primeira instância que decretou o despedimento lícito/ilícito, várias soluções se podem equacionar:

I) *Declarado lícito o despedimento em primeira instância:*

- a) em sede de recurso mantém-se a decisão do tribunal inferior – neste caso o trabalhador não deve receber do Estado ou do empregador qualquer retribuição intercalar relativa ao decurso do tempo da primeira instância e do recurso;
- b) no caso de o tribunal de (último) recurso revogar a decisão da primeira instância, afirmando a decisão de ilicitude do despedimento – nesta situação o trabalhador deve receber as retribuições relativas ao prazo decorrido após o decurso de doze meses desde a apresentação do formulário (da acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento) até notificação da decisão de primeira instância a coberto pelo Estado e da parte do empregador, todas as retribuições, desde o despedimento, com excepção das suportadas pelo Estado, até ao trânsito em julgado.

II) *Declarado ilícito o despedimento em primeira instância:*

- a) sendo revogada, em sede de recurso, a decisão do tribunal inferior e afirmada a licitude do despedimento – neste caso o trabalhador não deve receber do Estado ou do empregador qualquer retribuição intercalar relativa ao decurso do tempo da primeira instância e do recurso;
- b) no caso de o tribunal de recurso confirmar a decisão da primeira instância, mantendo a decisão de ilicitude do despedimento – nesta situação o trabalhador deve receber as retribuições relativas ao prazo decorrido após o decurso de 12 meses desde a apresentação do formulário (da acção de impugnação judicial da regularidade e ilicitude do despedimento) até notificação da decisão de primeira instância suportados pelo Estado e da parte do empregador, todas as retribuições, desde o despedimento, com excepção das suportadas pelo Estado, até ao trânsito em julgado da decisão. Tudo isto sem prejuízo das deduções referidas no artigo 390.º/2 do CT.

Este entendimento é sufragado pela *ratio iuris* do artigo 98.º-N do CPT que visa desonerar o empregador do montante relativo às retribuições vencidas, em primeira instância, após o decurso de doze meses desde a impugnação do despedimento e permite compreender o disposto no artigo 98.º-N/2 e 3 do CPT no que se refere ao facto da entidade da área da segurança social competente pelo pagamento dever ser notificada da decisão do recurso e proceder ao pagamento no prazo de 30 dias após o trânsito em julgado da decisão. Assim, o momento do pagamento ao trabalhador das retribuições intercalares devidas pelo Estado em virtude da morosidade resultante do processo urgente de impugnação do despedimento é até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão que declare a ilicitude do despedimento (cf. artigo 98.º-N/3 do CPT). Para que se possa determinar o estado do processo e, em consequência, evitar qualquer fraude sobre o trânsito em julgado dispõe-se no artigo 98.º-N/2 do CPT que a entidade competente da segurança social responsável pelos referidos pagamentos deve ser sempre notificada da decisão da primeira instância, da decisão de interposição de recurso e da decisão proferida em sede de recurso.

16. Contrariamente ao que acontece no ordenamento jurídico espanhol, no caso português não existe um processo autónomo para reclamar os salários de tramitação, tudo decorrendo no mesmo processo de impugnação do despedimento. Podendo, assim, no caso português, o Estado ser “condenado” sem ter representação no processo, sendo o próprio juiz do processo retardado que determina *contabilisticamente* os salários a suportar pelo Estado em virtude da morosidade que decorreu no tribunal. A vantagem do disposto no artigo 98.º-N

do CPT reside na celeridade e na economia processual. Todavia, tal somente terá lugar se o atraso imputável ao Estado ocorrer (apenas) na primeira instância, porquanto, caso as decisões em sede de recurso (a existirem) violem o direito a uma decisão em prazo razoável e o empregador quiser ver ressarcidos os danos daí resultantes, nomeadamente as retribuições intercalares imputáveis ao Estado, não terá outro remédio senão propor uma acção de responsabilidade civil contra o Estado.

17. Se as preocupações (de celeridade) do legislador do processo laboral (*id est*, da acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento) se compreendem, por um lado, por via da caracterização deste processo como urgente e, por outro, na assunção dos danos causados pela demora indevida da mesma, já não é de todo isento de dúvidas que o prazo fixado *ex lege* (doze meses¹⁰) para uma decisão em primeira instância num processo urgente seja um prazo razoável, não só por a natureza do processo ser urgente, como pelo facto de só em concreto a razoabilidade poder ser aferida.

A aceitação de um prazo fixo pode, na prática, conduzir a situações de *defeito ou de excesso* na assunção por parte do Estado da obrigação de suportar os salários de tramitação que efectivamente sejam resultado da morosidade da administração da Justiça. Dito de outro modo, se a fixação deste prazo de doze meses pode assegurar o princípio da segurança jurídica, já dificilmente poderá permitir ao juiz fazer valer o princípio da justiça material na “condenação” dos salários de tramitação a quem efectivamente causou as dilatações correspondentes.

Relembramos que no ordenamento jurídico espanhol a justiça do caso concreto poderá ter lugar mediante a mobilização da figura do abuso de direito, privando-se o trabalhador dos salários de tramitação quando este tenha contribuído manifestamente para o atraso da administração da Justiça (cf. artigo 119.º/2 *in fine* da LPL). Em suma, não só¹¹, mas também, o artigo 98.º-N do CPT deve ser entendido no sentido de que o Estado não deve suportar os danos resultantes (ainda que de salários de tramitação se trate) da demora expressamente imputável às partes.

¹⁰ Num tom crítico em relação ao prazo de doze meses, embora por referência à duração total do processo e não só à primeira instância como veio a ser configurado pelo artigo 98.º-N do CPT, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato...*, p. 425 e ss.

¹¹ Em todo o ramo processual deve ser garantido o direito a uma decisão em prazo razoável. É isto que, nomeadamente, resulta do disposto no artigo 20.º/4 da Constituição da República Portuguesa.

18. Por sua vez, o disposto no artigo 98.º-O do CPT esclarece que

1 – No período de 12 meses referido no artigo anterior não se incluem:

- a) Os períodos de suspensão da instância, nos termos do artigo 276.º do Código de Processo Civil;
- b) O período correspondente à mediação, tentativa de conciliação e ao aperfeiçoamento dos articulados;
- c) Os períodos de férias judiciais.

2 – Às retribuições referidas no artigo anterior deduzem-se as importâncias referidas no n.º 2 do artigo 390.º do Código do Trabalho.

Fica a dúvida se o artigo 98.º-O do CPT constitui um “*numerus clausus*” ou um “*numerus apertus*”. Tendemos para a segunda opção, porquanto, por um lado, o artigo 276.º/1, d) do CPC remete para “(...) *outros casos em que a lei o determinar especialmente*” e, por outro, porque durante a tramitação do processo laboral podem verificar-se outras dilacões que não sejam imputáveis ao mau funcionamento da administração da justiça, pelas quais o Estado não tem de responder.

19. O artigo 276.º do CPC refere-se a situações de regular funcionamento da administração da Justiça (nomeadamente, suspensão da instância), devendo, à partida, os salários referentes a estes períodos ser suportados pelo empregador como impõe a regra do CT (cf. artigo 390.º). Seguindo uma regra que percorre todo direito processual – princípio da auto-responsabilidade processual das partes – embora não expressamente concretizada nesta matéria pelo CPT, deve entender-se que o período da suspensão pode excepcionalmente ser assacado ao trabalhador se a demora se ficar a dever exclusivamente a culpa ou negligência deste. De outro modo, o trabalhador não deverá ser privado da percepção das retribuições intercalares. No entanto, se se verificar abuso de direito na sua actuação processual, o juiz sempre poderá lançar mão deste instituto.

20. Por outro lado, o Estado também não suportará os salários de tramitação referentes aos períodos em que se impõe a mediação (cf. artigo 27.º-A do CPT) e aos períodos de tempo relativos à tentativa de conciliação, que se desdobra em tentativa de conciliação obrigatória na audiência de partes (cf. artigos 98.º-I/2 e 55.º/2 do CPT) e tentativa de conciliação obrigatória antes da audiência de discussão e julgamento (cf. artigo 70.º/1 do CPT). Isto é, o legislador assumiu que caso haja lugar a modos alternativos ou complementares de resolução do litígio, ainda que intra-judiciais, o Estado não é responsável pelos salários de tramitação referentes aos períodos em que estes decorram. Por último, o Estado também não assume a obrigação de suportar os salários de tramitação referentes

aos períodos em que decorra o aperfeiçoamento dos articulados, que pode acontecer a convite do juiz nos termos dos artigos 508.º/1, b) e 508.º/2 e 3 do CPC.

21. De acordo com o disposto no artigo 98.º-O, c) do CPT, os salários de tramitação relativos aos períodos de férias judiciais não serão suportados pelo Estado. Apesar do que resulta deste regime, salvo algum engano, na medida em que a acção de impugnação da regularidade e licitude do despedimento apresenta natureza urgente [cf. artigo 26.º/1, a) do CPT] e os processos de natureza urgente correrem em férias (cf. artigo 144.º/1 do CPC) fica por perceber o sentido útil desta alínea. A isto acresce que a Lei de autorização n.º 76/2009, de 13 de Agosto [cf. artigo 2.º, n) e v)] não inclui a possibilidade do prazo decorrido durante as férias ser excluído, isto é, não se previa o fundamento para o disposto na alínea c) do artigo 98.º-O do CPT. Perante este cenário, deverá fazer-se uma interpretação correctiva do artigo 98.º-O do CPT, excluindo-se a possibilidade de o período de férias ser excluído do cômputo do prazo (12 meses) a suportar pelo Estado.

22. Por fim, quanto ao prazo decorrido nas instâncias de recurso, o legislador não apresenta nenhum prazo a partir do qual assume os salários de tramitação (não é aplicável o prazo de doze meses), pelo que a excessiva duração deverá ser apreciada segundo outros parâmetros, pois o artigo 98.º-N do CPT não cobre estas situações. Apesar de ficar por perceber o critério adoptado pelo legislador ao prever que na primeira instância o simples incumprimento do prazo lhe impõe uma obrigação e, diferentemente, nas restantes instâncias não apresentar qualquer critério, dúvidas não poderá haver que valerá então o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro e alterado pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho) – em especial o regime de responsabilidade do Estado por danos causados pela administração da Justiça previsto no artigo 12.º (e interpretado à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem)¹².

Heidelberg, Novembro de 2011.

¹² Assim como deverá valer este regime para a reparação dos danos causados pela morosidade da administração da Justiça ocorridos em qualquer jurisdição, incluindo (naturalmente) a jurisdição laboral (seja em processo de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento ou qualquer outro processo). Para outros desenvolvimentos sobre este regime e esta jurisprudência, entre outros, o nosso *Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas*, Lisboa, AAFDL, 2011, p. 98 e ss.



*Direito Penal e discriminação religiosa – subsídios para uma visão humanista**

DR. ANDRÉ LAMAS LEITE**

A nossa era é (...) [a do] individualismo não adulterado e da busca da boa vida, limitada só pela exigência de tolerância (quando casada com [o] individualismo autocelebrativo e livre de escrúpulos, a tolerância só se pode expressar como indiferença).

ZYGMUNT BAUMAN, *Ética pós-moderna*

SUMÁRIO: 1. *Introdução. Delimitação do objeto.* 2. *O conceito de «discriminação» para efeitos de proteção jurídico-penal.* 3. *Principais tipos legais de crime (nótulas esparsas): a) Homicídio qualificado [artigo 132.º, n.º 1, e n.º 2, als. f) e l)]; b) Devassa por meio de informática (artigo 193.º); c) Furto qualificado [artigo 204.º, n.º 1, al. c)]; d) Dano qualificado [artigo 213.º, n.º 1, al. e)]; e) Ultraje por motivo de crença religiosa (artigo 251.º); f) Impedimento, perturbação ou ultraje a ato de culto (artigo 252.º); 3.1. Em especial, o crime de «discriminação (...) religiosa (...)» (artigo 240.º): A. *Evolução legislativa do preceito;* B. *Generalidades; bem jurídico protegido;* C. *Tipo-de-ilícito objetivo;* D. *Tipo-de-ilícito subjetivo;* E. *Concurso;* F. *Incapacidades eleitorais;* G. *Alguns aspetos de direito processual penal.* 4. *A finalizar.**

* O presente escrito tem por base o texto que preparámos para o *I Congresso Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa*, subordinado ao tema geral: *A Intolerância Religiosa na Europa de Hoje: Realidade ou Mito?*, nos dias 27 e 28 de abril de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Procedeu-se apenas a atualizações de jurisprudência entretanto havidas. Na pessoa do Presidente da Comissão Organizadora, Senhor Prof. Doutor PAULO PULIDO ADRAGÃO, desejamos manifestar o nosso profundo agradecimento pela honra do convite. É ainda digno de público agradecimento, pelo convite de publicação em tão prestigiada revista jurídica, o Senhor Professor Doutor JORGE MIRANDA, a quem, por ocasião da sua jubilação, cumprimentamos muito respeitosamente e a quem, com a singeleza do gesto, o presente trabalho vai dedicado.

Tendo em conta a natureza e o tempo destinados à intervenção, o leitor compreenderá, por certo, a sua limitação em termos de assuntos abordados, bem como uma certa parcimónia nas referências doutrinárias e jurisprudenciais. Entendeu-se mais conforme ao desiderato que nos foi solicitado privilegiar o texto em detrimento do «pretexto» e de uma certa «erudição» que desvirtua, em muito, o sentido das afamadas «notas de rodapé».

** Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

RESUMO: O presente artigo, depois de procurar fixar a noção de «discriminação» para efeitos jurídico-criminais, para o efeito lançando mão de fontes de Direito Internacional Público, Europeu e nacional, realiza uma análise perfunctória sobre alguns dos aspetos mais controvertidos de tipos legais de crime que mais diretamente contendem com a proteção da liberdade religiosa. Numa segunda parte, dado ser o tipo-de-delito fundamental nesta matéria, concentra-se especial esforço hermenêutico no crime p. e p. pelo artigo 240.º, *in casu*, a discriminação religiosa, em perspetiva substantiva e adjetiva, terminando-se com algumas propostas de *iure condendo*.

PALAVRAS-CHAVE: discriminação, religião, credo, culto, discriminação religiosa, legitimidade processual penal.

ABSTRACT: This article begins by trying to establish a concept of what «discrimination» stands for as far as Criminal Law is concerned. It does it by means of legal instruments from International Public Law, European Law and national law. Moreover, the author endeavours a perfunctory analysis of the main offences aiming at protecting religious freedom. In a second part of the article special attention is focused on the fundamental offence on the subject: article 240 of the Portuguese Penal Code (religious discrimination). The crime is analysed not only in terms of substantial Criminal Law, but also in Criminal Procedure ones, some de *iure condendo* proposals being made.

KEYWORDS: discrimination, religion, belief, worship, religious freedom, criminal procedure legitimacy.

1. Introdução. Delimitação do objeto

1. Porquanto o Direito se baseia no facto da imperfeição de cada ser humano, a sua base filosófica é de um *pessimismo*, *rectius*, de um *realismo antropológico*, pois melhor quadra à natureza deste ramo do Saber uma perspetiva menos valorativa na altura do julgamento da natureza humana. Esse realismo antropológico é, em nossa opinião, e em grande medida, a razão fulcral da velha querela sobre se o Direito é uma verdadeira *ciência* ou, ao invés, uma *técnica*, quase uma *arte* (a *ars romana*). Debalde pretendeu o positivismo jurídico reclamar para as ciências sociais e humanas esse estatuto científico. Dizemos debalde visto que, em nosso entender, se gastaram muito tempo e energias numa discussão que, na prática se revela estéril. As ditas «ciências sociais e humanas» não serão menos importantes para o equilíbrio e a manutenção sociais se não forem tidas como «verdadeiras» ciências, já não falando no desacordo que grassa quanto àquilo que, mesmo nas ditas «ciências duras», seja uma «*verdadeira ciência*».

Para nós, o Direito, *mais técnica que ciência*, sempre foi, é e será a arte dos equilíbrios entre interesses contrastantes no específico facto social a regular. Ora, dificilmente em outro domínio como no da *discriminação* se vislumbra, de jeito mais desassombrado, uma aparente ausência de *justa de interesses*. Na verdade, o que conflitua com a exigência, juridicamente tutelada, de *respeito pela diferença*, ademais quando, em múltiplos desses fatores distintivos, o concreto indivíduo objeto da discriminação em nada contribuiu para a circunstância (pensemos na cor, raça, deficiência ou, para alguns, mesmo a orientação sexual)? Ainda nas construções herdadas pela educação, mas depois alvo de uma escolha mais ou menos consciente, como sucede na crença religiosa, nas convicções filosóficas, éticas, morais e ideológicas, o que se acha no outro prato da balança? A não ser que se eleja a concepção reinante num dado local e num dado momento histórico no que tange a qualquer um desses aspetos (ainda que sublimados numa ideia de «moral pública» ou «paz pública»), e a tarefa assumida pelo Estado de a garantir. Todavia, tal conflituaria com o próprio *princípio do Estado de Direito democrático* (artigos 1.º e 2.º, da Constituição). Aliás, é um facto histórico que essas concepções foram usadas por regimes autoritários e ditatoriais, de direita e de esquerda, para justificar uma intervenção penal que nada mais era que o *braço armado do Estado ao serviço da classe reinante*. Conceitos indeterminados como o «são sentimento do povo» ou a contrariedade à «revolução operária» aí estão para o demonstrar de modo descarnado.

Dir-se-á, assim, que, no específico domínio jurídico-criminal, atenta a relevância dos bens jurídicos protegidos, nada existe a ponderar. No homicídio, no furto, no abuso sexual de crianças, na traição à Pátria, nos crimes fiscais, também nada há que valorar do prisma de um «interesse» do agente do crime. Assim é. Na verdade, é exatamente esta inexistência de um correlato no outro prato da balança que autoriza o ordenamento a impor as sanções mais gravosas que conhece. É isto, também, em nosso juízo que, a final, distingue a ilicitude criminal da civil, administrativa, fiscal, constitucional e que dá uma resposta afirmativa à velha questão de saber se existe ou não uma específica ilicitude penal. Donde, até aqui, neste périplo argumentativo, nada se vislumbra de singular no delito de discriminação.

Porém, logo nos damos conta de que o objeto das reflexões que se seguirão comporta algo de distinto de outros crimes, embora se não trate de uma característica que lhe seja única. Referimo-nos à umbilical ligação do ato de discriminar à estrutura mais íntima, mais personalista da vítima do delito, ancorada de jeito lúdimo na *dignidade da pessoa humana*. Temo-nos referido, como outros Autores, à cabeça dos quais Figueiredo Dias, ao extremo cuidado com que a penalística deve tratar este conceito, embora dele tenhamos uma

visão um pouco distinta daquele eterno Mestre¹, sob pena de essa dignidade nada significar, de tão puída utilização vem amiúde conhecendo. Todavia, é a vulneração da igualdade entre todos os seres humanos e a cultura de respeito que mais profundamente define cada um deles que se acha vulnerada pelo ato discriminatório. Mais ainda, a vítima não é só representante de si mesma mas, em variadas factuais típicas, ela surge como a «ponta do icebergue» de um conjunto lato de pessoas que partilham aquela mesma característica. Destarte, há um efeito de vulneração particularmente carregado, se e na medida em que é um leque mais amplo de indivíduos que, indiretamente, se sente lesado e receoso que esse particular aspeto do seu *habitus* externo ou interno (Pierre Bourdieu) o torne numa próxima vítima, assim afetando, tantas vezes de jeito indelével, o direito à paz que o Estado deve assegurar. Estamos em face de um *delito emblemático*, não apenas no que tange ao seu núcleo de ilicitude e de culpa, mas também de possibilidades de vitimação do ofendido, ele mesmo *símbolo de uma comunidade mais extensa*. Não será por acaso que, nos EUA, os delitos associados à discriminação são tratados na base dos *hate crimes* ou das *bias-motivated offences*. Ficará para um futuro trabalho – assim o esperamos – o tratamento autónomo deste instituto e das vantagens ou inconvenientes da sua adoção *qua tale* no espaço jurídico europeu.

2. Intervir no domínio normativo assim já mais delimitado corresponde a uma obrigação do legislador penal, em estrito cumprimento dos mandamentos constitucionais² – para já não nos referirmos às normas de Direito Internacional

¹ Pode ver-se a nossa conceção, a propósito do crime de violência doméstica, em «A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito e a Criminologia», in: *Julgar*, 12 (2010), pp. 25-66, «Uma ponte luso-cabo-verdiana a propósito da “violência relacional íntima”», in: *Revista Direito & Cidadania* (no prelo), e «La violencia doméstica, en especial la violencia relacional íntima: panorámica del Derecho Penal y Procesal Penal portugués», in: RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES (org.), *Violencia de género y Derecho Penal*, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela (no prelo). Sobre o tema da dignidade da pessoa como *referente axiológico jurídico-constitucional*, para uma síntese, JORGE MIRANDA, «A Constituição e a dignidade da pessoa humana», in: *Didaskalia*, XXIX (1999), pp. 473-485. Defendendo esta ligação intrínseca entre a discriminação em geral e a dignidade da pessoa humana, cf. a Recomendação 1202(1993), da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, adotada em 2/2/1993.

² No que tange à liberdade de religião, um verdadeiro «direito-liberdade», no dizer de MANUEL AFONSO VAZ, «Regime das confissões religiosas», in: JORGE MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. III, Coimbra Editora, 1998, p. 391. Para uma panorâmica da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a matéria, JÓNATAS MACHADO, «A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXXII (2006), pp. 105-124. Veja-se, no que diz respeito à conexão entre o atual multiculturalismo e a liberdade de religião, consciência e culto, LUÍSA NETO, *Novos direitos ou novo(s) objecto(s) para o Direito?*, Porto: U.Porto Editorial, 2010, pp. 187-210.

Público e Europeu³ – resultantes das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 2.º («(...) respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (...)), 9.º, al. b), 13.º, 19.º, n.º 6, 26.º, n.º 1 (no segmento «identidade pessoal», «desenvolvimento da personalidade» e «proteção legal contra quaisquer formas de discriminação»), 37.º, 41.º, 45.º e 46.º, constituindo limites materiais de revisão constitucional [artigo 288.º, al. d)]. Nas palavras de Marcelo Rebelo de Sousa e de José de Melo Alexandrino⁴, «[a] liberdade de consciência (...), a liberdade de religião (...) e a liberdade de expressão constituíram-se inegavelmente como um espaço matricial (o *espaço-mãe*) de onde brotaram todos os demais direitos fundamentais. A garantia desses bens tornou-se condição *sine qua non* para reconhecer a existência de um *Estado Constitucional* na sociedade contemporânea (...). A Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas na Religião ou Crença⁵ alinha pelo mesmo diapasão, ao mostrar-se convicta de que «a liberdade de religião e de crença devem também contribuir para o cumprimento dos objetivos da

³ Entre uma plethora de normações, cf. o artigo 10.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – CDFUE – (para uma análise, ANABELA DA COSTA LEÃO, «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: protegendo os direitos a um nível multidimensional», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, III (2006), pp. 41-76), permitindo-nos salientar a expressa previsão do conteúdo da «liberdade de mudar de religião ou de convicção», já prevenido no artigo 9.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e o seu Protocolo n.º 12, adotado em Roma, em 4/11/2000, onde se prevê uma «interdição geral de discriminação», de entre as quais se encontra a religião (artigo 1.º, n.º 1); o artigo 18.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); o artigo 18.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Mesmo instrumentos de *soft law*, como a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas na Religião ou Crença (DEFIDBRC), proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 36/55, de 25/11/1981. De modo desenvolvido, ESTHER SOUTO GALVÁN, *El reconocimiento de la libertad religiosa en Naciones Unidas*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.

Para um bosquejo histórico do modo como as relações Igrejas-Estado foram sendo tratadas enquanto disciplina jurídica entre nós e nos países do nosso entorno cultural, cf. ANTÓNIO LEITE, «A religião no Direito Constitucional português», in: JORGE MIRANDA (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, 2.º vol., Lisboa: Livraria Petrony, 1978, pp. 266-286; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, «Liberdade religiosa, liberdade da Igreja e relações entre o Estado e a Igreja», in: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 146-232; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *Levar a sério a liberdade religiosa. Uma refundação crítica dos estudos sobre Direito das Relações Igreja-Estado*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 34-72, e 76-98, e, já antes, do mesmo Autor, *A liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 31-118, e 284-409.

⁴ *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lisboa: Lex, 2000, p. 141.

⁵ Citada *supra*, considerando 6.º

paz mundial, justiça social e amizade entre os povos e para a eliminação das ideologias ou práticas de colonialismo e discriminação racial».

Donde, é deveras estranho que a discriminação por motivos religiosos apenas tenha sido considerada delito com a revisão do Código Penal (CP)⁶ de 1998. Tanto mais quanto os casos de discriminação em razão da crença religiosa têm vindo a aumentar, segundo dados da *European Union Agency for Fundamental Rights*⁷. Não sendo esse o nosso domínio de especialização, sempre diremos que, ao que julgamos, seria ao menos discutível se, até 1998, não estaríamos perante uma *inconstitucionalidade por omissão* (artigo 283.º da Constituição). Sabe-se que, maioritariamente, na doutrina e jurisprudência, se propende para a inexistência de imposições de criminalização na Lei Fundamental, exceto nos casos em que esta última a tal se refere, como sucede no artigo 117.º, n.º 3⁸. Todavia, como tem defendido Faria Costa⁹, o modo de relacionamento específico entre o Direito Constitucional e o Direito Criminal, de mútua referência sistémica, não parece admitir que esse princípio se erija de forma absoluta. Assim, partindo das exigências cumulativas que Jorge Miranda identifica como essenciais para a existência de uma declaração de inconstitucionalidade por omissão, sem prejuízo de futuro estudo, entendemos que a mesma se verificava. Na verdade, «o não cumprimento da Constituição deriva da violação de certa e determinada norma» (*in casu*, os preceitos atrás mencionados); trata-se «de norma não exequível por si mesma», como facilmente se infere, e «nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falta[vam] as medidas legislativas necessárias para tornar exequível[is] aquela[s] norma[s]»¹⁰. Seja como for, o problema, hoje em dia, como é evidente, não se coloca.

3. Qual o percurso, então, que nos propomos trilhar? Depois de nos munirmos de um conceito operatório do que seja a «discriminação» em termos

⁶ Doravante, qualquer referência a um ou mais preceitos desacompanhada da indicação do diploma de onde promanam deve entender-se por feita para a atual versão do Código Penal português.

⁷ Vejam-se, p. ex., os relatórios a propósito da integração das comunidades islâmicas em vários países europeus e a violência contra as mesmas por motivos religiosos, disponíveis em http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/194-Islamic_com-EN.pdf e http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/446-EU-MIDIS-2-MR280509_EN.pdf (acessíveis em novembro de 2012).

⁸ Sobre a matéria, JOSÉ DE FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 201, ss.

⁹ *O perigo...*, pp. 206, e 209, ss., com exemplos, admitindo a «(...) inexistência de proibição constitucional de penalização» (*ibidem*, p. 217).

¹⁰ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 518. Em geral, sobre a matéria da inconstitucionalidade por omissão, *ibidem*, pp. 507-527, e bibliografia aí citada. Já antes, do mesmo Autor, «L'inconstitutionnalité par omission dans de droit portugais», in: *Revue Européenne de Droit Public*, 4, 1 (1992), pp. 39-59.

de Direito Penal, veremos, de jeito necessariamente perfunctório, alguns dos tipos legais de crime que, de modo mais direto, têm que ver com a proteção da liberdade religiosa ou, dito de outra maneira, que visam impedir obstáculos ilícitos ao exercício da liberdade de religião, pensamento ou de culto. Sobre eles lançaremos um olhar orientado para algumas questões que temos por mais complexas na respetiva hermenêutica, seja ao nível do tipo-de-ilícito objetivo ou subjetivo, seja da culpa ou do concurso entre normas. Donde, não se tratará – muito longe disso – de um «comentário» sistemático a cada um dos tipos legais que identificámos.

Num momento seguinte dedicaremos a nossa atenção àquele que é o delito fundamental na matéria – o vertido no artigo 240.º Depois de identificarmos o bem jurídico tutelado e de traçarmos um bosquejo histórico sobre o preceito, enfrentaremos algumas das questões mais problemáticas dos respetivos tipos objetivo e subjetivo, a que acrescentaremos reflexões de direito adjetivo. Sempre que útil para compreender a realidade nacional, para estabelecer paralelos ou pontos de fuga, lançaremos mão dos preceitos homólogos de Estados do nosso entorno cultural e do jeito como, em alguns deles, a doutrina vai fazendo o seu tratamento.

2. O conceito de «discriminação» para efeitos de proteção jurídico-penal

O conceito operativo de «discriminação»¹¹ para o domínio jurídicocriminal só poderá ser – desde logo em virtude do *princípio da unidade da ordem jurídica*¹² – aquele que se acha plasmado em textos de Direito Internacional Público, de Direito Europeu e de Direito nacional infraconstitucional, assim como em instrumentos de *soft law*, *maxime* as Recomendações do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

Existe uma série de instrumentos legislativos que tratam da discriminação racial e, dos quais, de modo supletivo, o intérprete poderá lançar mão, em casos de fundada dúvida¹³. Todavia, a título principal, e delimitando-a pela

¹¹ No âmbito específico do Direito Privado, com muito interesse, *vide* PAULO MOTA PINTO, «Autonomia privada e discriminação – algumas notas», in: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 313-363.

¹² Verdadeira «meta-lei» que vai garantindo uma certa uniformidade e coerência internas (cada vez menor, diga-se) dos ordenamentos ocidentais, como é certamente apontado por HAROLD J. BERMAN, *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*, Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, p. 8 e, com interesse, pp. 7-41.

¹³ Assim, a Lei n.º 7/82, de 29/4, a qual aprova a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIETFDR) dispõe de uma noção do termo em

afirmativa, o que seja discriminação por motivos religiosos resulta de instrumentos que *expressis verbis* se dediquem à temática (de fonte internacional e interna), até porque o Direito Penal é especialmente rigoroso na importação de conceitos de outros ramos do ordenamento quando não seja esse mesmo Direito Criminal (como sucede com as «leis penais em branco») a determiná-lo, por violação do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.º 1, da CRP, e artigo 1.º)¹⁴, bem como veta em absoluto o recurso à analogia incriminatória (artigo 1.º, n.º 3).

Assim, a já citada Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas na Religião ou Crença, no seu artigo 2.º, n.º 2, define «intolerância e discriminação baseadas na religião ou crença» como «qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na religião ou crença e que tenha por objetivo ou como efeito a eliminação ou a impossibilidade do reconhecimento, fruição ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais numa base de igualdade»¹⁵. Constitui essa discriminação, nos termos da mesma Declaração, «uma afronta à dignidade humana e um repúdio dos princípios da Carta das Nações Unidas» (artigo 3.º),

estudo que é praticamente coincidente com a da Lei n.º 134/99, de 28/8 (regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 111/2000, de 4/7), a qual define uma série de comportamentos ativos ou omissivos, de modo exemplificativo, como atos discriminatórios, punidos como contraordenações, com coimas diferenciadas para pessoas singulares e/ou coletivas e com sanções acessórias. Salientamos ainda, nesta mesma Lei, a disposição contida no seu artigo 13.º, em conformidade com o qual a hermenêutica e a integração de lacunas advinentes desse ato legislativo se devem resolver por recurso às normas e princípios da DUDH, à CEDH e à CIETFDR. De idêntico modo, na discriminação religiosa, os dois primeiros documentos devem servir os mesmos desideratos. Do mesmo passo, a Lei n.º 18/2004, de 11/5, transpôs para a ordem jurídica nacional a chamada «Diretiva Raça» – Diretiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29/6/2000, JOCE, de 19/7/2000 –, contribuindo de jeito decisivo para a densificação do conceito e, sobretudo, introduzindo as noções de «discriminação direta» e «indireta», às quais também se pode e deve recorrer no âmbito da discriminação religiosa. Voltaremos a este ponto, *infra*, em texto. Ao abrigo do artigo 2.º da citada Lei n.º 18/2004, a discriminação racial abrange o *assédio*, definido como tendo por objetivo ou efeito afetar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador e abrangendo *instruções* no sentido de discriminar com base na raça ou etnia – instigação ou autoria material. Cremos que ambas as hipóteses são transponíveis para a dimensão religiosa.

¹⁴ O que não importa, diga-se de passagem, que esta defesa da certeza e segurança da aplicação do Direito em que se baseia o princípio da legalidade possa ser confundida com positivismo, mas importe sim «positividade», no sentido a que recentemente aludiu ROBERT ALEXYS, *Legal certainty and correctness*, em conferência proferida a 30/10/2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹⁵ Essencial é ainda o artigo 6.º desta Declaração, na enumeração exemplificativa dos conteúdos específicos da liberdade de pensamento, consciência, religião ou crença.

obrigando-se os Estados-Partes a «tomar medidas efetivas para prevenir e eliminar» essas discriminações (artigo 4.º, n.º 1).

Da Constituição (artigo 41.º) e da Lei n.º 16/2001, de 22 de junho (Lei da Liberdade Religiosa – doravante LLR¹⁶ –, artigo 1.º) retira-se que a discriminação pode dizer respeito à consciência, à religião *qua tale* e/ou ao culto. Por outro lado, pretende-se que a discriminação abranja situações de prejuízo injustificado, mas também de benefício sem fundamento – o artigo 2.º, n.º 1, da LLR refere-se a privilegiamento, benefício, prejuízo, perseguição, privação de qualquer direito ou isenção de qualquer dever «por causa das suas [dos cidadãos] convicções ou prática religiosa». Donde, não é só a habitual vertente *negativa* da discriminação que pode fazer intervir o Direito Penal, mas também uma sua feição, digamos, *positiva*. Obviamente que, como todos os direitos fundamentais, também a liberdade religiosa admite restrições. No que para nós mais importa, a coberto dela não se podem justificar crimes, *v. g.*, invocar uma convicção religiosa para furtar determinados bens tidos como intrinsecamente malignos, ou, no limite, mutilar ou mesmo matar um fiel como dádiva em sacrifício a uma divindade (claramente, o artigo 6.º, n.º 2, da LLR e, antes dele, o artigo 8.º, *maxime* o seu n.º 2, da Lei Fundamental).

Ainda no âmbito da demarcação do que seja a «discriminação religiosa», distinguem-se legalmente «direitos individuais de liberdade religiosa» de «direitos coletivos», dimensões que passam por uma profissão intrínseca, do domínio da interioridade e consciência de cada um, ou da sua exteriorização ou manifestação em atos visíveis para a comunidade em geral da pertença a uma dada religião ou credo, nomeadamente por intermédio da realização ou assistência a atos de culto ou de adoração¹⁷. O Direito Penal, nos vários tipos legais de crime orientados a desenhar um programa eficaz e estruturado de proteção da liberdade religiosa e de, dizendo-o pela negativa, obviar, naquilo que é o seu específico campo de atuação, à discriminação por esses mesmos motivos, teve esta distinção bem presente, porquanto ela perpassa os variados *modi aedificandi criminis*. Vejamo-lo então.

¹⁶ Para uma apreciação, entre outros, cf. PAULO PULIDO ADRAGÃO, «A Lei da Liberdade Religiosa portuguesa: um diagnóstico, 8 anos depois», in: AA. VV., *Constitución, leyes de libertad religiosa, acuerdos, Derecho común*, León: Universidad de León, 2011, pp. 29-45, e, em face do anteprojeto de lei, JORGE MIRANDA, «A liberdade religiosa em Portugal e o anteprojeto de 1997», in: *Direito e Justiça*, XII (1998), 2, pp. 3-24.

¹⁷ O já citado artigo 10.º, n.º 1, da CDFUE, muito justamente, refere-se a uma *dimensão coletiva* da liberdade de pensamento, consciência e de religião, afirmada em público, «através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos» (praticamente copiado do artigo 9.º, n.º 1, da CEDH). Em sentido próximo, já antes, o artigo 1.º, n.º 1, da DETFIDBRC.

3. Principais tipos legais de crime (nótulas esparsas)

a) *Homicídio qualificado* [artigo 132.º, n.º 1, e n.º 2, als. f) e l)]

1. **Al. f).** Sem tratar de curar aqui do problema de saber se estas circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio fazem parte do tipo-de-ilícito subjetivo ou do tipo-de-culpa¹⁸, certo é que, para o que releva no tema de que ora tratamos, a criação de um tipo ao qual o legislador associa uma punição mais severa contende com a motivação, com uma especial *Gesinnung* do agente.

Este atua com o desiderato de tirar a vida a outro ser humano apenas e tão-só, em sede das respetivas motivações, porque a vítima pertence – ou o agente julga pertencer, o que pode colocar o problema da relevância do erro sobre uma circunstância qualificadora – a uma dada religião em relação à qual o agente sente ódio. E note-se que não se exige, para o preenchimento do tipo, que a vítima efetivamente seja uma observadora das prescrições dessa religião, mas que surja na representação do agente como professando-a, ainda que não participe, p. ex., em rituais externos de manifestação dessa religiosidade. O que aqui releva é o modo como a vítima é encarada pelo agente, como professando, direta ou indiretamente, com maior ou menor fervor, uma dada religião. Dito de outro modo: visto não perfilhar dos ideais dessa religião ou por qualquer outro motivo (a lei não o distingue), a decisão de dar a morte, dolosamente, ocorre como uma espécie de «vingança» do agente em direção a essa religião.

Bem se pode dizer que, mais do que a vítima *de per se* considerada, como uma pessoa singular, a agravação justifica-se *se e na medida* em que a mesma é parte de um grupo que se caracteriza por perfilhar um dado conjunto de valores. O acréscimo punitivo encontra o fundamento na *violação do direito à pertença e eventual manifestação externa* (que, repete-se, não é exigida como elemento do tipo) *de uma dada religião*. Mais do que um bem jurídico de natureza individual há, pelo menos – para não dizermos primacialmente –, uma *feição supraindividual* na proteção jurídico-penal concedida. O Direito Criminal

¹⁸ Vide JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Anotação ao artigo 132.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 42-54 (no sentido da culpa) – cf., ainda a crítica do Autor (*ibidem*, p. 64) quanto a um excessivo alargamento do tipo a fatores que dele implicitamente já constavam, mas que não bolem com a temática sobre que nos debruçamos – e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, pp. 348-349 (em sentido idêntico). Defendendo uma *tese diferenciadora*, no sentido de umas circunstâncias revelarem através da *ilicitude* e de outras pela *culpa*, vide TERESA SERRA, *Homicídio qualificado. Tipo de culpa e medida da pena*, 4.ª reimpr., Coimbra: Almedina, 2003, pp. 65-66.

é chamado a assegurar, para além dos demais ramos de Direito, que quem deseja professar uma religião não veja vulnerado qualquer dos direitos de que é titular na sua esfera jurídica, *maxime*, o direito à vida. E, neste sentido, como é evidente, o legislador pretende passar a mensagem de que a vida *qua tale* é bem supremo que importa proteger independentemente dos predicativos que cada ser humano lhe vá juntando: orientação sexual, religião, orientação política ou ideológica.

O tipo só se acha preenchido com uma especial atitude de desagrado quanto à religião da vítima – a lei exige *ódio*, entendido como repulsa, desejo de vingança, sentimento orientado à eliminação, algo que não pode ser suportado pelo agente do crime, muitas vezes (ou quase sempre) determinado por razões não totalmente explicáveis pela Razão. O que não significa que quem assim atue o faça em estado de inimputabilidade. Pode ou não suceder, em função do preenchimento ou não dos requisitos do artigo 20.º *Bref*: o «ódio» não é indício de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída, porquanto se trata de um sentimento natural no ser humano, sem que isso importe, *de facto et de iure*, uma exclusão da culpa por via da inimputabilidade¹⁹.

2. **Al. I).** Nesta alínea *l*), a razão da qualificação continua a ser, a nosso ver, mais de alcance *supraindividual* que individual. Não se pune de modo acrescido aquele que mata outra pessoa sem mais, mas quem sabe que a vítima desempenha uma função no âmbito de uma religião, de a administrar, e que é exatamente em virtude desse facto que, na representação do agente, deve ser privada da vida. Está no exercício das funções de culto, *v. g.*, no cumprimento do múnus religioso de que se acha revestido, praticando rituais próprios de uma específica religião ou cerimónias similares.

Aqui é a *própria religião*, com as suas regras, que dirá ao intérprete o que se entende por «exercício das funções», sendo este segmento normativo uma verdadeira «norma penal em branco», a ser preenchida por normativos provenientes de outras regiões normativas que não o Direito, *in casu*, a Religião. Aqui está um exemplo em que a laicidade do Estado não pode deixar de atribuir relevo às convenções livremente estabelecidas por uma religião, apenas e tão-só na medida em que elas relevam como um verdadeiro *direito de personalidade*, um *bem jurídico* que o Direito Penal entende tutelar. O nosso ramo de Direito

¹⁹ Já durante os trabalhos de revisão deste artigo, foi publicada a Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, que, de entre outras alterações, deu nova redação à al. *f*), do n.º 2, do artigo 132.º, embora sem qualquer implicação no tema de que tratamos. O legislador entendeu acrescer, como exemplo-padrão da qualificação a “identidade de género da vítima”, em linha com a novel redação do artigo 240.º, n.º 1 e n.º 2, als. *a*) a *c*).

reconhece, por via constitucional, desde logo, que a *vivência religiosa* é uma *dimensão humana imanente* e que, para quem a deseja professar, essencial a uma completude no exercício da vivência enquanto pessoa.

A qualificação pode dar-se, em alternativa, quando a vítima, mesmo não estando no exercício efetivo das suas funções como ministro do culto, seja morto devido a elas. Por esse simples facto, ainda que no desempenho de atividades que em nada contendem com o seu múnus religioso, *v. g.*, na sua vida puramente pessoal, na rotina diária. Aqui, mais uma vez, é a ideia de *ódio religioso* que encontra uma corporização num indivíduo concreto, representativo desse conjunto de princípios e valores em que se materializa uma religião. Donde, em nossa perspetiva, o que está em causa é, mais uma vez, concretizar o que já atrás dissemos a propósito da al. f).

b) *Devassa por meio de informática (artigo 193.º)*

Está em causa o direito à proteção de dados informatizados de natureza sensível, com assento constitucional (artigo 35.º), porquanto dizem respeito a aspetos da vida privada dos cidadãos que os mesmos, como regra, não desejam revelar, na medida em que os enquadram em certos grupos de pertença, o que pode trazer consequências desvantajosas no quotidiano.

Note-se que estamos perante um *crime de dano*²⁰, visto que a criação, manutenção ou simples utilização desses ficheiros, é, em si, apta a lesar o direito à «autodeterminação informacional» (*informationelle Selbstbestimmung*). Tal é bem justificado com base na natureza sensível dos dados informatizados e, por outro lado, pela circunstância de os mesmos serem individualmente identificáveis, ou seja, como elemento do tipo objetivo exige-se que as bases de dados permitam que quem a elas aceda conheça, de jeito individual, nominalmente, as convicções, *in casu* religiosas, do indivíduo que nelas se acha inscrito.

Identificado o bem jurídico, importa agora sublinhar o porquê da natureza sensível dos dados atinentes às convicções religiosas. Tal prende-se com o direito fundamental à liberdade religiosa *qua tale*, o qual envolve uma *dimensão negativa*, de que se não saiba publicamente se e qual a convicção religiosa professada por cada sujeito²¹. E isto na medida em que se reconhece que esta dimensão da

²⁰ Já J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao artigo 193.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. I., 2.ª ed., p. 1073, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 523.

²¹ Apesar de não no exato sentido aqui propugnado, é de referir o entendimento do TEDH quanto à liberdade religiosa em perspetiva negativa, enquanto direito a não ser confrontado com símbolos religiosos em espaços públicos em que a laicidade do Estado pode impor tal ausência. Nas

vida, contendo porém uma vertente coletiva, clara nos rituais próprios de cada uma delas, também engloba uma *dimensão solipsista*, que não tem de ser revelada salvo se o respetivo titular assim o desejar. Assim é, por um lado, porquanto na atuação pública do cidadão este é um dado irrelevante, no sentido em que, para o funcionamento da sua capacidade de exercício de direitos não é necessário professar ou não uma dada crença ou religião, atento o caráter laico do Estado e a separação entre as Igrejas e o Estado, e, por outro, na medida em que, contendendo uma dada opção religiosa com aspetos de cariz tão profundo, se pretende obviar aos riscos de eventuais prejuízos daí advenientes. É óbvio que se não trata de uma qualquer preocupação alicerçada em pressupostos seculares, hoje inapropriados, de que há sempre discriminação, direta ou indireta, por se professar uma religião, mas seria também farisaico negar que tal pode acontecer e sucede. Estamos, assim, em face de uma *norma de cuidado* que o legislador – e bem – erigiu em função das regras do normal acontecer humano e social de que se deve munir. E note-se que essa preocupação é de tal forma instantânea na *mens legislatoris* que a tentativa é punível, mesmo que a moldura penal abstracta não atinja o limiar mínimo de relevância geral desta forma especial de surgimento do delito a que se refere o artigo 23.º, n.º 1.

c) *Furto qualificado [artigo 204.º, n.º 1, al. c)]*

A qualificação do furto assume, na al. c), do n.º 1, do artigo 204.º, uma *vertente funcional*. O que justifica o *quantum* acrescido de pena e a criação de um tipo qualificado contende com a *função* a que a coisa furtada está adstrita: «ao culto religioso (...) e que se encontre em lugar destinado ao culto (...)».

Donde, há aqui um pressuposto objetivo de natureza *cumulativa* que terá de verificar-se para a consumação e que aponta para uma *dupla condicionante*

palavras do Tribunal, no conhecido ac. de 18/3/2011, da Grande Câmara do TEDH, *Lautsi e outros c. Itália*, Proc. n.º 30814/06, essa liberdade negativa «(...) não est[á] limitada à ausência de ritos ou educação religiosos: esten[de-se] a práticas e símbolos que expressam, em particular ou em geral, uma crença, uma religião ou o ateísmo». Mais ainda, o Estado deve proteger os cidadãos no âmbito desta dimensão da liberdade religiosa «(...) se [é] o Estado a expressar uma crença e aqueles que a não professam sejam colocados numa posição da qual os mesmos se não possam excluir, exceto à custa de esforços e sacrifícios desproporcionados». Sobre este aresto e a problemática geral em que o mesmo assenta, vide PAULO PULIDO ADRAGÃO, «Crucifixos e minaretes: a religião no espaço público. A garantia da liberdade religiosa e a prevenção de conflitos religiosos», in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII (especial), 2010, pp. 463-473. Quanto à caracterização do espaço público enquanto acessível à religião e seus limites, cf. CRISTINA QUEIROZ, «Autonomia e direito fundamental à liberdade de consciência, religião e culto. Os limites da intervenção do poder público», in: AA. VV., *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra: FDUP e Coimbra Editora, 2001, pp. 291-343.

da *agravação*. Não apenas a natureza em si da coisa, adequada, própria para a veneração do culto em questão, mas também a sua localização espacial onde habitualmente se desenrolem os atos ou rituais conexionsados com esse culto. Somente quando a coisa furtada é adequada ao culto e é furtada no e do espaço a tal destinado se preenche o tipo objetivo, o que, em nossa opinião, demonstra que a proteção deferida pelo Direito Penal se não cinge – e bem – à coisa em si mesmo considerada, mas quando a mesma se situa no seu «*locus natural*». Dito de outra forma, é nosso entendimento que esta norma mais não é que uma outra maneira de garantir que os atos de culto decorram pacificamente e com a disponibilização dos meios (aqui, coisas móveis) a tal necessários. Se, p. ex., o legislador se tivesse limitado a deferir esta proteção qualificada apenas e tão-só à coisa afeta ao culto religioso, a norma seria de constitucionalidade material duvidosa atenta a natureza laica do Estado e os limites da própria liberdade religiosa. Donde, se, v. g., um ostensório é furtado do interior de uma igreja católica, ou uma Tora do interior de uma sinagoga, ainda que, ao *tempus delicti*, não decorra qualquer atividade religiosa, i. e., rito, ritual ou cerimónia, há lugar à qualificação. Se essas mesmas coisas se encontrarem, p. ex., para restauro em estabelecimento comercial da especialidade, a não ser que estejamos perante outra circunstância qualificadora, não será por esta que agora se encontra em estudo que a pena se achará agravada. O que vem de dizer-se tem ainda de ser interpretado em conformidade com a remissão para outra norma que, *in casu*, é a LLR que, no seu artigo 21.º, n.º 1, al. a), densifica o conceito, embora referindo-se a «fins religiosos» que, aqui, julgamos na quase totalidade (para não dizer sempre) sobreponível ao conceito de coisas «afeta[s] ao culto religioso».

Situações de hermenêutica mais sensível contendem com as hipóteses em que os atos de culto saem, mas respeitando as normas de cada uma das religiões, para o espaço público, como sucede, p. ex., numa procissão. Essas coisas móveis, literalmente, não se acham em «lugar destinado ao culto», não podendo patrocinar-se a interpretação segundo a qual, nessa circunstância, as ruas percorridas pela procissão, v. g., sejam, ainda que momentaneamente, «lugar[es] destinado[s] ao culto». E nem o facto de o tipo objetivo não exigir que o seja «habitualmente» nos parece depor em sentido contrário. Contra um tal resultado exegético sempre se oporia, a nosso ver, a preocupação restritiva que se deteta no modo como o tipo foi construído. Para além disso, cremos que até estaríamos fora das margens de uma sempre controvertida interpretação extensiva em Direito Penal para reentrarmos no terreno da analogia proibida (artigo 1.º, n.º 3). O argumento de que o caráter simples ou qualificado do furto, nesta hipótese, depende de uma circunstância mais ou menos fortuita – qual seja, a de se encontrar ou não num dado local – não tem valor de convencimento,

porquanto foi essa mesma redução teleológica a pretendida pelo legislador. Para além de que sempre se deixaria uma via aberta ao arbítrio: se, p. ex., as conhecidas «Sagradas Famílias» que, em algumas paróquias católicas ainda vão circulando de casa em casa, fossem furtadas, também se poderia dizer que havia lugar a esta qualificação? Se se respondesse afirmativamente, estaríamos a transformar qualquer residência em que se encontrem objetos normalmente utilizados no culto religioso como «lugares de culto» para efeitos da lei penal, o que é manifestamente irrazoável²².

d) *Dano qualificado [artigo 213.º, n.º 1, al. e)]*

A formulação utilizada nesta norma é a mesma que a do furto qualificado anteriormente anotado, motivo pelo qual se remete para o que atrás dissemos. Merece ainda referência a obrigação assumida pelo Estado Português, através da Concordata de 2004 (artigo 7.º), da «proteção dos lugares de culto e dos eclesiásticos no exercício do seu ministério», bem como o previsto no artigo 30.º da LLR (de conteúdo praticamente decalcado para a Concordata – artigo 24.º), o qual trata das formalidades a obedecer para que se proceda à demolição ou destinação a outro fim diverso do religioso de «templo, edifício, dependência ou objeto do culto». Caso esses condicionalismos se não verifiquem – se estiverem preenchidos, a conduta, por *atípica*, é penalmente irrelevante –, preenchidos os demais requisitos do artigo 213.º, n.º 1, al. e), a conduta é punível a título de dano qualificado. Ter-se-á, ainda, de prestar atenção ao que se entende por *destruir* (total ou parcialmente), *danificar*, *desfigurar* ou *tornar não utilizável*.

Destruir significa que a coisa, total ou parcialmente deixa de poder ser utilizada para o quadro normal de funções que deve desempenhar; *danificar* importa uma diferença de grau, porquanto a coisa, apesar de poder ainda ser utilizada na sua função, necessita ser reparada para que tal possa voltar a suceder; *desfigurar* comporta uma atuação que modifica o normal aspeto externo da coisa, tornando-a ou não utilizável de futuro; *tornar não utilizável* parece-nos uma menção redundante, atentas as definições atrás expendidas, mas o legislador terá pretendido fechar todo o eventual espaço livre que pudesse restar e em que a propriedade pudesse ser vulnerada²³.

²² Embora não se ocupando diretamente da factualidade concreta aqui apresentada, julgamos que José DE FARIA COSTA, «Anotação ao artigo 204.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 62–63, se pronunciará em idêntico sentido.

²³ Para uma análise mais completa, nem sempre coincidente *in totum*, por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Anotação ao artigo 212.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. II, pp. 221–225.

e) *Ultraje por motivo de crença religiosa (artigo 251.º)*

A inserção sistemática do tipo depõe, desde logo, no sentido do cariz *supraindividual* do bem jurídico protegido²⁴ e é significativo que o legislador tenha erigido os «sentimentos religiosos», i. é, a liberdade de religião e culto como secção autónoma dos crimes contra a vida em sociedade. Não apenas dá, assim, cumprimento ao mandamento jurídico-constitucional ínsito no artigo 41.º da Lei Fundamental, como assinala a já referida *dimensão comunitária* da liberdade religiosa. A norma acha-se muito próxima do § 166 do *Strafgesetzbuch* (StGB: Código Penal alemão – *Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen*; «difamação de crenças, associações religiosas e ideológicas»), nomeadamente na ligação que estabelece entre o comportamento e a exigência de que o mesmo seja apto a perturbar a *paz pública*²⁵.

Em todas as modalidades típicas há uma negação – direta ou indireta – de uma específica característica do ofendido, mais censurável na medida em que se tratam de aspetos contendentes com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana, nas suas múltiplas dimensões. Todas elas dizem respeito a circunstâncias intrínsecas da personalidade, especialmente caracterizadoras da mundividência de cada um e do *ser-no-mundo* e do *estar-no-mundo*. Ademais, ou se tratam de dimensões que, ainda que o ofendido pretendesse, não as poderia modificar – *v. g.*, a raça, a etnia, a cor – ou, então, essa mudança seria uma imposição heterónoma desrazoável e atentatória de direitos fundamentais sem qualquer respeito – em contradição mesmo – com o específico regime do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. Donde, não apenas o sofrimento e o cortejo de problemas psicológicos e/ou psiquiátricos que se lhes podem seguir é acrescido pela circunstância de o delito ser dirigido a uma pessoa *por ela ser como é*, assim como existe uma *dimensão coletiva* que extravasa o concreto ofendido. Na verdade, embora de modo reflexo, é todo o grupo que com este último partilha aquela característica que é lesado, que é censurado pelo agente delitual. E isto com os eventuais reflexos de marginalização de um grupo que, ele próprio, sendo minoritário, pode já ser objeto dessa segregação social, como também na direção em que essas pessoas, por se sentirem lesadas nos mais lúdicos direitos de que são titulares, serem, elas próprias, agentes de novos crimes de retorsão, assim se alimentando uma verdadeira espiral de violência com efeitos óbvios em termos de paz, segurança e tranquilidade públicas.

²⁴ Concordamos, pois, com J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao artigo 251.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. II, p. 637.

²⁵ Embora a sanção alemã seja superior à portuguesa – prisão até 3 anos ou pena de multa.

N.º 1: Apesar do que fica dito, a circunstância de a presente incriminação apenas se não apresentar como redundante face à disposição do artigo 240.º, n.º 2, al. b), e, em alguma medida, também a al. c), na medida em que a ofensa ou o escarnecer têm de ser adequados a «perturbar a paz pública», torna a tarefa de identificação do bem jurídico protegido mais complexa.

Assim, se por um lado se pode dizer que se visa obviar à discriminação que tenha por base a pertença a uma religião, por outro só estaremos perante um delito consumado se e na medida em que dessa ofensa derivar um efeito externo, apto a gerar um conflito de cariz social. Não se bastou o legislador com a exigência de uma dimensão de ofensa pessoal à vítima, mas que dessa ação derivasse um efeito que, como *quid* adicional, seja adequado a perturbar a paz pública. Tanto assim é que o tipo objetivo expressamente exige que a ofensa seja cometida em público, em espaço público ou em espaço não-público (no sentido de não ser propriedade pública, mas privada), desde que aberto ao público (como sucede em estabelecimentos comerciais, p. ex.). A factualidade descrita no tipo é toda ela estruturada com o desiderato de criar as condições adequadas à possível afetação da paz pública.

Ora, esta dupla dimensão do espectro protetor do Direito Penal parece apontar para um bem jurídico complexo, qual seja, *a proteção da liberdade religiosa na medida em que a sua violação possa ser motivo de afetação da paz pública*²⁶. Não nos parece estarmos, em boa técnica jurídico-dogmática, perante um *crime pluriofensivo*, mas perante uma *dimensão* da liberdade religiosa que se acha, aqui, umbilicalmente ligada ao asseguramento das condições de manutenção de um sossego público, de uma boa-ordenação da *res publica*, sem conflitos, sem alterações, numa palavra, à manutenção de um *status quo* habitual em que os cidadãos possam livremente e sem impedimentos externos e/ou incomuns, desenvolver as suas atividades e realizar-se nas múltiplas dimensões da sua personalidade, *rectius*, dos direitos de personalidade que o ordenamento jurídico lhes garante.

Assim encarado o bem jurídico, estamos em face de um *crime de perigo concreto*²⁷, porquanto não se exige a efetiva lesão do bem jurídico, ou seja, que a paz pública (na hermenêutica que propusemos) seja *de facto* perturbada pelo fenómeno da ofensa ou escárnio religiosamente motivados, bem como, uma vez mais, como vem sendo comum na nossa análise, perante um delito de *execução vinculada*.

²⁶ De modo não totalmente coincidente, porém, J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao artigo 251.º do CP», p. 638, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 662.

²⁷ Manifestamos concordância com J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao artigo 251.º do CP», p. 638. Identificando o delito como de *perigo abstrato-concreto*, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 662.

Sabe-se que a «paz pública» é um conceito indeterminado²⁸ dos mais clássicos que os ordenamentos jurídicos têm conhecido ao longo das respetivas Histórias, com as inerentes dificuldades de concretização prática. Veremos, mais à frente, e recorrendo a formulações da doutrina e jurisprudência germânicas, como pode concretizar-se mais o que seja a «paz pública». Indubitável é que, através de conceitos como este, ou o de «ordem pública» ou de «bons costumes», visa o legislador colocar limites ao exercício de um determinado direito, como ocorre no Direito Civil (assim lhe assinalando uma vertente relativa, por oposição aos direitos oponíveis *erga omnes*), ao passo que no ramo que nos ocupa podem eles mesmo ser específicos bens jurídicos, embora necessitando de uma maior concretude, porquanto uma pura e simples incriminação orientada para a sua salvaguarda pode enfrentar dificuldades de inconstitucionalidade material. O bem jurídico – é hoje um dado adquirido – não pode traduzir-se num *quid* mais ou menos evanescente, sem direta correlação com um direito, liberdade ou garantia (Direito Penal de justiça) ou um direito económico, social ou cultural (Direito Penal secundário). Donde, a doutrina e jurisprudência vêm assinalando um cuidado particular em erigir somente a «paz pública», p. ex., em específico bem jurídico-criminal, o que depõe no sentido da orientação que abraçamos a propósito da identificação do interesse protegido por esta norma.

N.º 2: A *profanação* envolve uma multiplicidade de atos adequados a criar, de modo objetivo, um sentimento de desrespeito por uma religião, podendo passar pela destruição, desfiguração, tornar não utilizável um objeto ou lugar de culto. O que sejam estes últimos é-nos dito pelas próprias religiões, pelo que, neste particular, estamos perante uma «norma penal em branco».

Uma nota apenas para sublinhar que o intérprete e aplicador do Direito não estão numa posição de total «subserviência» normativa face àquilo que estes domínios da normação social lhes indiquem. Ou seja, cabe-lhes um *papel de controlo* (embora limitado aos casos mais ostensivos, mais patentes) quanto ao que sejam objetos e lugares de culto. Assim, p. ex., se uma simples vela for indicada pela religião católica como objeto de culto, pode e deve o juiz entender que tal não preenche o tipo objetivo, por ser patente que, mau grado ser um objeto utilizado no culto, não é ele, *em si mesmo*, objeto de culto, como sucede com uma estátua ou outra representação icónica de um santo, *v. g.* Do mesmo passo, imaginando que uma estátua de alguém que, em função das regras canónicas, não esteja autorizado a figurar em altares, não sendo admitido o respetivo culto,

²⁸ Assim, e por todos, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 141-357 e, entre nós, JOÃO BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 13.ª reimp., Almedina: Coimbra, 2002, pp. 113-120.

não constitui também objeto de proteção do tipo legal, ainda que os demais constituintes do tipo objetivo se achem preenchidos.

Existe uma relação de *concurso aparente*, na modalidade de especialidade entre algumas das configurações típicas que este número pode apresentar e o artigo 240.º, n.º 2. Sempre que a profanação se materializar em um dano causado ao objeto ou lugar de culto, é a específica capacidade de afetar a paz pública que distingue a norma em anotação daqueloutra.

f) *Impedimento, perturbação ou ultraje a ato de culto (artigo 252.º)*

N.º 1: Fonte próxima parece ter sido, de entre outras, a incriminação constante do § 167 do *StGB* (*Störung der Religionsausübung*; «perturbação de culto religioso»), em ambas as modalidades que, entre nós, constituem as duas alíneas do artigo.

Regista-se, todavia, a diferença, ao nível do tipo objetivo, de que o comportamento seja «intencional/deliberado» e «de modo grosseiro»²⁹ e não «por meio de violência ou de ameaça com mal importante», o que, ao menos *prima facie*, torna a legislação nacional mais exigente do prisma do respetivo preenchimento³⁰. Por outro lado, no que seria o correspondente à nossa al. b), o vilipêndio ou o escárnio têm de ser exercidos em meio público e não em «(...) local dedicado ao culto/veneração religiosa (...)»³¹, como se exige na Alemanha, assim diminuindo o âmbito de aplicação típica neste último país. Bem se compreende que o legislador nacional tenha conferido uma tutela mais ampla, porquanto o bem jurídico protegido tanto é vulnerado em locais de culto como em outros, desde que o seja de modo a que terceiros possam escutar essas ações difamatórias. Melhor andou, pois, em nosso entendimento, o legislador pátrio.

Continuamos perante a proteção da liberdade religiosa, mas agora especificamente orientada para a *salvaguarda das condições necessárias ao exercício externo dessa liberdade*, materializada no ato de culto³². A violência a que alude o tipo objetivo terá de entender-se como física e/ou psicológica, e a noção de «ameaça com mal importante» deve beber-se no artigo 153.º, onde se dispõe sobre o

²⁹ «(...) absichtlich und in großer Weise (...)» – itálico acrescentado.

³⁰ E ainda com pena mais branda, pois a codificação germânica, neste particular, prescreve sanção privativa de liberdade até 3 anos ou multa.

³¹ «(...) an einem Ort, der dem Gottesdienst einer solchen Religionsgesellschaft gewidmet ist (...)».

³² No sentido da «(...) paz pública nas manifestações da liberdade religiosa (mais concretamente, da liberdade de culto) (...)», J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao artigo 252.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. II, p. 647. Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 664, está em causa «(...) a liberdade de culto.».

crime de ameaça. Donde, terá de ser uma consequência negativa para a vida, liberdade, integridade, honra, propriedade, liberdade e autodeterminação sexuais, entre outros, que se afigure como *grave*, como pesando fortemente na vida da vítima, de tal modo que a condiciona no livre exercício da sua esfera de direitos. Para que o mal se diga «importante» não pode ser, p. ex., uma ameaça velada, indireta, de que se poderá vir a prejudicar o ofendido sempre que o suposto autor disso tiver oportunidade. Nem tão-pouco pode ser uma ameaça vaga, imprecisa. O que não significa que subscrevamos uma orientação jurisprudencial que, infelizmente, vem fazendo curso entre nós a propósito do crime de ameaça, e que quase exige que a ameaça seja *totalmente precisa*, quase indo ao ponto de demandar do ofensor que indique o modo, hora e local onde e como concretizará essa intenção, mesmo que se tenha mostrado que tal implicou, para a vítima, a diminuição da respetiva liberdade (de movimentos, desde logo), causando-lhe medo de que a ameaça fosse efetivamente concretizada.

Esta trata-se de uma ameaça que, em face da norma do artigo 153.º também se apresenta em relação de *especialidade* quanto a esta última, visto que essa mesma ameaça é funcionalizada ao impedimento ou perturbação do exercício do culto. Exercício esse que, note-se, tem de ser «legítimo», o que significa que tem de obedecer às normas jurídicas vigentes em matéria de regulamentação do exercício da liberdade religiosa e, por outro lado, às próprias regras que disciplinam aquela confissão³³. Deste modo, dir-se-á, o Estado assegura o respeito de normas que lhe são alheias, assim podendo estar em causa um entendimento mais estrito da separação entre as Igrejas e o Estado. Todavia, segundo julgamos, não é nada disso que se passa. O desiderato fundamental – já o assinalámos – é o de garantir o *exercício efetivo* do culto religioso em condições tais que esta dimensão da personalidade humana não conheça obstáculos ilegítimos. Donde, é uma *tarefa do Estado* que está em jogo e não um qualquer interesse particular de uma religião, pelo menos em primeira linha.

Podemos referir, por fim, neste particular, que o inciso sob anotação constitui uma espécie de «guarda avançada» de outras incriminações, porquanto basta para o preenchimento do tipo que se dificulte ilicitamente o exercício da liberdade religiosa, ainda que tal não cause dano à «paz pública», como se exige no artigo 251.º Numa palavra, é o mais lúdimo da condição protetora estadual da liberdade religiosa que se acha recolhido neste ilícito-típico.

³³ Já J. M. DAMIÃO DA CUNHA, «Anotação ao artigo 252.º do CP», p. 648.

N.º 2: Partindo da última asserção, é exatamente essa não exigência de perturbação da «paz pública» que nos permite a distinção deste inciso daqueles em que se protege o ofendido da injúria ou difamação se e na medida em que a mesma se baseia, somente – ou de modo predominante – na circunstância de este professar uma determinada religião. Exige-se, pois, menos neste tipo-de-ilícito que no artigo 251.º, n.º 1.

Julgamos que os termos «vilipendiar» ou «escarnecer» encontrarão, ao menos na generalidade dos casos, guarida normativa nos conceitos que compõem o campo de significações da injúria ou difamação, embora o desdém, o desprezo, a aviltação possam estar aquém do limite criminalmente relevante a que o legislador entendeu conferir proteção jurídico-penal. Porém, dado estarmos em matéria incriminadora, devem o intérprete e o aplicador da lei ser particularmente exigentes na consideração de ações ou omissões aptas ao preenchimento do tipo e que não sejam enquadráveis já nas noções de injúria ou difamação, mais sedimentadas e com ressonância axiológico-social definida. Caso assim se não entenda, poder-se-á estar a conferir ao exercício da liberdade religiosa um proteção (criminal) mais ampla do que aquela que o próprio legislador lhe entendeu reservar e sem justificação bastante na hierarquia de valores subjacente ao texto constitucional, onde a honra das pessoas ocupa papel também ele destacado³⁴.

³⁴ E por isso não compatível com algumas tendências que rejeitamos *in limine* e que propendem para a transformação dos crimes contra a honra em meras contraordenações. É ainda de salientar que, muito recentemente, o nosso Tribunal Constitucional – TC – (ac. n.º 128/2012, Proc. n.º 385/11, *Diário da República*, II série, n.º 72, de 11/4/2012) foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade ao texto da Lei Fundamental da incriminação do delito de injúria, por violação do princípio da proporcionalidade. Argumentava o recorrente haver ausência de dignidade penal nos comportamentos abrangidos pelo tipo, dado que o mesmo abrangia ações e omissões «(...) independentemente da circunstância da ofensa ser praticada através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação perante a sociedade.». Não podíamos estar mais em desacordo com o arrazoado, que, *inter alia*, esquece que a dimensão da honra não encerra somente uma visão comunitária, mas também *individual*, a que sempre acresceria, como o TC sublinhou, o relativo campo de discricionariedade de que goza o legislador ordinário nas incriminações penais. Ponto é que se divise um bem jurídico-constitucional (*in casu*, a honra e consideração devido a qualquer cidadão, direito de personalidade indisputado) e exista proporcionalidade entre a gravidade da ofensa e da sanção. Não vemos, pois, como se poderiam levantar dúvidas de constitucionalidade.

3.1. Em especial, o crime de «discriminação (...) religiosa (...)» (artigo 240.º)

A. Evolução legislativa do preceito

Na versão de 1982 (Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro), o atual artigo 240.º estava integrado nos «crimes contra a humanidade», no então artigo 189.º, tendo por epígrafe «genocídio e discriminação racial», sendo as modalidades típicas que aqui importam recolhidas no n.º 2, do artigo 189.º, onde se não previa a factualidade hoje contida na al. c), do n.º 2, do artigo 240.º e em que se não exigia o elemento subjetivo especial atualmente comum a todo o mesmo n.º 2 do último normativo referido. A punição era de 1 a 5 anos de prisão, tendo-se, agora, mantido o máximo aplicável e diminuído o mínimo para 6 meses. Idêntico abaixamento sancionatório no atual n.º 1, do artigo 240.º se surpreende (na versão originária o mínimo era de 2 anos e atualmente é de 1), sendo de registar que o desenho típico deste *delito de organização* é o mesmo que o atual, à exceção, claro está, de só abranger a discriminação racial.

É com a revisão de 1995 do Código Penal (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março) que o já então artigo 240.º se *autonomiza* do crime de genocídio³⁵, mantendo, contudo, apenas a discriminação racial, étnica ou por motivo da cor no âmbito de proteção típica. A moldura penal do então (e atual) n.º 1 passa a ser aquela que ainda hoje vigora, o mesmo sucedendo com o n.º 2. Introduce-se, *ex novo*, o elemento subjetivo especial do n.º 2. Todavia, mantêm-se os mesmos fundamentos de discriminação. Também se introduz, pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico, um regime de incapacidades eleitorais ativas e passivas que se podem aplicar ao lado da pena principal³⁶.

Porém, apenas por intermédio da revisão de 1998 do Código, operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, passa a *discriminação religiosa* a ser considerada crime *qua tale*, modificando-se, aliás, a epígrafe do artigo para «discriminação racial ou religiosa³⁷». Introduce-se, ainda, de jeito inovador, o segmento «(...) nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade (...)» como exemplificação da injúria ou difamação qualificada

³⁵ Cf., com todo o interesse, PAULA JERÓNIMO, «Notas sobre a discriminação racial e o seu lugar entre os crimes contra a Humanidade», in: AA.VV., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra: Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, 2005, pp. 783 e ss.

³⁶ Depois alterada pelo artigo 2.º, da Lei n.º 31/2004, de 22/7, embora apenas em aspetos de pormenor, conexcionados com a aprovação, por aquele diploma, da «lei penal relativa às violações do Direito Internacional Humanitário». Em 1995, como em 2004, só se aplicavam essas incapacidades à capacidade eleitoral ativa e passiva para os cargos de «Presidente da República, membros do Parlamento Europeu, membros da assembleia legislativa ou de autarquia local», bem como jurado.

³⁷ Itálicos nossos.

vertida na al. b), do n.º 2, do artigo 240.º Injúria ou difamação estas que já foram tidas pelo *Bundesgerichtshof* (BGH: Supremo Tribunal Federal alemão) como «express[ões] particularmente lesiva[s] de desrespeito»³⁸.

Através da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, o sexo e a orientação sexual foram também erigidos em fundamento de discriminação, aliás em linha com a Sexta Revisão Constitucional de 2004³⁹, a qual expressamente o fizera, no que contende com a orientação sexual, no artigo 13.º da Lei Fundamental. Introduziu o legislador, ainda, a modalidade típica da al. c), do n.º 2, do artigo 240.º, tendo alargado o leque de cargos cuja incapacidade pode derivar da condenação pelo delito em estudo, abrangendo também os deputados à Assembleia da República.

Pela Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, já citada, foi elevada a «identidade de género» a fator de proteção pelo âmbito de aplicação típico da norma, em linha com a evolução da matéria no nosso Direito Penal, em particular no que toca ao crime de violência doméstica.

Deteta-se uma aproximação nominal e real cada vez maior à legislação espanhola, neste ponto. De ressaltar, ainda, que a Proposta de Lei n.º 75/XII não previa esta modificação, tendo a mesma resultado do procedimento legislativo, pelo que não se dispõe de qualquer elemento histórico que auxilie na hermenêutica dos preceitos.

B. Generalidades; bem jurídico protegido

1. O artigo 240.º, na vertente analisada, corresponde ao cumprimento de injunções de instrumentos de Direito Internacional, *inter alia*, o artigo 4.º, als. a) e b), da CIETFDR, e a Declaração sobre a Raça e o Preconceito Racial (Assembleia Geral da UNESCO, de 27/11/1978), tal como preceitos congêneres de alguns CP europeus. Apesar de não ter sido fonte da normação nacional, o *The Equality Act 2010* do Reino Unido também se refere à discriminação com base em motivos religiosos e expressamente indica que a circunstância de alguém não ter qualquer fé, religião ou crença não pode ser razão para discriminar⁴⁰. Já antes, o *Racial and Religious Act 2006*⁴¹ daquele país previu

³⁸ Pioneira, uma decisão de 1955 – cf. MIEBACH/SCHÄFER, § 130 StGB, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2, München: Beck, 2005, Rn 39, p. 544 («(...) besonders verletzend Äusserung der Missachtung.»).

³⁹ Artigo 4.º da Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24/7.

⁴⁰ BOB HEPPLE, *Equality. The new legal framework*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011, pp. 40-43.

⁴¹ Datado de 16/2/2006 e sendo uma alteração ao *Public Order Act 1986*. É de salientar que se os atos descritos forem praticados no domicílio do agente, de modo que terceiros não entrem em

um amplo catálogo de factuais cobertas pelo que seria o nosso artigo 240.º: uso de palavras, materiais escritos (incluindo a sua publicação ou distribuição), representações públicas de peças de teatro, distribuição, exibição ou reprodução de gravações, incluindo através de televisão, posse de material propagandístico, sempre e tão-só quando o agente, desse modo, pretenda «(...) incitar ao ódio religioso».

Como vem sendo assinalado⁴², o bem jurídico protegido pelo inciso é a *igualdade* entre os cidadãos, em cumprimento dos artigos 13.º, 41.º, 46.º, n.º 4, da Constituição. Igualdade essa que, nas lúcidas palavras de Kelsen⁴³, só «(...) pode significar que as desigualdades de facto existentes – e que não é possível negar – são irrelevantes para o tratamento dos homens.».

À semelhança do que se vem defendendo na doutrina e jurisprudência germânicas, não se trata somente de uma violação de direitos de personalidade individualmente considerados, mas sobretudo o ataque ao «cerne da personalidade» («(...) im Kern seiner Persönlichkeit (...)») do ofendido, pondo em causa o direito deste último à vida no seio da comunidade⁴⁴, ou seja, dizendo-o agora nós, a um *livre desenvolvimento da personalidade humana*, sem constrangimentos que não aqueles resultantes de imposições legais. Daí a circunstância de o tipo-de-delito se achar integrado sistematicamente no capítulo dos «crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal».

contacto com o que aí se passa, ou o agente tenha razões para crer, razoavelmente, que assim sucederá, inexistente crime – Parte 3A, 29B, 2, *in fine*. Saliente-se a responsabilidade criminal das pessoas coletivas como autoras das infrações mencionadas em texto – 29 M –, bem como a cláusula de salvaguarda da liberdade e expressão de acordo com a qual «[n]ada nesta parte [do diploma] deve ser lido ou atribuído efeito de proibir ou restringir a discussão, crítica ou expressões de antipatia, não gosto, ridicularização, insulto ou abuso de determinadas religiões ou crenças ou práticas dos seus crentes, ou de qualquer outro sistema de crenças ou as crenças ou práticas dos respetivos crentes, ou o proselitismo ou apelar aos crentes de uma diferente religião ou sistema de crença a cessar a prática das suas religião ou sistema de crença». Acessível em http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/1/pdfs/ukpga_20060001_en.pdf (consulta em novembro de 2012).

⁴² MARIA JOÃO ANTUNES, «Anotação ao artigo 240.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. II, p. 575. Já PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 647, parece ter do tipo uma noção de crime pluriofensivo, uma vez que, ao lado da igualdade, identifica também como bens jurídicos «(...) a integridade física, a honra e a liberdade de outra pessoa.».

⁴³ *O problema da Justiça*, 5.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 51.

⁴⁴ Com abundantes referências, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 43, p. 545.

O § 130 do *StGB* (*Volksverhetzung*)⁴⁵, cujo ou cujos bens jurídicos são alvo de aceso debate⁴⁶, tem um programa de proteção mais vasto que o nosso artigo 240.º e que comporta a negação dos horrores do nacional-socialismo alemão⁴⁷ e dos crimes que, a coberto do regime, foram perpetrados. Tem-se dito, fundamentalmente, que o interesse jurídico protegido é a paz pública mas, por outro lado, também se erige a dignidade humana (*Menschenwürde*), o sentimento de pertença de um grupo à comunidade (a pertença de pessoas tidas em conjunto como povo: *Bevölkerungsteilen zusammengefassten Menschen*), uma dignidade humana quantitativa (*quantitative Menschenwürde*) ou a proteção de bens jurídicos individuais desses grupos, como interesses protegidos em segunda linha⁴⁸. Para alguns Autores, porventura este último até seria aquele que mais avulta no programa de proteção⁴⁹.

⁴⁵ Traduzimos somente a parte que interessa para o presente artigo: «§ 130 (Incitamento ao ódio) (1) Quem, de modo capaz de perturbar a paz pública: 1. incitar ao ódio contra segmentos da população ou apoiar medidas violentas ou arbitrárias contra eles; ou 2. ofender a dignidade humana de outros através de insultos, manobras maliciosas ou difamação de segmentos da população; será punido com pena de prisão de 3 meses a 5 anos. (2) Quem: 1. através de materiais escritos (§ 11 (3)) que incitem ao ódio contra segmentos da população ou um grupo nacional, racial ou religioso, ou um grupo caracterizado pelos seus costumes étnicos, que incitem a medidas violentas ou arbitrárias contra eles, ou que ofendam a dignidade humana de outrem através do insulto, de manobras maliciosas ou de difamação quanto a segmentos da população ou grupos previamente indicados, (a) disseminar esses materiais escritos; (b) apresentar publicamente, publicar, apresentar ou por qualquer outro modo tornar acessível; (c) oferecer, fornecer ou torná-los acessíveis a pessoa com idade inferior a 18 anos; ou (d) produzir, obter, fornecer, armazenar, oferecer, anunciar, encomendar, importar ou exportá-los, de modo a usá-los como cópias obtidas deles no sentido do previsto em (a) a (c) ou facilitar tal uso por outrem; ou (2) disseminar uma apresentação de conteúdo indicado no n.º 1 através da rádio, serviços de comunicação social ou de telecomunicação; será punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. (...)».

⁴⁶ Como o indicam MIEBACH/SCHÄFER, Rn 1, p. 532.

⁴⁷ Veja-se, com bastante interesse, o ac. do STJ de 5/7/2012, relatado por SANTOS CABRAL, Proc. n.º 48/12.2YREVR.S1, em que, no âmbito do cumprimento de um mandado de detenção europeu emitido por um tribunal alemão, o nosso mais alto Tribunal se pronunciou, para efeitos daquele instrumento de cooperação judiciária, pela similitude entre a incriminação do § 130 do *StGB* e o artigo 240.º do nosso CP, no que tange a um condenado, entre outros delitos, por negar o Holocausto e os crimes contra a Humanidade que lhe estão associados.

⁴⁸ *Inter alia*, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 2, p. 532.

⁴⁹ Assim, URS KINDHÄUSER/ULFRID NEUMANN/HANS-ULLRICH PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, 2. Auflage, Band 1, Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 523. Mais restritivo, entendendo que a dignidade humana só é protegida *qua tale* nos n.ºs 1, 2, n.º 2, 1, e n.º 4, KRISTIAN KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage, München: Beck, 2011, p. 688. Em sentido mais próximo deste último, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 3, p. 532.

No presente estudo somente dedicaremos atenção àqueles segmentos normativos germânicos que mais de perto contendem com a matéria proibida prevenida no nosso artigo 240.º

Antes de mais, porém, assinala-se uma diferença inicial: no Abs. 1, ao invés do Abs. 2, o legislador alemão erige, em primeira linha, como interesse digno de proteção criminal, a *paz pública* (*öffentlichen Frieden*)⁵⁰, o que não ocorre no homólogo português. Ela – a paz pública – é definida como «o estado de segurança jurídica geral, assim como o desejo de a população viver sob a proteção do ordenamento jurídico»⁵¹. O conceito deve compreender-se *em sentido abrangente*, apto a uma evocação direta aberta ou latente contra uma violência potencial em relação a certos segmentos populacionais, com a correspondente quebra de confiança na segurança jurídica e também toda a ação capaz de estimular o público no sentido de novos ataques⁵². A sua identificação como bem jurídico torna o crime previsto no Abs. 1 um delito de *perigo abstrato-concreto*, tanto mais que o bem jurídico exige que a conduta seja, em concreto, adequada a lesá-lo (e não apenas em abstrato), sendo que os critérios a ter em conta para essa prova dependem, em primeira linha, do *conteúdo* e da *intensidade* do ataque, podendo este último ser perpetrado por meios como o envio de mensagens escritas de telemóvel ou por correio eletrónico⁵³.

O crime p. e p. pelo artigo 240.º pode ser praticado por uma pessoa coletiva ou entidade equiparada (artigo 11.º, n.º 2).

M. Miguez Garcia⁵⁴ propõe, como hipótese analítica de todo o artigo 240.º, que o mesmo visa proteger situações presentes: provocar atos de violência; situações passadas: difamação, nomeadamente por negação de eventos históricos (nós, porém, entendemos que este segmento também pode ser no *presente*) e situações futuras, como a ameaça.

2. Uma brevíssima nota comparativa com outros ordenamentos jurídicos do nosso entorno cultural, para além das referências germânicas a que vimos lançando mão. O Código Penal francês é aparentemente mais extenso no conjunto de fatores que podem preencher o conceito de discriminação – sendo

⁵⁰ A título de exemplo, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 2, p. 532, mais à frente considerando que essa «paz pública» surge ligada à criação de um *clima de tolerância* e de um ambiente em que se possa viver livre de agitação, inimizade ou insegurança (Rn 16, p. 536).

⁵¹ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 2, p. 532: «(...) den Zustand der allgemeinen Rechtssicherheit als auch das Gefühl der Bevölkerung, im Schutz der Rechtsordnung zu leben (...)».

⁵² Assim a entendem, justamente, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 16, p. 536.

⁵³ Do mesmo modo, MIEBACH/SCHÄFER, Rn 7, p. 534 e bibliografia aí indicada; Rn 17, 18, p. 537, Rn 20, p. 538.

⁵⁴ *O Direito Penal passo a passo*, 1.º vol., Coimbra: Almedina, 2011, p. 416.

o mesmo passível de comissão, como entre nós, por pessoas singulares ou coletivas (ou entidades equiparadas)⁵⁵. Todavia, se atentarmos no artigo 225-2 daquela codificação, verificamos que a pena está associada somente a alguns dos comportamentos que em Portugal constituem contraordenação (*v. g.*, o não fornecimento de determinados bens ou serviços; discriminação laboral). É ainda de sublinhar que, de modo que em Portugal seria redundante, o monumento legislativo gaulês expressamente se refere ao problema do erro do tipo, ao aludir à característica real ou suposta da vítima (*in casu*, a pertença a uma dada religião). Em Itália rege o *decreto legge* de 26 abril de 1993, n.º 122, entretanto convertido na *legge* 205/1993 de 15 de junho de 1993, n.º 205.

C. Tipo-de-ilícito objetivo

I) N.º 1.

1. Começando pelos chamados «tipos de tipicidade» (Eduardo Correia), atendendo ao critério do bem jurídico, concordamos com Pinto de Albuquerque quando caracteriza o delito como de *perigo abstrato-concreto*, mas somente no que contende com o segmento típico do desenvolvimento de atividades (ou na participação nas mesmas – al. b), do n.º 1) de propaganda organizada, pois a mera fundação ou constituição de organizações deste jaez configura um *crime de perigo abstrato*⁵⁶. Assim, neste último, não se exige, para a respetiva consumação, que o bem jurídico, *in casu*, tenha estado, sequer, ameaçado de lesão. Atendendo à conduta, estamos perante um *crime de execução vinculada*, apenas punível a título doloso (na primeira modalidade não configuramos o dolo eventual, ao contrário da segunda – encorajamento às atividades descritas) e que no seu *modus aedificandi criminis* se aproxima, em grande medida, do delito de associação criminosa, p. e p. pelo artigo 299.^{o57}.

⁵⁵ Artigo 225-1 do CP francês: *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques [ou morales] à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.*

⁵⁶ Mesmo em face do § 130, 1 e 2, do StGB, não vemos como se possa caracterizar o crime como de *perigo abstrato*, ao exigir-se, no tipo objetivo, que as condutas descritas sejam aptas a perturbar a paz pública, erigida em bem jurídico protegido – ainda que não único – como o fazem, por exemplo, KINDHÄUSER, StGB, p. 524, e KÜHL, StGB Kommentar, p. 689, embora limitando a caracterização ao n.º 1.

⁵⁷ Por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *As «associações criminosas» no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, e, depois, no *Comentário Conimbricense...*, em anotação ao artigo 299.º do CP, t. II, pp. 1155-1174.

2. Assim, ao nível do tipo objetivo, pune-se quer aqueles que criem uma organização [al. a)], quer aqueles que a mesma se limitem a integrar [al. b)], desde que a organização tenha por finalidade, no que importa à matéria em estudo, «(...) desenvolver atividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua (...) religião». Note-se que o legislador exige uma certa *estabilidade* e algum *grau de funcionamento* dessa associação de pessoas e meios, pois só assim estaremos em face de uma *organização*, a que acresce a circunstância de não bastar o desenvolvimento de qualquer tipo de atividade propagandística, mas que a mesma seja organizada, o que deixa fora do tipo ações de cidadãos não integrados nessa organização ou que, mesmo estando-o, as não levem a cabo no âmbito de um plano anteriormente delineado em comum, de forma direta ou indireta, com os demais membros da organização.

Donde, o *elemento organizacional* faz parte integrante do tipo em uma *dupla direção*. Por outro lado, à semelhança do que já se discutiu bastante entre nós e fora de portas, para que se possa falar em «organização» é essencial a intervenção de, no mínimo, três pessoas (assim, o artigo 299.º, n.º 5). Se esse número baixasse para duas, toda a ação de um dos indivíduos estaria irremediavelmente ligada à do outro e vice-versa, motivo pelo qual faltaria o grau de disponibilização de meios materiais e humanos com vista à obtenção de um resultado vedado por lei, o que, na base, sempre caracteriza uma organização criminosa de qualquer tipo.

As atividades proibidas devem, pela sua natureza objetiva, ser suscetíveis a incitar «(...) à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua (...) religião». A *propaganda* consiste na defesa de uma determinada ideia, de um conceito, através da sua disseminação mais ou menos ampla, por forma a atingir um número mais ou menos amplo, à partida determinável ou não, de destinatários. A evolução histórica, *maxime* ao longo do passado século, tem atribuído à palavra uma carga negativa, associada à promoção de regimes autoritários, ditatoriais (de tipo fascista ou comunista), embora este não seja o único conteúdo possível do conceito. Todavia, é mesmo com um *sentido negativo* que o termo é aqui utilizado. Apesar de o nosso artigo 240.º não fazer referência a um critério de «adequação social», resulta de uma hermenêutica teleologicamente fundada e orientada para a proteção do bem jurídico identificado que os materiais físicos de propaganda só serão adequados a discriminar quando não visem «fins educativos, artísticos ou científicos, de investigação ou ensino, de descrição de eventos históricos ou fins semelhantes»⁵⁸.

⁵⁸ Utilizamos a formulação do § 83, 3, do *StGB*, que, em conformidade com a doutrina, comporta uma cláusula de *sozialen Adäquanz* para a qual o legislador expressamente remete no § 130, 6, do *StGB* – entre outros, KINDHÄUSER, *StGB*, p. 525, e KÜHL, *StBG Kommentar*, p. 696.

Por incitamento deve entender-se, *mutatis mutandis*, aquilo a que a teoria da participação reconduz à figura da instigação (artigo 26.º), ou seja, é necessário provar que foi a atividade daquela organização ou daquela propaganda organizada que, em si mesma, foi apta, do prisma da teoria da imputação objetiva, a conseguir algum dos resultados típicos. Essencial é ainda que se prove que o único – ou ao menos principal – motivo de atuação do agente sobre uma pessoa concreta ou um grupo de pessoas se prende com a pertença e/ou profissão de uma dada religião. Tal coloca intrincados problemas práticos de prova, pois este delito é também um *crime de intenção*, dado demandar acrescidas exigências em sede de tipo subjetivo, com o cortejo de problemas probatórios na aferição do motivo da conduta do agente. Nas palavras do BGH, *incitar ao ódio* significa «(...) uma influência duradoura sobre o significado e sentimentos dos outros, com o objetivo de produzir, para além da mera rejeição e do desprezo, também hostilidade ou o aumento de hostilidade contra partes relevantes da população»⁵⁹. De entre os exemplos desse incitamento ao ódio, continuando a recorrer à doutrina alemã, destaca-se a propaganda antissemita, nas suas múltiplas formas⁶⁰.

A *discriminação* consiste em toda a atividade, ativa ou omissiva, que resulte em um tratamento desigual de uma pessoa em relação a outra, apenas e tão-só porque esse indivíduo é portador de uma ou mais características de que o agente não gosta e que, por isso, entende como suficientemente forte para atribuir a esse ser humano – que tem de integrar a população nacional⁶¹, não se assumindo o preceito com uma vocação universalista – um tratamento de desfavor⁶². Tal comportamento humano pode traduzir-se em palavras, gestos,

⁵⁹ BGHSt 40, 97 [102]: «(...) nachhaltig auf Sinn und Gefühle anderer mit dem Ziel einzuwirken, eine über die bloße Ablehnung und Verachtung hinausgehende feindselige Haltung gegen die betreffenden Bevölkerungsteile zu erzeugen oder zu steigern.» Por outras palavras, em tradução mais livre, serão as ações «que atuam sobre os sentimentos ou o intelecto de outro e que são objetiva e subjetivamente apropriadas a gerar ou a incrementar um aumento emocional da simples rejeição, do desprezo ou atitude hostil contra uma parte relevante da população» («Unter Aufstacheln zum Hass ist ein Verhalten zu verstehen, dass auf die Gefühle oder den Intellekt eines anderen einwirkt und objektiv geeignet sowie subjektiv bestimmt ist, eine emotional gesteigerte, über die bloße Ablehnung oder Verachtung hinausgehende, feindselige Haltung gegen den betreffenden Bevölkerungsteil zu erzeugen oder zu verstärken.») – MIEBACH/SCHÄFER, Rn 28, p. 541.

⁶⁰ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 30, p. 542.

⁶¹ Salienta-o, corretamente, KINDHÄUSER, StGB, p. 526.

⁶² «(...) [O]s católicos, judeus, ciganos ou os negros, mas também os militares das Forças Armadas federais e os requerentes de asilo» foram já identificados pelo BGH como das principais vítimas de discriminação protegidas pelo tipo (BGHSt 16, 49 [56]). Inexplicavelmente, face à redação do § 130 do StGB, foi já considerado por um tribunal de Estugarda que as «organizações religiosas, na forma legal de pessoa jurídica» («(...) nicht dagegen Religionsgesellschaften in der Rechtsform der juristischen Person (...)), não podem ser ofendidas para este efeito (cf. KÜHL, StGB Kommentar, p. 690).

atos, omissões, em público ou em privado, no âmbito ou não do exercício de uma função, atividade ou poder (casos em que a pena pode ser elevada) de que o agente esteja investido. Existe uma plêiade muito significativa de fatores que podem subjazer à discriminação (sexo, orientação sexual, raça, cor, credo, religião, convicção política, ideológica, filosófica, etc.).

O *ódio* traduz-se em um sentimento de repulsa, de desejo de prejudicar outrem, de que essa pessoa venha a enfrentar desventuras na sua vida a variados níveis. Ora, como é evidente, partindo nós de um *Direito Penal do facto* e não sendo legítimo punir meras cogitações, é essencial que essa incitação ao ódio seja materializada em ações, escritos, gestos, por uma banda e, por outra, que estes sejam objetivamente aptos a provocar aquele sentimento de ódio.

Já a *violência* não é apenas física, podendo também ser psicológica, pelo que a lei abrange todas aquelas formas em que, p. ex., no quadro de uma relação laboral, a entidade patronal persegue, boicota, os esforços do trabalhador para desenvolver as funções que lhe estão destinadas, apenas porque esse indivíduo é portador de uma dada característica, *in casu*, a pertença a uma religião⁶³. Num bem conseguido resumo, «os atos de violência e as medidas arbitrárias são atos discriminatórios que contradizem os mandamentos básicos da Humanidade»⁶⁴. A pena estabelecida demonstra já estarmos perante um crime grave, atendendo ao limite máximo da moldura penal abstrata.

3. Cumpre sublinhar, agora, que a proteção dispensada a partes da população com base em características comuns ou internas como as religiosas, políticas, nacionais, étnicas, ráticas, ideológicas, económicas, sociais ou outras formas especiais que permitam separar determinadas pessoas em grupos *não está dependente* do número de indivíduos que partilhem dessas mesmas condições comuns⁶⁵. Dito de outro modo, inexistente uma exigência *quantitativa* de um número mínimo de seres humanos com essas características para que a proteção conferida pela norma possa funcionar (exceto, como é evidente, quando a lei *expressis verbis*, se refere a «grupos», como sucede, p. ex., no artigo 240.º, n.º 2). Exige-se, isso sim, que a pertença da pessoa a esse grupo e que essa característica que é objeto de discriminação dure por um certo período de tempo⁶⁶, o que bem se percebe, por razões de direito substantivo e até adjetivo, em sede de prova.

⁶³ Sobre o problema do *mobbing*, veja-se a referência que lhe fazemos e a doutrina que citámos em «Uma ponte luso-cabo-verdiana a propósito da “violência relacional íntima”», in: *Revista Direito & Cidadania* (no prelo).

⁶⁴ «Gewalt- und Willkürmassnahmen sind diskriminierende Handlungen, die den elementaren Geboten der Menschlichkeit widersprechen.» – MIEBACH/SCHÄFER, Rn 35, p. 543.

⁶⁵ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 22, p. 539, citando outros Autores.

⁶⁶ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 24, p. 540.

II) N.º 2, al. a).

1. Em geral sobre o artigo 240.º, n.º 2, à semelhança do que ocorre com o Abs. 2, do § 130 do *StGB*, está em causa a produção, oferta, difusão de material escrito que incite ou promova a discriminação, em especial através de todas as formas de telecomunicação, o que faz dele um tipo legal geral contra a discriminação (*Diskriminierungstatbestand*) entendido em uma «dimensão global»⁶⁷. O Abs. 2, Nr 1 é parte dos «crimes de divulgação de escritos» (*Schriftenverbreitungsdelikten*) e todo o Abs. 2⁶⁸, idêntica designação se podendo adotar para o preceito homólogo português. Ainda à semelhança do que se vem defendendo na Alemanha, os factos do n.º 2, do artigo 240.º podem ser praticados através de publicações na internet, ainda que os servidores estejam localizados fora do território nacional, desde que os respetivos sítios se encontrem acessíveis aos utilizadores nesse país⁶⁹.

Note-se que no Abs. 2, do § 130 do *StGB* já se não exige a aptidão do crime lesar a paz pública, o que também implica que os sujeitos protegidos pela incriminação não são apenas os residentes na Alemanha, mas populações estrangeiras⁷⁰.

Em qualquer um dos dois ordenamentos jurídicos deverá o intérprete privilegiar uma *análise objetiva*⁷¹ do que sejam condutas ativas ou omissivas discriminatórias, de ódio ou de violência, atendendo àquilo que a comunidade no seu conjunto percebe como tal. Os critérios subjetivos, atenta a especial conexão deste crime com aspetos essenciais da personalidade do ofendido, importam, quase sempre, uma tendência de hipervalorização da conduta do arguido, com a consequente possibilidade de criminalização de condutas eventualmente queridas pelo legislador como fora do âmbito aplicativo típico. Do mesmo modo, a *capacidade da ação discriminatória* «pode ser avaliada de forma diferente, dependendo do grupo afetado, incluindo o seu tamanho, a sua homogeneidade e a extensão da sua exclusão de facto no seio da população considerada como um todo»⁷².

2. Estamos em face, de novo, de um *crime de execução vinculada*, mas em que, ao contrário do n.º 1, se exige a *efetiva materialização de atos de violência* contra

⁶⁷ KINDHÄUSER, *StGB*, p. 526; MIEBACH/SCHÄFER, Rn 4, p. 533.

⁶⁸ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 9, p. 534.

⁶⁹ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 15, p. 536.

⁷⁰ KINDHÄUSER, *StGB*, p. 522.

⁷¹ Embora referindo-se somente a uma dimensão típica do § 130 do *StGB*, KINDHÄUSER, *StGB*, p. 522, alerta, justamente, para este cuidado.

⁷² Subscrevemos a posição de KÜHL, *StGB Kommentar*, p. 692: «(...) diese Eignung kann je nach der betroffenen Gruppe, namentlich ihrer Grösse, ihrer Homogenität und dem Ausmass ihrer faktischen Ausgrenzung aus der Gesamtbevölkerung unterschiedlich zu beurteilen sein (...)».

determinada pessoa ou grupo de pessoas por professarem uma determinada religião. Está em causa o *acesso ao meio público* pelo agente que, através de um instrumento especialmente destinado a uma divulgação o mais ampla possível de uma mensagem discriminatória, consegue, através dela, a efetivação desses mesmos atos. Donde, especial importância deve assinalar-se à imputação objetiva das ações tipicamente descritas no tipo e os resultados de violência física ou psicológica. Bem vistas as coisas, este é um tipo legal que alça à categoria de um delito autónomo o incitamento a outros delitos que se materializam em ofensas à integridade física (simples e qualificada), p. ex..

O que se deve entender por «escrito destinado a divulgação» não se acha definido no Código Penal, ao invés do que sucede no *StGB*, onde o § 11, 3 equipara ao «material escrito», os «meios audiovisuais [gravações sonoras e audiovisuais], os meios de armazenamento de dados, ilustrações e outras representações»⁷³, assim se abrangendo, p. ex., os desenhos e caricaturas. Julgamos que a expressão da nossa codificação vale com idêntica amplitude⁷⁴, tanto assim é que a revisão de 2007 ampliou o catálogo de meios de difusão das mensagens discriminatórias através do segmento «sistema informático destinado à divulgação». Não teria sentido que se previsse apenas a palavra escrita e não já o desenho, em todas as suas manifestações, as quais podem, tantas vezes mais do que a palavra, ser violadoras da igualdade erigida em bem jurídico protegido.

III) N.º 2, als. b) e c).

1. Estamos apenas e tão-só em face de um crime de injúria ou difamação qualificadas pela circunstância do *motivo*: discriminação de alguém em função da sua pertença religiosa⁷⁵. A idêntica conclusão chega a doutrina germânica em face de norma paralela, entendendo-as como formas mais graves de desrespeito do próprio «direito à existência» (*Existenzrecht*) dos grupos objeto de discriminação⁷⁶. O mesmo se digna quanto à al. c), mero tipo qualificado do crime de ameaça, p. e p. pelo artigo 153.º

⁷³ «Den Schriften stehen Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich (...)».

⁷⁴ Ao invés, se bem interpretamos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 648.

⁷⁵ «A expressão “formavam um grupo de uma seita religiosa” não é em si lesiva da honra e consideração dos componentes, *in casu*, da “Maná – Igreja Cristã”, já que dizer-se que alguém faz parte de uma seita religiosa mais não é do que identificar esse alguém por referência a uma doutrina ou sistema que se afasta da crença geral, isto é, no sentido de que esse alguém professa religião diversa da geralmente seguida.» (ac. do Tribunal da Relação do Porto – TRP – de 5/4/2000, Proc. n.º 0010241, disponível em <http://www.dgsi.pt>. Acedido em novembro de 2012).

⁷⁶ MIEBACH/SCHÄFER, Rn 15, p. 536.

Não apenas essa dimensão faz crescer a pena, por via de uma incrementada *ilicitude*, desde logo, mas também faz com que crimes que nas suas formas simples são particulares *stricto sensu* se transformem em delitos públicos. E isto na medida em que, não só, ou melhor, *mais do que* a ofensa a um bem jurídico individual, se vulnera um interesse de contornos *supraindividuais*, qual seja: *a garantia do livre exercício e manifestação das crenças religiosas de todo o cidadão*. Não é somente – ou em primeira linha – o concreto ofendido que importa reprimir, mas sobretudo transmitir à comunidade a mensagem de que as plurifacetadas manifestações da personalidade humana que, por certo, englobam a profissão ou não de uma crença religiosa, não autorizam obstáculos ilegais ao seu exercício.

Note-se, contudo, que não são meras afirmações de desprezo suficientes para o preenchimento do tipo⁷⁷, devendo elas ser aptas à violação do «*bem jurídico-base*» – a honra – nos mesmíssimos termos em que tal se exige nos artigos 180.º e 181.º, provando-se, assim – pois de um *crime de resultado* se trata – que o ofendido sentiu a injúria ou difamação como afetando essa dimensão da sua personalidade.

Uma das técnicas utilizadas nos chamados *hate crimes* já se acha recolhida nas alíneas em anotação, porquanto se criou um *específico tipo legal de delito* que tem por objeto a proteção da igualdade de todas as pessoas, assim se punindo a discriminação baseada numa dada característica específica do ofendido, que o identifica e aparta dos demais⁷⁸. O mesmo baseia-se na construção de um tipo legal de base e de um *plus* que o agrava, motivo pelo qual se fala em concurso aparente, na modalidade de especialidade, entre estes delitos e os crimes simples. Não se trata, julgamos, de uma mera agravação, desde logo porque até se altera a natureza processual penal dos delitos, atendendo ao princípio da oficialidade, os quais passam a ser públicos.

Donde, ao invés do que sucede no modelo típico dos *hate crimes*, não é somente numa agravação geral – para todos os crimes – ou específica – somente para alguns, identificados pelo legislador – que se poderá falar na existência de um crime de base, mas também em hipóteses como esta. O que significa,

⁷⁷ Em idêntico sentido, em face da disposição germânica, KINDHÄUSER, *StGB*, p. 520. Já serão típicas afirmações como «os judeus são sub-humanos», «que se gaseiem todos os negros que vivem num dado país» ou a comparação entre os requerentes de asilo e os porcos – exemplos citados pelo mesmo Autor, *ibidem*, p. 521.

⁷⁸ De entre uma plêiade já hoje inabarcável de pronunciamentos do TC a propósito do princípio da igualdade, é jurisprudência uniforme a de que «(...) igualdade não é igualitarismo, mas sim igualdade proporcional.», bem como de que «[o] princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio e da discriminação, só é (...) violado quando as medidas legislativas, contendo diferenciações de tratamento, se apresentem como arbitrárias, por carecerem de fundamento legal bastante.» – cf. ac. do TC n.º 65/91, de 9/4/1991, Proc. n.º 189/88, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

como é evidente, que inexistindo o crime de base, atenta a *relação simbiótica*, de mútua referência, entre este e a qualificação que o transforma em um novo tipo legal de delito, também se não achará preenchido o crime das als. b) ou c), do n.º 2, do artigo 240.º Do mesmo passo, as causas de não punibilidade das condutas descritas nos artigos 180.º, n.º 1, e 181.º, n.º 1, de entre elas a chamada *exceptio veritatis*, são aqui aplicáveis *in totum*.

2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), no confronto entre a *liberdade de expressão* e a *discriminação*, tem verificado os requisitos a que alude o artigo 10.º, n.º 2, da CEDH, exigindo que a *ingerência* esteja *prevista na lei*, que vise a *prosseção de fins legítimos* e que seja *necessária numa sociedade democrática*⁷⁹.

Neste último ponto, qualificando embora a liberdade de expressão como «um dos fundamentos essenciais de toda a sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um», protegendo até aquelas ideias que «ferem, chocam ou inquietam» (ac. *Handyside c. Reino Unido*, de 7/12/1976), o relevante é que essa ingerência corresponda a uma «necessidade social imperiosa», que seja proporcional ao fim legítimo perseguido e que os motivos fornecidos pelas autoridades nacionais para justificarem essa ingerência sejam pertinentes e suficientes (ac. *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26/4/1979), ponto em que essas mesmas autoridades gozam de uma «certa margem de apreciação»⁸⁰.

Já se entendeu⁸¹, *v. g.*, que a distribuição de material de propaganda eleitoral, na Bélgica, por um partido nacionalista de direita que apelava à discriminação e à xenofobia, podia ser – como foi – validamente interdita pelos órgãos nacionais competentes, apesar de se valorizar a liberdade de atuação política, porquanto a mesma colidia com a dignidade e o respeito de camadas da população. Mais ainda, o TEDH reconheceu que o incitamento à discriminação não tem necessariamente de se materializar em atos de violência. Na mesma linha, no recente ac. *Vejdeland e outros c. Suécia*⁸², o Tribunal julgou que a distribuição, não solicitada, de panfletos, nos cacifos dos estudantes de uma escola secundária

⁷⁹ Para uma análise da jurisprudência desse Tribunal na matéria específica da liberdade religiosa, YADH BEM ACHOUR, *La Cour européenne des droits de l'Homme et la liberté de religion*, Paris: Ed. A. Pedone, 2005. Com interesse, entre nós, SARA GUERREIRO, *As fronteiras da tolerância. Liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Coimbra: Almedina, pp. 105–266.

⁸⁰ Seguimos de muito perto a fundamentação do ac. *Féret c. Bélgica*, de 16/7/2009, Proc. n.º 15615/07.

⁸¹ Ac. *Féret c. Bélgica*, de 16/7/2009, Proc. n.º 15615/07, disponível em <http://www.echr.coe.int/echr/>. Todos os arestos do TEDH citados foram consultados neste sítio.

⁸² De 9/2/2012, Proc. n.º 1813/07.

sueca, em que se defendia que o sistema de ensino daquele país favorecia a homossexualidade e que não advertia os jovens para as respetivas «consequências negativas», não se continha dentro do exercício legítimo da liberdade de expressão do artigo 10.º, n.º 1, da CEDH, e que justificava o julgamento e a condenação, no Estado-Parte, por um crime de «agitação contra um grupo nacional ou étnico». Como no aresto anteriormente citado, de novo o TEDH sublinhou que se não exige que o *hate speech*⁸³ se traduza em atos de violência e lembrou que a «discriminação baseada na orientação sexual é tão grave quanto a discriminação baseada na “raça, origem ou cor”», citando, *inter alia*, o ac. *Smith e Grady c. Reino Unido*⁸⁴. Um terceiro aresto importante foi o ac. *Dink c. Turquia*⁸⁵, em que o TEDH reconheceu que os Estados têm deveres positivos de proteção dos cidadãos no domínio dos direitos fundamentais prescritos na CEDH e julgou haver violação da liberdade de expressão quando um diretor de um jornal turco, entretanto morto por tal facto, expôs a sua opinião sobre «a questão da identidade dos cidadãos turcos de origem arménia», de tal modo que foi julgado e condenado por denegrir a «turquicidade», *i. e.*, a «identidade turca» (*Türklük*; desde o Código Penal de 2005 daquele país faz-se referência à «nação turca»), em contradição com parecer pedido a professores universitários turcos de Direito. O Tribunal entendeu que os escritos não incitavam ao uso da violência nem à resistência armada, ao invés do julgado pelos órgãos jurisdicionais da Turquia, inserindo-se no processo de «busca da liberdade histórica» que o TEDH entende como parte da «liberdade de expressão». Donde, a condenação penal de Firat Dink constituiu uma violação do artigo 10.º, n.º 1, da CEDH.

Em sentido próximo, veja-se ainda o ac. *Başkaya e Okçuoğlu c. Turquia*⁸⁶, a propósito de um livro escrito por um professor universitário em que analisava a evolução sociopolítica da Turquia e manifestava uma posição crítica quanto a

⁸³ Sobre a urgência em não restringir mais ainda a liberdade de expressão, ainda que haja exageros na sua formulação externa, *vide* a Recomendação 1510(2006), da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, adotada em 28/6/2006.

⁸⁴ Tanto assim é que, no decurso dos trabalhos de revisão tipográfica deste artigo, o TEDH, através da sua Grande Câmara, em 19/2/2013, no ac. *X e outros c. Áustria* (Proc. n.º 19010/07), por maioria, considerou existir violação do artigo 14.º da CEDH (proibição de discriminação), conjugado com o artigo 8.º (direito ao respeito à privacidade e à vida familiar), no caso em que a lei vedava a um par de companheiros do mesmo sexo o direito à adoção de filhos do outro companheiro, quando comparado com o direito existente se se tratassem de pessoas de sexos diferentes. Tratava-se de duas mulheres austríacas que viviam em união de facto estável uma com a outra e em que uma delas pretendia adotar de forma próxima do que entre nós seria uma “adoção restrita” (artigos 1992.º, ss., do Código Civil), o filho da outra. O TEDH entendeu que a proibição legal austríaca se baseava na orientação sexual do adotante.

⁸⁵ De 14/9/2010, Procs. n.ºs 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 e 7124/09.

⁸⁶ De 8/7/1999 (Procs. n.ºs 23536/94 e 24408/94).

vários aspetos, entre eles a dita «questão curda»⁸⁷. O TEDH condenou o Estado turco por haver julgado procedente a acusação de separatismo por parte dos requerentes, tendo-a por desproporcionada e desnecessária numa sociedade democrática, uma vez mais valorizando a liberdade de expressão. Merece ainda destaque, em nosso parecer, no confronto entre a liberdade de expressão e a eventual negação de acontecimentos históricos abomináveis, como o Holocausto, o ac. *Lehideux e Isorni c. França*⁸⁸. *Bref*, estava em causa a publicação, num jornal diário francês de circulação nacional, de uma página publicitária em que se enalteciam feitos do Marechal Pétain, na sequência do que ficou conhecido na História como a tática do «jogo duplo» (*double jeu*), embora sem se negar diretamente a participação daquele político no extermínio de judeus e de outras minorias, mas omitindo factos relativos à atuação de Pétain, factos esses dados como provados pelo tribunal gaulês que condenou à morte o assim julgado «colaboracionista». O TEDH considerou – e bem, segundo cremos – que a condenação dos requerentes por um delito de apologia a um crime ou apoio público a um delito era desnecessária e desproporcionada numa sociedade democrática, em face dos concretos aspetos provados.

Numa recente decisão, a Grande Câmara do TEDH⁸⁹ entendeu que não violava a já referida «margem de apreciação dos Estados» a proibição de afixar cartazes do movimento *Raelian*, na Suíça, o qual defende contactos com extraterrestres e o estabelecimento de boas relações com eles, afirmando-se como uma convicção religiosa que, para as autoridades suíças, todavia, foram tidas como uma «perigosa seita». Entendeu-se que a ordem pública poderia estar em causa, na medida em que o sítio *web* da associação, inscrito nos cartazes, fazia menções a ideias que podiam estar conexiões com práticas ilícitas como a pedofilia. Porém, como o TEDH acabou por reconhecer, nenhuma destas alegações foi provada. Não obstante, estribando-se na circunstância de que as autoridades nacionais se encontram mais próximas da análise completa da questão, e sublinhando a razoabilidade da argumentação das autoridades – administrativas e judiciais – da Suíça, entendeu-se não ter havido violação do artigo 10.º da CEDH. Paulo Pinto de Albuquerque, no seu voto de vencido, depois de recordar – como o fez o aresto – a novidade da *fattispecie* na jurisprudência daquele Tribunal, porquanto está em causa a utilização do espaço público

⁸⁷ Ainda sobre a matéria, estando em causa a apreensão de livros em que a questão era tratada de forma contrária à «visão oficial» do problema, *vide* o ac. do TEDH *Polat c. Turquia*, de 8/7/1999 (Proc. n.º 23500/94), concluindo pela existência de violação do artigo 10.º da CEDH.

⁸⁸ De 23/9/1998 (Proc. n.º 55/1997/839/1045).

⁸⁹ Ac. *Movimento Raelien Suíça c. Suíça*, de 13/7/2012, Proc. n.º 16354/06. A decisão foi tirada por 9 votos a favor e 8 contra.

como forma de disseminar mensagens de uma associação de cariz religioso (para nós, mais propriamente, «para-religioso»), lembra, pertinentemente que «o propósito essencial do artigo 10.º da Convenção é o de impedir o Estado de assumir o papel de guardião da verdade e de prescrever o que é ortodoxo em matéria de opinião». Acresce que, pela súmula das razões identificadas nesse voto de vencido, nos persuadimos da maior bondade da posição do juiz português.

Retornando à legislação portuguesa, há uma resolução direta, na lei, da colisão entre o direito à liberdade de expressão e o direito à integridade pessoal e à igualdade⁹⁰ – o problema do *hate speech*, definido como «(...) recobrando todas as formas de expressão que espalham, incitam, promovem ou justificam o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de ódio baseado na intolerância (...): Recomendação n.º R (97) 20, do Comité de Ministros do Conselho da Europa⁹¹.

Por fim, assinala-se que, embora se compreenda o escopo, a adoção de instrumentos legislativos em que se preveja no âmbito material do conceito a dita «discriminação múltipla» – aquela em que, na mesma factualidade coexistem mais do que um fator, como a idade e a crença religiosa, p. ex. – nos parece redundante, por já resultar de uma correta aplicação das hodiernas *fattispecies*, em especial penais⁹².

⁹⁰ Em sentido próximo, em face do § 130 I Nr 2 do *StGB*, KÜHL, *StGB Kommentar*, p. 691.

⁹¹ De 30/10/1997, sobre o «discurso de ódio». De jeito mais completo, «o termo «discurso de ódio» deve ser entendido como incluindo qualquer forma de expressão que propague, incite, promova ou justifique o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de ódio fundadas na intolerância, incluindo a discriminação e a hostilidade para com as minorias. Para os efeitos da presente Recomendação, o termo «discurso de ódio» pretende referir-se a formas de expressão motivadas pelo ódio, seja qual for o modo de expressão utilizado, incluindo a *Internet* e quaisquer outros novos meios de comunicação.» – cf. Recomendação CM/Rec(2010)5 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de género, de 31/3/2010, disponível em <http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/EM-PORTUGAL.pdf>. Da Assembleia Parlamentar da mesma organização internacional, cf. a Recomendação 1804 (2007), de 29/6/2007, recomendando ao Comité de Ministros que adote as medidas necessárias a «(...) remover da legislação, se tal for a vontade popular, elementos que possam ser discriminatórios do ponto de vista do pluralismo religioso democrático» (disponível em <http://assembly.coe.int>).

⁹² Ao invés, todavia, assim o não entende o Parlamento Europeu (PE) que, no âmbito do procedimento legislativo tendente à adoção de uma nova diretiva sobre o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, defende a expressa previsão da «discriminação múltipla» – resolução legislativa do PE de 2/4/2009 (*JOUE*, C 137, de 27/5/2010), a propósito da proposta do Conselho de 2/7/2008 (COM(2008) 426).

D. *Tipo-de-ilícito subjetivo*

No n.º 2, do artigo 240.º, ao invés do n.º 1, estamos perante *delitos de intenção* (*Absichtdelikte*), porquanto se exige um elemento subjetivo especial, qual seja, a atuação «(...) com a intenção de incitar à discriminação (...) religiosa (...) ou de a encorajar (...)». Se bem vemos as coisas, todavia, este elemento que acresce aos normais constituintes do tipo-de-ilícito subjetivo do dolo, ao menos na constelação típica recolhida na al. a), do n.º 2, acaba por não fazer grande sentido. De facto, levar a que outrem, por via do incitamento do agente, pratique atos de violência sobre o ofendido com base na pertença deste a uma religião, não se vê como possa ser conseguido de outro modo que não seja através da intenção expressamente prevenida no tipo. Dito por outras palavras, temos esta menção por *redundante*, se não em todas as alíneas do n.º 2, pelo menos na sua al. a), uma vez que a própria natureza típica das ações aí descritas importa esse elemento subjetivo especial autonomizado.

E. *Concurso*

Neste ponto, somente umas nótulas esparsas para sublinhar que os atos de violência a que alude a al. a), do n.º 2, do artigo 240.º se encontram em relação de concurso efetivo com o crime nela prevenido, porquanto foi intenção expressa do legislador punir, de modo autónomo, a ação de provocação à violência e a perpetração desta *qua tale*. Trata-se de juízos de desvalor distintos, do prisma da ilicitude, reclamando, pois, uma acumulação criminosa.

No que tange às als. b) e c), do mesmo número, cremos, ao contrário de alguns Autores⁹³, estar-se em face de um mero *concurso aparente* com os delitos de difamação, injúria ou ameaça, na modalidade de *especialidade*. Na verdade, de jeito congruente com o que já escrevemos *supra*, entendemos os tipos-de-delito contidos nessas alíneas como meras especificações de um «crime-base» em que a ofensa à honra ou à liberdade apenas tem um motivo diverso: a circunstância de se professar um dado credo ou religião. Não vemos, por conseguinte, como acrescentar dois conteúdos de ilicitude num concurso efetivo. A *intentio legis* foi, exatamente, a de reforçar a tutela já consagrada por aqueles delitos que são afastados por via das factualidades típicas agora presentes no artigo 240.º, apenas e tão-só porque mais próximas da realidade.

Do mesmo passo, embora em uma outra direção, o artigo 240.º consome o delito de instigação pública a um crime.

⁹³ MARIA JOÃO ANTUNES, «Anotação ao artigo 240.º do CP», p. 577. Em sentido que temos por próximo do defendido em texto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 648.

F. Incapacidades eleitorais

A condenação pelo delito p. e p. pelo artigo 240.º conduz a uma incapacidade eleitoral ativa e passiva para os cargos aí identificados ou para ser jurado, por um período de 2 a 10 anos, «atenta a gravidade concreta do facto e a sua projeção na idoneidade cívica do agente» (artigo 246.º). Significa isto que, embora sempre mediado por um juízo do magistrado, ao menos em abstrato o legislador não pretende – e bem – que os titulares de órgãos de soberania, de uma instituição da União Europeia (Parlamento Europeu), de órgãos próprios de governo das Regiões Autónomas e das autarquias locais sejam pessoas que hajam exteriorizado condutas discriminatórias. Visa-se que a espiral seja quebrada, ou seja, seria expectável que, *maxime* aqueles que exercem a função legislativa, pudessem aprovar normas elas próprias discriminatórias, em contradição com o crime que originou a aplicação da pena principal.

G. Alguns aspetos de direito processual penal

1. A constituição como assistente das associações indicadas na Lei n.º 20/96, de 6 de julho não se aplica à discriminação por motivos religiosos, mas somente por atitudes «discriminatórias em razão de raça ou de nacionalidade» (n.º 1, do artigo único).

Não compreendemos porque não se alargou o âmbito de aplicação desta Lei também ao tema de que tratamos. Na verdade, estamos, de idêntico modo, em face de atitudes em que se pune um dado crime com uma motivação específica, que faz o arguido eleger o ofendido em função de uma sua característica ou da sua pertença a um determinado grupo, neste caso, religioso. Onde é a mesma *ratio legis*, o mesmo deveria ter sido o tratamento legislativo. Nem se diga, por outro lado, que dificilmente se identificariam essas pessoas coletivas admitidas a intervir em processo penal, já que a LLR prevê a criação de um Registo de Pessoas Coletivas Religiosas e todo o procedimento para a constituição como tal acha-se prevenido nessa mesma Lei. Acresce, por outro lado, que não seriam apenas as associações religiosas aquelas que poderiam aceder a este estatuto processual, mas todas aquelas que visassem, no seu objeto social, a luta contra formas de discriminação de entre as quais constasse, expressamente, a religiosa, pois somos sensíveis ao argumento – bem fundado – do entorpecimento processual que adviria de uma exagerada e injustificada abertura à constituição como assistente, ademais livre do pagamento da taxa de justiça a que alude o artigo 519.º do Código de Processo Penal (CPP) – cf. n.º 2, do artigo único da citada Lei n.º 20/96. Por fim, também se não divisam particulares dificuldades em termos de aumento de conflitualidade social que derivassem da admissão

desses entes coletivos como titulares dessa faculdade. Ao menos não mais do que ocorre quando uma associação que luta contra a discriminação religiosa é assistente em processo penal de um ofendido membro de uma comunidade maioritária e em que aí – e bem – o legislador não atribuiu relevo a um eventual aumento de tensões sociais da parte da comunidade maioritária. Pronunciamos-nos, nestes termos, *de iure condendo*, favoráveis à extensão da faculdade em estudo à discriminação que se baseie em motivos religiosos.

2. Um outro problema que tem suscitado dissenso jurisprudencial, este sim já contendente com a discriminação religiosa, consiste em saber se o ofendido em um crime do artigo 240.º se pode ou não constituir assistente⁹⁴.

É por demais sabido que, como regra, nos delitos públicos como este, estando em causa um interesse do Estado, supraindividual, esta faculdade é habitualmente negada, por interpretação do artigo 68.º, n.º 1, al. a), do CPP. Todavia, também se não ignora que a inserção sistemática de um artigo, assim como a sua caracterização como público, atento o princípio da oficialidade, se não acha «inscrito na natureza das coisas» e convoca, isso sim, o intérprete e aplicador a um específico trabalho de análise do tipo, em especial da natureza do bem jurídico.

De facto, sucede amiudadas vezes que crimes públicos existem em que, para além de uma dimensão de tipo coletivo, com a mesma importância – ou próxima – se desenha um interesse digno de tutela penal do específico ofendido que, assim, deve ser admitido na veste processual de assistente do Ministério Público. E isto não por «magnificência» do Estado, mas pela titularidade de um *direito próprio*, porquanto, aquando do desenho típico, terá sido intenção legislativa fazer reverter (também) para o concreto ofendido uma parte da titularidade do interesse afetado pelo facto do crime. Aliás, a nossa jurisprudência tem vindo a alargar o «catálogo» de delitos públicos em que se admite a constituição de assistente⁹⁵.

É nossa opinião que o artigo 240.º configura exatamente um desses casos, visto que, pela sua própria natureza, é um interesse *também pessoal*, atinente a aspetos basilares da personalidade humana e do seu livre desenvolvimento

⁹⁴ Em sentido favorável a essa constituição pronunciou-se o ac. do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 18/7/1996 (Proc. n.º 0081825), ao passo que no ac. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 17/6/1998 (Proc. n.º 98P217), fez vencimento a opinião desfavorável (decisões disponíveis em <http://www.dgsi.pt>).

⁹⁵ Entre tantos exemplos, assim foi no tocante ao crime de falsificação de documentos (artigo 256.º), em acórdão uniformizador n.º 1/2003, *Diário da República*, I série A, de 27/2/2003, ou ao delito de denúncia caluniosa (artigo 365.º) – ac. n.º 8/2006, *Diário da República*, I série, de 28/11/2006.

que se protegem, ademais do princípio da igualdade de que o Estado é guardião. A existência de uma legitimidade diríamos *extraordinária*, prevista na Lei n.º 20/96, de 6 de julho não pode, de forma alguma, ser vista como *legitimidade substitutiva* da do respetivo ofendido, mas sim, ao invés, como *mais um* mecanismo de tutela do bem jurídico, ao lado daquela que esse mesmo ofendido pode ajudar a prestar enquanto sujeito processual. Por fim, não deixa de nos parecer uma conceção algo paternalista do Estado a circunstância de se vedar ao ofendido uma participação mais ativa em um delito que já esteve historicamente localizado, do prisma sistemático, nos crimes contra a paz e a humanidade e que, hoje, mesmo o não estando, contende, por certo, com interesses de cariz universal, dado que todos os ordenamentos jurídicos democráticos se acham unidos por uma vontade comum em combater a discriminação. Disso mesmo são prova os numerosos instrumentos de Direito Internacional Público, o direito originário e derivado da União Europeia e, até, em uma outra direção, a constituição do Tribunal Penal Internacional e de outros Tribunais Internacionais *ad hoc*. Não podemos esquecer que o genocídio participa, na sua base, do mesmo húmus discriminatório – ressalvadas as devidas diferenças, qualitativas e quantitativas – do artigo 240.º

3. Assinale-se, a rematar este ponto, que pela prática de um crime de discriminação (religiosa) pode haver a intervenção do tribunal do júri (artigo 13.º, n.º 1, do CPP). Relembre-se, ainda, o caráter absoluto do segredo religioso, o qual não admite o incidente processual regulado no artigo 135.º do CPP (v. n.ºs 1 e 5), em conformidade com o artigo 15.º, n.º 2, da LLR e, para o segredo religioso católico, o artigo 5.º da Concordata entre a República Portuguesa e a Santa Sé⁹⁶.

4. A finalizar

Intervir em aspetos tão internos da personalidade humana e tão caracterizadores da individualidade de cada um deve sempre importar do ramo sancionatório mais forte do ordenamento cuidados acrescidos. Não se pretende um mero Direito Penal simbólico, mas também se não deseja que, sob a respeitabilidade da garantia de direitos fundamentais, o Direito acabe por ser uma legitimação de uma dada religião ou cosmovisão. Assim se não passa, por regra, nas sociedades democráticas em que a nossa se inclui, mas serve a

⁹⁶ Assinada em 18/5/2004, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 74/2004, de 16/11.

advertência para concluir pela absoluta essencialidade de uma intervenção criminal ainda mais de *ultima ratio*.

Do percurso trilhado conclui-se que, como não poderia deixar de ser, o Direito Criminal previu um amplo programa protetor da liberdade de religião, de crença e de culto constitucionalmente garantida e que abrange as suas dimensões individual (interna) e coletiva (externa). O essencial passa por garantir que um dos atributos mais profundos da personalidade humana – a existência ou não de ligação com a vida religiosa ou espiritual – não seja ilicitamente estorvada, seja nas suas manifestações externas dentro dos ditames da lei, seja naquilo que de mais subliminar pode existir: no colocar de parte, no prejudicar aspetos concretos da vida de quem deseja ou não uma vivência de cariz religioso. E tanto mais quanto «democracia e religião não precisam de ser incompatíveis; muito pelo contrário. A democracia provou ser o melhor sistema para a liberdade de consciência, para o exercício da fé e do pluralismo religioso. Por seu turno, a religião, por intermédio dos seus compromissos morais e éticos, dos valores que defende, pela sua visão crítica e pela sua expressão cultural, pode ser um parceiro válido de uma sociedade democrática»⁹⁷. Ponto é que – digamo-lo abertamente – a religião não seja usada como pretexto para violar os bens jurídicos fundamentais, do mesmo modo que a pertença a uma dada raça, cor, etnia⁹⁸, sexo ou orientação sexual, entre outros fatores. Há, pois, limites para uma hoje apregoada «multiculturalidade» que serve de capote ao puro desrespeito da lei e que, por isso, nem merece esse epíteto.

Donde, partindo-se da liberdade religiosa *lato sensu*, a sua concretização em bens jurídicos como a liberdade, a honra, a integridade física, a vida, é evitada do desiderato nuclear de conferir a uma característica da personalidade humana uma proteção apta a impedir que, por via dessa mesma característica, o concreto portador seja apartado do convívio humano ou, de outra forma, sofra se e na medida em que professa ou não uma religião. Assinalámos, pois, a ligação ao pensamento basilar dos *hate crimes* ou *bias-motivated offences*.

Focando a atenção no delito de discriminação religiosa (artigo 240.º), concluiu-se pelo seu perfeito cabimento político-criminal e, em regra, pela justeza das soluções que apresenta, não sem se terem apontado alguns aspetos

⁹⁷ Recomendação 1396(1999), da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, adotada em 27/1/1999.

⁹⁸ Como bem decidiu a Relação do Porto, no Proc. n.º 297/11.0JAPRT.P1, de 17/10/2012, relatado por Melo Lima, «o facto de a idade núbil, pelos costumes da etnia cigana, ser mais baixa que a prevista na lei civil não interfere com a previsão da lei penal ao punir quem logra obter relacionamento sexual com menor de 14 anos, explorando e/ou aproveitando a sua inexperiência e a sua debilidade intelectual (art. 173.º do CP)».

carecidos da constante melhoria que o diálogo entre o legislador, o intérprete e o aplicador da lei sempre proporciona. Diga-se, aliás, que as molduras penais do artigo 240.º são das mais elevadas dos ordenamentos jurídicos mais próximos, em especial no que tange às factuais abrangidas pelo n.º 2⁹⁹, o que não é, de todo, sinónimo de um combate mais eficaz ao delito, mas demonstra, pelo menos, uma aposta real do legislador em contrariar a matéria da proibição.

Em especial no que tange à conexão deste crime ao direito adjetivo, é de defender a possibilidade de constituição como assistente do ofendido, assim como, em sede de legitimidade «extraordinária», de associações cujo objeto social é a luta contra a discriminação (Lei n.º 20/96, de 6 de julho), não se compreende como ainda não foram as várias religiões admitidas, também, a essa intervenção como sujeitos processuais. São dois aspetos em relação aos quais nos manifestamos abertamente favoráveis.

Terminamos com uma interrogação, a qual tem sempre cabimento num artigo jurídico. Sabe-se que, p. ex. em França ou em Espanha (cf. os artigos 551 e 552 do CP deste último Estado), certas ações e omissões que entre nós são tratadas como contraordenações (discriminação no acesso a bens e serviços fundamentais) passaram à categoria de crimes. Deveria este ser o percurso também trilhado por Portugal? É certo que as matérias em causa bolem com interesses importantes na vida prática dos cidadãos a que, porventura, a tutela contraordenacional possa não dar resposta adequada e suficiente. Todavia – e sem prejuízo de estudo mais aprofundado – estamos em crer que a criminalização dessas condutas levaria a uma ainda maior expansão do Direito Penal

⁹⁹ A *legge* 205/1993, de 25/6/1993, n.º 205, já citada, prevê, para factuais próximas do nosso artigo 240.º, n.º 1, penas de prisão até 3 anos, de 6 meses a 4 anos, ou de 1 a 6 anos, respetivamente, nas hipóteses de incitar a cometer ou cometer atos de discriminação por motivos religiosos; «de qualquer modo, incitar a cometer ou cometer violência ou atos de provocação à violência por motivos religiosos»; e quem promover ou dirigir uma organização, associação, movimento ou grupo que «tenha por escopo próprio o incitamento à discriminação ou à violência por motivos (...) religiosos». A simples participação ou assistência a essa organização é punida, enquanto tal, com pena de prisão de 6 meses a 4 anos. Também se prevê a possibilidade de o juiz aplicar sanção acessória de prestação de trabalho a favor da comunidade (a desenvolver no máximo durante 12 semanas), entrar a uma dada hora na habitação e só dela sair a uma outra hora pré-fixada, para se evitar que esteja em outros locais em períodos em que se prevê que mais facilmente o agente possa desenvolver as atividades discriminatórias, por um lapso temporal máximo de um ano, suspensão do título habilitador de condução, de passaporte ou documento de identificação também pelo mesmo período, assim como proibição de uso e porte de arma, proibição de participar, «de qualquer forma, em atividades de propaganda eleitoral para eleições políticas ou administrativas», por um período não inferior a 3 anos. Quem, em reunião pública, ou manifestação, utilizar símbolos relacionados com essa forma de discriminação é punido com prisão até 3 anos e multa (artigo 2, n.º 1, da *legge*). Há ainda medidas específicas em sede de revistas e buscas (artigo 5).

a factuais que, em geral, encontram uma resposta satisfatória no ilícito contraordenacional. Não apenas temos dificuldades em divisar um verdadeiro bem jurídico-criminal em tais hipóteses, como entendemos que, também na prática, às sociedades comerciais fornecedoras de gás, eletricidade, água, etc., a prevenção geral de uma coima elevada é suficiente e adequada a garantir os direitos dos ofendidos e a evitar a reincidência.

O atual procedimento legislativo na UE tendente à aprovação de uma diretiva neste domínio, ao estabelecer, na proposta do Conselho, que «[a]s sanções podem compreender o pagamento de indemnizações (...)»¹⁰⁰, parece militar no sentido que advogamos.

Porto, novembro de 2012.

¹⁰⁰ Artigo 14.º da proposta de diretiva do Conselho, já citada, COM(2008) 426, de 2/7/2008, o qual, no que é dito em texto, se mantém na resolução do PE de 2/4/2009 sobre a matéria, igualmente referida *supra*.

*As constituições económicas portuguesa e espanhola em perspectiva comparada: transição democrática e abertura relativa dos sistemas económicos ibéricos**

DR. ANTÓNIO BAPTISTA

SUMÁRIO: Introdução. O contexto histórico da Constituição portuguesa. A Constituição de 1976 antes das revisões constitucionais. A Constituição económica formal em 1976. Constituição económica formal e direitos fundamentais: a articulação necessária. O Direito de propriedade e a iniciativa privada. Normas programáticas e direitos económicos e sociais “sob reserva do possível”. As revisões constitucionais de 1982 e 1989 e a Constituição económica actual. A Constituição económica espanhola. Direitos fundamentais com relevância económica. O artigo 38.º e a abertura relativa da Constituição aos vários sistemas económicos. Os direitos sociais fora do catálogo: o seu significado, valor e eficácia. Conclusões. Bibliografia.

Introdução

O presente texto pretende comparar a regulação constitucional da ordem económica em dois países, Portugal e Espanha. Esta comparação, contudo, apresenta algumas peculiaridades. Atendendo às modificações substanciais do conteúdo económico da Constituição portuguesa, particularmente salientes depois da revisão constitucional de 1989, por oposição à estabilidade da Constituição espanhola, achou-se que seria relevante acompanhar o processo, também a partir de uma perspectiva comparativa, do articulado constitucional português relativo à matéria económica desde a sua versão original até ao seu formato mais actual, com especial ênfase na reforma de 1989.

Do ponto de vista metodológico, há que assinalar, por um lado, que neste trabalho se optou por fazer preceder a descrição e análise do conteúdo propriamente jurídico dos textos constitucionais de um enquadramento da

* O presente texto está redigido segundo as regras anteriores ao Acordo Ortográfico.

Constituição na sua época, fazendo um brevíssimo excursus histórico sobre os precedentes imediatos da Constituição e as especificidades da situação política que no momento constituinte terão influído sobre os textos constitucionais. Crê-se que esta escolha não será de todo inútil, muito menos prejudicial, à pretensão comparativista. Note-se que as constituições ibéricas, ambas, são constituições que marcam e são marcadas por processos de transição política muito próximos do ponto de vista histórico e é notória a influência do primeiro processo de transição (o português) sobre o segundo. No entanto, faz-se mister chamar a atenção para o facto de que os dois processos, se bem que próximos física e cronologicamente, apresentaram características muito diversas, quando não opostas, como desde cedo foi ressaltado por inúmeros cientistas políticos. Ora, partindo-se do princípio de que os processos políticos (e as forças sociais e políticas que nele se movem), sobretudo em momentos especiais, como os de transição de regime político ou económico, marcam profundamente toda a produção jurídica que lhes é contemporânea, ou que deles decorre, entendeu-se que seria uma falha não contextualizar os textos constitucionais, ainda que minimamente, na época histórica respectiva e no ambiente político específico que o ajudou a tomar a forma que tomou.

Por outro lado, destaca-se ainda o facto de se ter tomado como objecto do trabalho, não a análise das constituições económicas num sentido muito estrito, mas antes toda a regulação constitucional da ordem económica que apresente relevância especial ou suficiente. Considerou-se, para esse efeito, digno e pertinente para análise, não apenas os princípios directa e expressamente identificados com a organização económica do Estado (que, no caso português, correspondem à parte segunda da Constituição), mas também princípios fundamentais da organização do Estado (de natureza mais genérica, por natureza) e ainda alguns direitos fundamentais particularmente pertinentes para entender que regimes económicos são delineados pelas respectivas constituições (mais concretamente, e por exemplo, que relações podem existir, ou, pelo contrário, estão excluídas pelo texto constitucional, entre acção económica privada e pública). Na medida do possível, tentou-se dar uma visão globalmente coerente e articulada das normas constitucionais, independentemente da sua natureza jurídica. Esta opção assenta em dois fundamentos.

Em primeiro lugar, seria difícil, senão impossível, proceder a uma análise correcta, e muito menos completa, do texto constitucional espanhol, se se procurasse delimitar o estudo da sua ordem económica constitucional fazendo uso exclusivamente do disposto nos chamados “princípios directivos da política social e económica”. Como fazem questão de sublinhar os juristas espanhóis, muitos dos artigos relevantes para entender o que é a verdadeira e material Constituição não se encontram neste capítulo (que é o que mais se aproxima de

uma Constituição económica formal no texto espanhol), mas antes dispersos por todo o texto. Em particular, aliás, como se verá no devido momento, o artigo provavelmente mais importante da ordem económica constitucional espanhola (artigo 38.º) está contido no catálogo dos direitos fundamentais, sem que os constitucionalistas espanhóis que se ocupam de matéria económica se incomodem com tal facto. Não se trata aqui, porém, de querer seguir comodamente a posição da doutrina espanhola: simplesmente, esta parece ser a única via que permite dar inteligibilidade à Constituição económica material espanhola (aliás, ao projecto constitucional espanhol) como um todo. Sem ela, não existe compreensão sistemática da Constituição e da ordem jurídico-económica espanhola.

Em segundo lugar, ainda que não se verificassem tais peculiaridades na Constituição espanhola, continuaria a conceber-se como metodologicamente mais correcto proceder a uma leitura holística de todo o articulado com relevância para a definição da ordem económica constitucional de qualquer dos países. Passa-se a explicar. Os princípios fundamentais da organização do Estado constantes da grande maioria das constituições hodiernas servem não apenas de “porta de entrada” para a Constituição: eles fornecem a chave para o entendimento global, articulado e sistemático da ordem constitucional. De forma mais ou menos explícita, aliás, os princípios fundamentais sustentam uma teleologia (determinam o fim que a sociedade se dá a si mesma para realizar, ou, por outras palavras, a forma como a sociedade se quer ver, agora e no futuro, constituída) de propósitos “gerais” ou “globais”. A sociedade pretende-se justa e essa concepção de justiça irradia e concretiza-se em vários domínios.

Ora, como é soejamente conhecido, o predomínio das concepções económicas mais liberais, foi ameaçado e finalmente ultrapassado no século XX (em particular depois da 1.ª guerra mundial e da revolução russa), surgindo, com maior ou menor ênfase, práticas e doutrinas muito mais favoráveis à intervenção económica do Estado e à realização de direitos económicos e sociais que haviam sido negligenciados até então. Esta evolução reflectiu-se no constitucionalismo. Se a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 abrem timidamente este caminho, constituições posteriores, nomeadamente a Italiana de 1948 e a Francesa de 1946, marcam uma despedida inequívoca e possivelmente definitiva do capitalismo liberal que imperara no século XIX, atribuindo incumbências ou tarefas ao Estado, autorizando e recomendando o intervencionismo económico (no que se distinguem abertamente do pensamento e constituições liberais tradicionais que reservavam um papel subsidiário à actividade estatal face à actividade privada) para permitir a realização de direitos sociais e a redistribuição mais igualitária da riqueza. Os princípios fundamentais de constituições relativamente recentes como a portuguesa e a espanhola são a chave para entender os princípios mais concretos que regem vários domínios

da ordem económica (por exemplo: os vários sectores ou tipos de propriedade, as reservas de sectores ao Estado, a possibilidade de intervenção em empresas privadas, a possibilidade de expropriação e nacionalização, a planificação da economia, os princípios que regem o direito fiscal e financeiro, etc.).

Sem esses princípios fundamentais, as disposições constitucionais seriam pouco mais do que um amontoado de normas mais ou menos concretas, cuja unidade de sentido seria dificilmente determinável. Abordar os princípios da Constituição económica formal (e, como se verá, os direitos fundamentais), sem primeiro captar a teleologia e sistemática dos princípios fundamentais, seria incorrecto.

Igualmente, importa perceber que consagrar constitucionalmente determinados direitos (de natureza socioeconómica), como fazem as constituições ibéricas (com maior grau de densificação no caso de Portugal), pode, nalguns casos, ajudar a determinar características fundamentais do sistema económico. Pode limitar fortemente a iniciativa privada e o direito de propriedade. Pode também, em sentido inverso, limitar a acção do Estado, nomeadamente a apropriação pública de propriedade privada e a intervenção directa em empresas privadas. Sem querer adiantar muito do conteúdo que se irá expor, impõe-se alguma concretização desta ideia.

Não se está aqui a pensar sequer na vertente da despesa do Estado. Naturalmente, a realização de direitos sociais, mormente direitos a prestações, implica esforços económicos substanciais por parte do Estado. Este, para poder cumprir com os mesmos, terá que adquirir os seus recursos através de impostos e outros meios. Estes, por sua vez, irão ter consequências económicas sobre os particulares e as empresas privadas e, em última análise, sobre o conjunto da economia.

No entanto, não é tanto sob essa perspectiva que se entende a relevância dos direitos económicos e sociais fundamentais para a definição do que são as constituições económicas materiais: é que os direitos económicos e sociais consagrados podem ser verdadeiros instrumentos ou princípios concretizados de definição do sistema económico-constitucional global. Podem definir, a um nível mais concreto, o espaço reservado às várias formas de propriedade, os limites quer à acção económica privada, quer à acção económica estatal. A mero título de exemplo, é perfeitamente pacífico que o reconhecimento do direito fundamental à iniciativa privada (entendido enquanto tal em ambas as constituições, pelo menos após 1989) e à propriedade privada não deixam espaço para uma socialização absoluta da economia. Menos evidente, mas nem por isso menos verdadeiro, é o seguinte exemplo: quando a Constituição portuguesa, no âmbito do direito à saúde, exige a erecção e preservação de um sistema nacional de saúde com as características da universalidade, generalidade e tendencial gratuidade, isso implica um condicionamento não despidendo

do direito à iniciativa privada na área da saúde: nada impede a existência de unidades hospitalares privadas. Simplesmente, estas terão que enfrentar a concorrência de um sistema muito abrangente (que deve cobrir toda a população nacional, pelo menos idealmente) e que será tendencialmente gratuito (e, *ceteris paribus*, não é possível propriamente competir contra produtos ou serviços quase gratuitos de similar qualidade oferecendo produtos que nunca podem sequer aproximar-se dessa tendencial gratuitidade). O mesmo se poderá dizer das disposições relativas ao direito à educação e à segurança social, particularmente se lermos estes artigos à luz da cláusula (contestada, é certo, mas que não deixa de ter reconhecimento pelo Tribunal Constitucional Português e Espanhol) do não-retrocesso social, que protegeria o grau de realização infra-constitucional até então atingido de tentativas de reforma *in pejus* por parte do legislador ordinário. O que o reconhecimento destes direitos está a produzir na ordem económica constitucional é a definição por via indirecta da estrutura do sistema económico: estes direitos estão a retirar da mão dos privados uma fonte de rendimentos e de lucro, a fechar portas à iniciativa económica privada, a definir indirectamente quem pode produzir o quê, em que medida ou quantidade, e, muitas vezes, de que forma. Até a proibição do lock-out (artigo 57.º) e do despedimento sem justa causa (que são normas dirigidas à acção entre privados e não “direitos a prestações do Estado”), estabelece limites ao direito de propriedade privada e à busca do lucro: há limites à livre gestão dos recursos económicos (neste caso os recursos humanos – a força de trabalho) e nem todas as formas de celebrar contratos são permitidas quando se entra no âmbito das relações laborais.

Por fim, convém sublinhar que esta perspectiva, se bem que possa ser acusada de “pan-económica” (ao ver a economia em todas as acções potencialmente produtivas ou com potencial efeito sobre a produção), não deixa de se mostrar como a mais acertada para entender a Constituição económica material de uma forma global e no seu contexto simultaneamente político, social e jurídico.

O contexto histórico da Constituição portuguesa

A Constituição portuguesa de 1976 foi elaborada, votada e promulgada num contexto político muito particular. A assembleia constituinte, resultante das primeiras eleições livres pós-Estado Novo, reuniu-se quando ainda decorria um processo político fluido e incerto, que se caracterizara por uma crescente radicalização ideológica, quer entre os militares, quer, mais genericamente, entre os partidos políticos e respectivas bases sociais de apoio, até Novembro

de 1975. Durante o período de elaboração da Constituição, vive-se, inclusivamente, a fase mais agitada e tensa do processo revolucionário, isto é, o período posterior ao golpe falhado de 11 de Março, em que são efectuadas a maior parte das nacionalizações, sob o signo de uma transformação económica radical. As clivagens fundamentais surgiam justamente no âmbito das concepções do modelo e instituições económicas a adoptar pela sociedade portuguesa de ora em diante e dos direitos sociais e económicos a garantir pela nova Constituição. O discurso dominante¹, contudo, inclinava-se marcadamente para os projectos tradicionalmente associados à esquerda política, mais em particular, para a transição, mais ou menos acelerada, para o socialismo. A socialização dos principais meios de produção e o encaminhamento da sociedade para um futuro emancipador de igualdade cada vez mais profunda e substancial surgia como uma necessidade ética imperiosa a realizar a curto trecho e a salvaguardar de retrocessos políticos: e isto não apenas nos sectores mais radicais da sociedade (o partido comunista português e a esquerda radical), como seria de esperar, mas junto de partidos e sectores populacionais situados, regra geral, um pouco mais à direita do espectro político. Foi esse objectivo, de garantia das “conquistas sociais da revolução”, que esteve na base dos dois Pactos MFA-partidos (ou Plataformas de Acordo), através dos quais a esquerda militar tentou condicionar ou influenciar os elementos eventualmente mais “reticentes” face à opção económica socialista. As vicissitudes do “processo revolucionário em curso” (com as inúmeras tentativas falhadas da direita contra-revolucionária para travar a marcha “socializante” do processo político funcionando, ao revés do que fora a intenção original dos seus organizadores, como estímulos ao ímpeto revolucionário) haviam conduzido precisamente à legitimação e fortalecimento crescente da opção pelo aprofundamento do carácter socialista da revolução. Na verdade, independentemente do efeito potencialmente condicionador dos pactos (e note-se que nem todos os partidos assinaram o mesmo), os próprios partidos reflectiam já, nos seus programas, pelo menos parcialmente, o discurso transformista e emancipador típico do período, com referências mais ou menos explícitas ao “socialismo” e à necessidade de reformar radicalmente as

¹ Por discurso dominante entende-se aqui simplesmente o discurso (i.e., as ideias, as palavras, o universo terminológico) que sociologicamente, era, não apenas mais habitual, mas verdadeiramente preponderante, a ponto de influir sobre outros discursos de matriz ideológica diversa e minoritária que, de alguma forma, se adaptavam ao ambiente ideológico e discursivo que o envolvia. Não se pretende com isto afirmar que o discurso era “dominante” no sentido de ilegitimamente constrangedor da liberdade de expressão e pensamento. Nem tampouco se quer designar por discurso dominante algo similar ao conceito de “ideologia dominante” (como uma “falsa consciência” dos dominados) no âmbito do marxismo.

estruturas económicas e sociais num sentido igualitário (Dimas, 1975), contra o liberalismo económico tradicional².

A Constituição é, pois, o produto de um momento revolucionário, mas é também uma Constituição que exprime o compromisso e o consenso ideológico possível, atendendo às circunstâncias e relações de força específicas do período, entre as principais forças políticas e sociais e os respectivos programas e objectivos (Canotilho e Moreira, 1991, p. 100 e ss.). Caracterizava-se, na sua versão original, do ponto de vista verbal-estilístico, por um acentuado pendor “programático” (definindo metas ideais e meios privilegiados para as atingir), progressista e emancipatório. Este carácter programático, progressista e emancipatório do projecto constitucional português exprimia-se claramente no ideal a atingir de uma cidadania plena, igualitária, e universalmente garantida a todos os membros da comunidade política, identificando-se os potenciais obstáculos e fontes de opressão, dominação ou exploração subsistentes na organização política, económica e social da sociedade que pudessem tolher o florescimento dessa cidadania plena e, do mesmo passo, vinculando-se o Estado à eliminação progressiva desses escolhos.

A Constituição económica nunca é considerada, antes ou depois de 1989, como uma dimensão isolada ou independente da restante ordem constitucional: como assinalam Gomes Canotilho e Vital Moreira, faz parte e é apenas inteligível à luz de um projecto político mais vasto que a Constituição impõe em traços largos ao legislador e ao Estado em geral. Trata-se de um programa emancipatório, como se afirmou, em que se articulam e se apoiam mutuamente, por um lado, os direitos fundamentais, as directrizes de transformação social e os princípios fundamentais da ordem constitucional portuguesa.

Estas características, em particular o cariz emancipatório, mantiveram-se mesmo após as duas primeiras e mais importantes revisões constitucionais (em 1982 e 1989), ainda que sob uma forma muito mais mitigada e empregando um tom ideologicamente menos radical. As diferenças entre as várias constituições económicas (da versão original até às que emergiram das revisões de 1982 e, finalmente, de 89), que, ainda assim, são muitas e profundas, dizem respeito à opção socialista, clara e imperativamente afirmada nas disposições originais da Constituição, a que finalisticamente estava adstrita a comunidade política, e que foi abandonada definitivamente em 1989.

O tom imperativo da Constituição esbateu-se e a intenção socialista diluiu-se, até desaparecer por completo em 1989, enquanto se abriam as portas a enten-

² À excepção do CDS, esta era, com variantes, claramente a posição dos partidos com assento parlamentar: PS (Dimas, 1975, pp. 168-174), PCP (ibidem, pp. 150-153), PPD/PSD (ibidem, pp. 27-33, 51-52 e 70-77), MDP/CDE (Ibidem, pp. 303-318) e UDP (ibidem, pp. 402-404).

dimentos mais flexíveis da organização económica: o terreno ficaria progressivamente mais aberto para ordenar a estrutura básica da economia segundo princípios economicamente mais liberais, que, até então, eram normativamente inadmissíveis. Por outras e mais explícitas palavras, a liberdade de conformação do legislador quanto aos meios para a realização do projecto “emancipatório” foi aumentando na exacta proporção da diluição da vinculação do legislador e do Estado ao projecto especificamente socialista.

A Constituição de 1976 antes das revisões constitucionais

Como se referiu nas linhas imediatamente precedentes, o projecto emancipatório da Constituição exhibe o seu carácter ideologicamente mais marcado na versão original.

Assim, o artigo 1.º da Constituição portuguesa, neste primeiro momento, estabelece não apenas o que a comunidade política portuguesa é, ou o que normativamente pretende ser no presente, no “aqui e agora”, por assim dizer, mas define ainda um fim claro, uma “utopia”, a realizar no longo prazo, traço que manterá posteriormente, embora, como se verá, recorrendo a termos mais vagos e comportando maior abertura face a projectos ideologicamente díspares: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes”. A Constituição portuguesa, neste formato original, tinha, pois, uma teleologia latente que lhe conferia uma determinada unidade de sentido e condicionava o entendimento de todo o seu texto e disposições. Este objectivo último alcançar-se-ia, nos termos do artigo 2.º, através do respeito de certos sub-princípios programáticos e pela determinação antecipada de uma opção por determinados meios: o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais num contexto de pluralismo de expressão e organização política (afastando, pois, soluções iliberais e anti-democráticas) e “a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”. Ficava dado o mote para o que deverá ser a estrutura da Constituição económica. A transição para o socialismo impõe ao Estado um conjunto de tarefas fundamentais especificadas em detalhe no artigo 9.º. No plano económico, a alínea *c*) deste mesmo artigo resumia o projecto mais imediato do Estado: “socializar os meios de produção e a riqueza, através de formas adequadas às características do presente período histórico, criar as condições que permitam promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo, especialmente das classes trabalhadoras, e abolir a exploração e a opressão do homem pelo homem”.

Estes princípios orientadores da acção estatal, os fins últimos da comunidade, e em particular o “telos” socialista, articulam-se na Constituição, tal como se referiu acima, com os direitos fundamentais. O objectivo de uma sociedade socialista entende-se na Constituição como um projecto abrangente de emancipação de todos os cidadãos, reconhecendo-se e promovendo-se, para esse efeito, direitos fundamentais dos indivíduos (não mais entendidos abstractamente, mas como sujeitos situados no aqui e no agora da vida social) cuja realização requer (e transforma em tarefas fundamentais do Estado) a eliminação das fontes de opressão, exploração e subalternização através da transformação das estruturas socioeconómicas nos termos constitucionalmente definidos.

A Constituição económica formal em 1976

Em particular, o artigo 80.º, tomando de empréstimo ao marxismo a sua terminologia particular, apontava o desenvolvimento das relações de produção socialistas, mediante a apropriação colectiva dos principais meios de produção, como a característica definidora da organização socioeconómica futura. Na fase de transição ao socialismo, temporalmente indefinida, conviveriam simultaneamente três sistemas de propriedade ou três sectores da economia num complexo equilíbrio dinâmico.

O artigo 89.º assinalava, em primeiro lugar, um sector público, no qual se integravam três subtipos de unidades de produção: um primeiro subtipo, em que as unidades de produção eram detidas e geridas pelo Estado, e que assumia assim a forma de um socialismo centralizado e um segundo e terceiro subtipos, em que “a posse útil e gestão” dos meios de produção pertencia, ou aos “colectivos de trabalhadores” ou “às comunidades locais” (assumindo provavelmente uma forma similar aos “kolkhozes” soviéticos).

O sector privado ocupava um terceiro e subordinado lugar na futura estrutura económica delineada pela Constituição, sendo sucintamente definido como aquele que seria constituído “pelos bens e unidades de produção não compreendidos nos números anteriores” (isto é, nos sectores acima descritos).

Finalmente, em lugar de destaque, surgia o segundo sector, de tipo cooperativo, em que as unidades de produção eram realmente propriedade dos membros das cooperativas, que por eles seriam dirigidas (e que, em conjugação com os dois subtipos “descentralizados” de propriedade pública, constituía a propriedade social). Esta forma de propriedade apresentava-se como a constitucionalmente favorita à luz do ideal emancipador que presidia à CRP, na medida em que combinava uma estrutura interna igualitária, democrática e descentralizada (em contraste com a propriedade estatal pura e simples) com a

apropriação colectiva dos meios de produção (que, nos termos da Constituição, libertaria os indivíduos da exploração das relações de produção capitalistas).

Nos termos do então artigo 90.º, a propriedade social tenderia progressivamente a ser predominante, devendo nomeadamente a propriedade estatal (do Estado central e outras pessoas colectivas públicas) “evoluir, na medida do possível, para formas autogestionárias”. A Constituição não se ficava por aqui na definição dos meios concretos para a realização da “sociedade sem classes”. Assim, estabelecia a obrigatoriedade da planificação económica, dedicando cinco artigos (do 91.º ao 95.º) inteiros a este instrumento de política económica “dirigista”. De igual forma, dedicava vários artigos à reforma das estruturas agrárias em Portugal, em particular à reforma agrária (artigo 96.º), à expropriação dos latifúndios e sua exploração em moldes cooperativos (artigo 97.º), ao redimensionamento e racionalização da distribuição de terra nas zonas de minifúndio (artigo 98.º) e às políticas agrícolas em geral (do artigo 99.º ao 104.º), podendo falar-se genericamente numa estratégia constitucional de ataque à concentração de recursos económicos em mãos privadas (política anti-monopolista e, no domínio agrícola, anti-latifundista) e concomitante protecção especial e apoio aos pequenos proprietários (em conjugação com as cooperativas de trabalhadores agrícolas)³.

Senão, veja-se: o artigo 99.º, n.º 1, garantia que a “reforma agrária efectua-se com garantia da propriedade da terra dos pequenos e médios agricultores (...)”, enquanto o artigo 98.º, dedicado ao tema dos minifúndios, procurava proteger os pequenos proprietários de qualquer excesso de funcionalização da propriedade que os objectivos da reforma agrária pudessem tender a produzir, ao dispor que o redimensionamento nas regiões minifundiárias se realizaria, nas palavras da Constituição, “sem prejuízo do direito de propriedade”. Da mesma forma, a Constituição impunha ao Estado o dever de intervir no controlo dos preços, racionalizando “os circuitos de distribuição” e eliminando “os desnecessários” (artigo 109.º).

Por fim, vinculava os sistemas financeiros, fiscal e orçamental (do artigo 105.º ao 108.º) e a sua organização à prossecução dos mesmos fins que o resto do sistema económico (ou seja, à redução das desigualdades e à democratização das estruturas económicas).

³ Convém referir que muitos destes elementos estavam abrangidos pelos limites materiais de revisão previstos nas alíneas *f* e *g* do então artigo 290.º (actualmente, artigo 288.º). Lia-se assim que “As leis de revisão terão de respeitar: *f*) o princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais [fundamentalmente, artigo 80.º], e a eliminação dos monopólios e latifúndios [o então artigo 97.º]; *g*) a planificação democrática da economia [abrangendo, entre outros, os artigos 91.º a 95.º]”.

Constituição económica formal e direitos fundamentais: a articulação necessária. O Direito de propriedade e a iniciativa privada

Estes princípios de organização económica estavam, como se disse, estreitamente vinculados, contudo, à realização dos direitos fundamentais: o ponto de partida da Constituição permanecia individualista, na medida em que o socialismo como fim da comunidade política continuava a ser apenas um meio para a emancipação completa de todos e cada um dos cidadãos da comunidade política. Neste espaço social, económico e político emancipador dos indivíduos, cada homem, livre de exploração e opressão, poderia realizar-se como “um fim em si mesmo”, e a base axiológica fundamental da sociedade, isto é, a dignidade da pessoa humana (estabelecida no artigo 1.º), cumprir-se-ia.

A Constituição não era um acervo de considerações e preocupações díspares e incompatíveis, apresentando antes uma unidade de sentido, uma visão complexa e compreensiva, mas nem por isso menos coerente, em que elementos oriundos da tradição liberal constitucional, do ideário republicano-democrático e do pensamento e constituições socialistas se imbricavam e sustentavam mutuamente. A base da Constituição era o indivíduo: não um indivíduo abstracto, mas sim um indivíduo integrado numa sociedade concreta e em relações sociais concretas, que influem determinadamente na sua formação e desenvolvimento, que o limitam e constroem.

Por isso mesmo se impunha à Constituição pensar e determinar a organização adequada da “estrutura básica” da sociedade em que este indivíduo concreto nasceria e se desenvolveria. Esta articulação e interdependência, entre direitos e princípios de organização económico-social, eram de resto explicitadas em termos inequívocos pelo artigo 50.º: “A apropriação colectiva dos principais meios de produção, a planificação do desenvolvimento económico e a democratização das instituições são garantias e condições para a efectivação dos direitos e deveres económicos sociais e culturais”. Embora a referência se limite aqui aos direitos contidos no título III da Constituição, não há dúvida de que, numa leitura adequada da Constituição, se entendia extensível a todos os direitos fundamentais, do título II, III ou qualquer outro que se pudesse encontrar fora destes dois.

Como diziam então Gomes Canotilho e Vital Moreira (Canotilho e Moreira, 1978, p. 51): “(...) a ordem constitucional dos direitos fundamentais está organicamente ligada à Constituição económica e ao *princípio socialista* que a informa, isto é, desde logo ao princípio da transformação das relações de propriedade, de produção e de distribuição económica e social (...) O princípio

socialista «exige» os direitos fundamentais; os direitos fundamentais «exigem» o princípio socialista⁴.

O direito à propriedade privada (artigo 62.º) encontrava-se então fora do catálogo formal dos “direitos, liberdades e garantias”, embora lhe fosse aplicável o mesmo regime constitucional, em virtude de, nos termos do artigo 17.º, n.º 2, se tratar de um dos “direitos de natureza análoga” aos mesmos. Ainda assim, cabe notar que este era um direito secundarizado e que estava sujeito, por força de outras disposições constitucionais, a notáveis excepções.

⁴ No domínio dos direitos fundamentais, é verdade, estabelecia-se uma distinção entre, por um lado, os direitos, liberdades e garantias contidos no título II e, por outro, os direitos e deveres económicos, sociais e culturais do título III. Os primeiros beneficiavam de um regime especial, nos termos do artigo 18.º.

Deste regime especial derivavam, dentre outras, as seguintes consequências jurídicas: os direitos liberdades e garantias eram (e são) directamente aplicáveis (“self-executing”, na terminologia anglo-saxónica), pelo que não careciam de qualquer lei concretizadora para que o seu cumprimento pudesse ser exigido junto de entidades públicas e privadas (efeito externo ou horizontal dos direitos fundamentais); as leis restritivas desta categoria de direitos teriam que revestir carácter geral e abstracto; existia um direito de resistência contra qualquer ordem directamente ofensiva dos direitos (artigo 20.º), etc.

A distinção entre Direitos, Liberdades e Garantias e os restantes direitos atribuídos pela Constituição não equivalia, nem equivale ainda hoje, à distinção clássica entre os direitos de origem liberal, nomeadamente as liberdades “*prima facie*” negativas e os direitos positivos, ou seja, entre direitos que exigem, só ou essencialmente, abstenção do Estado e direitos a prestações do Estado. Apesar de uma maior prevalência no título II dos mais habituais direitos civis (a primeira geração de direitos, de tradição “liberal e burguesa” como direitos de defesa contra o Estado) e políticos (de origem republicana, que se fundamentam na ideia de participação pública e igual dos cidadãos no processo decisório e, por conseguinte, no direito a ser um co-autor das políticas estatais, um co-formador da ordem jurídico-política da comunidade), como fizeram questão de sublinhar Gomes Canotilho e Vital Moreira (CANOTILHO e MOREIRA, 1978, p. 58), não deixam de existir neste título direitos a acções ou prestações do Estado (como o direito de antena, previsto no artigo 40.º) e direitos que se dirigem às relações entre privados (artigo 36.º). Por outro lado, nenhum direito fundamental, pelo simples facto de não constar do título II, nem ser de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, deixa de ser um direito fundamental. Se não o fosse, não estaria consagrado na Constituição. Como dirá Vital Moreira (CANOTILHO e MOREIRA, 1991, p. 129), já no contexto da Constituição radicalmente modificada pelas revisões de 82 e 89: “O que distingue estes [os direitos fundamentais que não se integram nem são análogos aos Direitos, Liberdades e Garantias do título II] dos restantes não é a sua natureza jurídico-constitucional, é o seu objecto. São *direitos positivos*, isto é, direitos a certa actividade ou prestação estadual e não a uma abstenção ou omissão. Por isso, a sua violação dá-se por omissão da actividade exigida ao Estado. Mas a omissão estadual, quando indevida, não é menos inconstitucional do que a acção violadora de um direito negativo. O que difere são as garantias do cumprimento da obrigação constitucional”.

Em primeiro lugar, era admitida abertamente a possibilidade de nacionalização e socialização dos meios de produção no artigo 82.º, remetendo-se para a lei ordinária os critérios de fixação de indemnização.

Por outro lado, no n.º 2 do mesmo artigo, podia ler-se que, no caso de expropriações de grandes proprietários, empresários e accionistas, a Constituição admitia (embora não obrigasse) que não houvesse lugar a indemnização. Ou seja, a Constituição estava então mais interessada em deixar clara a autorização de intervenção estatal e sublinhar o carácter não absoluto e relativamente secundário do direito do que em definir claramente os “limites às restrições”.

O artigo 83.º, na mesma senda, vinha estabelecer que as nacionalizações ocorridas durante o processo revolucionário seriam irreversíveis. A eventual reprivatização de pequenas e médias empresas era excepcional e estava dependente da vontade dos trabalhadores em não organizá-la sob forma cooperativa.

Por seu turno, a iniciativa privada ficaria excluída, nesta 1.ª versão, até do título III da parte primeira da Constituição, isto é, do catálogo de “deveres e direitos fundamentais”, sendo relegado para a parte segunda, onde se encontram propriamente os princípios da organização económica. Esta ostracização espacial do artigo referente à iniciativa privada, enquanto elemento de interpretação, por si só, poderia não ter juridicamente grande significado, até porque, como se disse, um direito fundamental não deixa de o ser pelo simples facto de se encontrar fora do catálogo formal, embora revelasse de imediato uma intenção de secundarização política do mesmo no conjunto do projecto constitucional.

No entanto, outros elementos interpretativos, bem mais decisivos, apontavam então claramente para a quase irrelevância do direito, à luz da opção socialista tomada pela Constituição. Como se não bastassem as referências à tendencial predominância do sector de propriedade cooperativa e a reserva de sectores inteiros à iniciativa e gestão pública, o próprio texto onde figurava a garantia da iniciativa económica privada encontrava-se de tal modo redigido que alguns autores (Canotilho e Moreira, 1978, p. 211) chegavam a questionar se a norma em causa criava propriamente um direito fundamental dos cidadãos, praticamente excluindo de cogitação a possibilidade de se tratar de algum tipo de direito análogo aos direitos, liberdades e garantias. Na verdade, da leitura do preceito constitucional parecia transparecer que este estava mais interessado em sublinhar os estritos e estreitos limites em que poderia operar a iniciativa económica privada, do que em estabelecer os “limites aos limites” que o Estado poderia impor à mesma.

Com efeito, logo no n.º 1 do artigo 85.º, o direito vem duplamente balizado ou constringido.

Numa primeira dimensão, a iniciativa económica privada podia exercer-se (na verdade, só podia exercer-se) “nos quadros definidos pela Constituição, pela lei e pelo Plano”.

Numa segunda dimensão, para lá das restrições a que este tríplice enquadramento obrigasse, a iniciativa privada estava funcional e axiologicamente subordinada ao que vagamente se designava como o “progresso colectivo”. Na verdade, a letra da lei estabelecia que “pode exercer-se livremente a iniciativa privada enquanto instrumento do progresso colectivo”, pelo que, *a contrario*, se poderia ler que se, e na medida em que, a livre iniciativa privada não fosse instrumentalmente benéfica para o “progresso colectivo”, não seria em caso algum admitida.

O número 2 previa ainda que a lei poderia definir, aparentemente sem qualquer tipo de restrição, os sectores básicos aos quais estaria vedada a iniciativa privada.

Por fim o número 3 abria, em termos muito latos a possibilidade e, mais ainda, a obrigação do Estado de fiscalizar o “respeito da Constituição, da lei e do Plano” pelas empresas, intervindo nas mesmas quando entendesse que tal fosse necessário “para assegurar o interesse geral e os direitos dos trabalhadores”.

Se de facto a iniciativa privada pudesse ser considerada então um direito fundamental, estava de tal modo constitucionalmente limitada e funcionalizada ao projecto socialista e aos outros direitos e interesses constitucionalmente consagrados, que o seu significado jurídico não era comparável ao que foi consagrado noutras constituições de índole mais liberal, ou sequer ao que acabou por ser reconhecido nas versões mais coevas da mesma Constituição (hoje em dia, artigo 61.º, articulado com o artigo 86.º).

No âmbito do capítulo II (Direitos e deveres económicos) do título III, caberá destacar o artigo 52.º em que, mais do que a definição directa dos direitos dos trabalhadores, se destacavam obrigações materiais do Estado face ao direito ao trabalho (definido previamente, no artigo 51.º, e em termos, apesar de tudo, essencialmente negativos).

O Estado deveria executar “políticas de pleno emprego” e garantir um “direito à assistência material dos que involuntariamente se encontrem em situação de desemprego” [alínea *a*)]; proteger a segurança no emprego (o que constituía uma obrigação de legislar), estando proibindo o despedimento sem justa causa ou politicamente motivado [alínea *b*)].

Como se explicou na introdução, a consagração deste direito e da proibição do lock-out, constante do artigo 60.º (hoje 57.º, n.º 4) na Constituição tem obviamente efeitos económicos substanciais. Desde logo, limitava (e limita) em muito a capacidade dos empresários de gerir os recursos humanos que adquiriram por contrato (o acesso à força de trabalho): não podem “desonerar-se”

dos encargos financeiros que um trabalhador implica para a empresa por mera conveniência.

Direitos e garantias deste tipo ajudam a delimitar o conteúdo (e os limites) da iniciativa privada (seja esta reconhecida como direito fundamental ou não), nomeadamente, ao balizarem com maior precisão a fronteira da liberdade de contratar (liberdade negocial) admissível – que não pode recorrer ao instrumento negocial do lock-out, tido como ilegitimamente constrangedor dos direitos fundamentais do trabalhador, no contexto da relação desigual típica do regime do salariato – e da liberdade de organização dos factores de produção segundo a conveniência da empresa. Ao fazerem-no, contribuem também para definir que tipo de regime económico mais geral é constitucionalmente admissível, ou, pelo menos, para definir os sistemas económicos patentemente inadmissíveis.

No âmbito ainda do artigo 52.º, a alínea *c*) atribuía ao Estado a incumbência de salvaguardar a igualdade de oportunidades na escolha de profissão e promover a formação cultural técnica e profissional dos trabalhadores.

O artigo 53.º reconhecia, em termos vagos, um direito a uma remuneração que permitisse uma existência condigna e uma organização do trabalho em condições “socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal”.

No artigo 54.º, por fim, obrigava-se o Estado ao estabelecimento e actualização de um salário mínimo (tratava-se, pois, de uma obrigação de legislar) e à fixação “de um horário nacional de trabalho” (outra obrigação de legislar, no sentido de limitar as cargas horárias excessivas).

Mais adiante, a Constituição estabelece outros direitos fundamentais, em que se reconhece além de “imposições legiferantes”, cujo incumprimento se traduzia numa verdadeira omissão constitucional (Canotilho e Moreira, 1978, p. 167), um conteúdo mais densificado do direito. Assim sucede no artigo 63.º (capítulo III do título II), em que se reconhece o direito universal à segurança social e uma correspondente obrigação bem concreta do Estado no sentido de “organizar coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado⁵ (...)” que protegerá “os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações

⁵ Comentavam então Gomes Canotilho e Vital Moreira (CANOTILHO e MOREIRA, 1978 p. 167), o artigo da seguinte forma: «O sistema de segurança social deve obedecer a cinco requisitos constitucionais: a) deve constituir um sistema universal, isto é, abranger todos os cidadãos, independentemente da sua situação profissional (...) b) deve ser um sistema integral, isto é, “abran-ger todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho” (n.º 4) c) deve constituir um sistema unificado (...) de forma a abranger todo o tipo de prestações (previdenciais, assistenciais) adequadas a garantir o cidadão em face de situações de auto-insuficiência ou desemprego (...).»

de falta ou diminuição dos meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho” (n.ºs 2 e 3 do artigo 63.º).

Isto significava e significa, na prática, que uma vez cumprida a obrigação de criação deste sistema unificado e integral de segurança social, ainda que já então se previssem as instituições privadas de solidariedade social, um domínio económico potencialmente muito lucrativo ficava “fora do alcance” dos privados. O Estado tornava-se na grande entidade seguradora em prol da satisfação de certas necessidades básicas constitucionalmente prioritárias (direitos fundamentais) contra os interesses de seguradoras privadas.

Paralelamente, o artigo 64.º, n.º 2, densificava o direito à protecção da saúde, estatuidando com clareza a obrigação do Estado de criar um “serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito”, sendo reforçado pelo disposto no n.º 3, onde se pode ler que ao Estado incumbe “garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação [alínea a)]”; “orientar a sua acção para a socialização da medicina e dos sectores médico-medicamentosos [alínea c)]”; e “disciplinar e controlar as formas empresariais e privadas de medicina [alínea d)]” (mais uma restrição da liberdade de empresa constitucionalmente explicitada em termos indubitáveis). O argumento relativo ao sistema de segurança social é analogicamente aplicável aqui: novamente, num domínio potencialmente muito lucrativo, o Estado toma a dianteira e estabelece uma “concorrência” muito poderosa aos (ou “contra” os) privados numa área de serviços potencialmente muito lucrativa.

O artigo 74.º, concretiza com algum detalhe as obrigações do Estado no âmbito do direito ao ensino, dentre as quais se deverá referir os deveres de: assegurar um ensino básico universal, obrigatório e gratuito [alínea a)]; criar um sistema público de educação pré-escolar [alínea b)]; estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino [alínea e)]. O artigo 75.º complementa ainda o anterior ao determinar que “O Estado criará uma rede de estabelecimentos oficiais de ensino que cubra as necessidades de toda a população”. Esclarece ademais qual o papel que se reserva ao ensino particular (ou seja, à iniciativa económica em toda esta área da educação): “O Estado fiscaliza o ensino particular supletivo do ensino público”. Uma vez mais o Estado chama a si tarefas ingentes no domínio do ensino que vão subalternizar o papel da iniciativa económica privada numa área importante. O ensino particular é meramente supletivo⁶ e está sujeito à fiscalização Estatal. O ensino público é

⁶ Comentavam então os constitucionalistas coimbrões: “O sentido deste artigo é o de definir a tarefa do ensino como *fundamentalmente pública*, em termos de ser o Estado (...) a entidade a quem compete criar a rede de estabelecimentos que cubra todas as necessidades educativas do

prioritário, deve ser capaz de cobrir todas as necessidades da população, ao passo que a iniciativa económica privada (os estabelecimentos de ensino particular) está sujeita a alguma regulação e intervenção estatal. Novamente, a concorrência de um sistema público universal pesa sobre a liberdade de iniciativa privada e constringe as oportunidades de negócio privado numa área propícia à mesma.

O artigo 65.º afirmava (e afirma) ainda um outro direito positivo de significativa relevância: o direito à habitação, a uma habitação “de dimensão adequada em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”. A consagração deste direito obrigaria mais concretamente o Estado a adoptar uma política “tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria” (n.º 3) e a exercer, em conjunto com as autarquias locais, o “efectivo controlo do parque imobiliário”, procedendo à “necessária nacionalização ou municipalização dos solos urbanos” e à definição do respectivo “direito de utilização”.

Contudo, nada disto significava, nem significa, que qualquer cidadão se possa dirigir sem mais a uma entidade pública e exigir a entrega de uma habitação com fundamento no artigo 65.º da Constituição.

Normas programáticas e direitos económicos e sociais “sob reserva do possível”

Tendo acabado de analisar um conjunto de direitos sociais, impõe-se efectuar um curto parêntesis antes de analisar as mutações da Constituição económica portuguesa produzidas pelas revisões constitucionais de 1982, 1989 e 1997.

Muitos destes direitos acabados de referir, como o relativo a uma habitação própria (artigo 65.º), ou o artigo referente às políticas de pleno emprego, não estabelecem com precisão “imposições legiferantes” ao legislador ordinário. Na verdade, constituem excepções a estas normas essencialmente programáticas, na versão original, o direito a um sistema público de educação pré-escolar, a obrigação de criação de um serviço nacional de saúde, ou ainda o direito ao sistema público de segurança social “unificado e descentralizado” (artigo 63.º).

país. (...) Como resulta claramente do n.º 2 a Constituição não reconhece um direito à criação de *escolas privadas* (salvo no domínio do ensino essencialmente privado) [referem-se aqui ao ensino religioso]. A liberdade de criação de escolas privadas deve, por isso ser separada da liberdade de ensino, esta sim constitucionalmente garantida como direito fundamental em sede de “direitos, liberdades e garantias”(artigo 43.º); pelo contrário, a liberdade de ensino é um limite à criação e actividade das escolas privadas (...) A Constituição também não exige a proibição ou a extinção das escolas privadas. As condições de criação ficam assim na disposição da lei” (CANOTILHO e MOREIRA, 1978, p184)

É um argumento comum e não inverídico que os direitos económicos, sociais e culturais carecem de uma massa substancial de recursos para a sua realização e que, quanto mais se avança nessa realização, maior a necessidade desses recursos. Simplesmente, há que admitir, diz-se, que nem sempre estarão reunidas as condições económicas que permitam o progresso social, pelo que estes direitos fundamentais, de cariz essencialmente positivo, e que envolvem prestações estatais mais ou menos avultadas, estão “sob reserva do possível”: a sua realização está dependente da capacidade orçamental do Estado.

Se bem que seja verdade que são necessários recursos económicos para a realização dos direitos económicos, sociais e culturais, mormente quando envolvem prestações pecuniárias ou outras do Estado, e que estes nem sempre se encontrarão disponíveis, o argumento arrisca-se a provar demais.

Nomeadamente, é possível dizer-se, sem hipocrisia ou exagero, que todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos de tradição liberal, requerem para a sua realização a mobilização de grandes recursos.

O direito de propriedade, por exemplo, exige, sem dúvida, e primacialmente, pelo menos numa primeira apreciação superficial, a limitação do direito do Estado de intervir sobre as coisas que juridicamente são propriedade dos cidadãos particulares. As expropriações, a ocorrerem, terão que seguir certos trâmites e cumprir com determinados requisitos (dando origem, nomeadamente, a algum tipo de compensação financeira).

No entanto, por outro lado, o direito de propriedade não existiria, não poderia existir, aliás, se não fosse pela protecção dispensada pelo Estado contra terceiros: a abstenção do Estado perante as tentativas de violação do direito de propriedade de uns cidadãos por outros redundaria numa insegurança impossibilitadora do direito de propriedade. Nenhum proprietário deixaria de reclamar uma acção positiva do Estado.

Contudo, os meios de protecção do direito de propriedade que o Estado dispensa aos cidadãos constantemente (leis, administração pública, nomeadamente conservatórias do registo predial e todo um exército de funcionários dedicados a tarefas administrativas indispensáveis à segurança dos títulos de propriedade, polícia, tribunais, no limite as forças armadas) são muito onerosos. Porventura, será alguém capaz de afirmar temerariamente que esses direitos estão “sob reserva do possível”? A questão então parece resumir-se a uma definição de prioridades, prioridades essas que se fundamentam nas ideologias políticas particulares dos intérpretes.

Uma contra-objecção consistiria em assinalar correctamente que, ou se reconhece o direito a uma certa liberdade de conformação do legislador, ou então este ficará reduzido ao papel de mero “autómato” do projecto da Constituição, sem que o fenómeno da alternância no poder altere em nada as

políticas públicas praticadas. Nesse sentido, “absolutizar” os direitos sociais seria fechar o sistema político numa imobilidade anti-democrática. Sem dúvida que reconhecer aos direitos sociais uma normatividade não inteiramente dependente da “reserva do possível” (ou das prioridades políticas das forças conjunturalmente maioritárias) tem algo de potencialmente anti-democrático. No entanto, o mesmo se pode dizer de muitos outros direitos, como o direito à propriedade privada, ou as garantias de processo criminal (artigo 32.º) ou até, no limite, do direito à vida (artigo 24.º). Trata-se de direitos contra as maiorias, contra o que a vontade maioritária possa querer em determinada altura. É justamente para isso que serve uma Constituição e a constitucionalização dos direitos fundamentais: para proteger bens que se julga demasiado importantes para poderem ser destruídos ou negativamente afectados por flutuações conjunturais nas preferências das pessoas, o mesmo é dizer, para protegê-los das vicissitudes de um processo democrático que é necessariamente baseado no princípio da decisão pela vontade da maioria.

As revisões constitucionais de 1982 e 1989 e a Constituição económica actual

Em 1982, a prioridade política passava por uma reestruturação das instituições políticas. O objectivo explícito desta revisão era a eliminação da organização política peculiar do período revolucionário, nomeadamente e sobretudo, do Conselho da Revolução. Ainda assim, verificaram-se mudanças na linguagem empregue a propósito dos direitos e finalidades económicas.

Genericamente, há uma atenuação do “telos socialista”, através de uma limpeza verbal dos termos mais explícitos (as palavras socialismo e relações de produção socialistas são quase eliminadas, embora o artigo 2.º mantenha a referência ao socialismo).

O sistema económico “misto” deixa explicitamente de ser tratado como uma mera fase transitória rumo a um sistema de propriedade social dominante.

A revisão constitucional de 82 veio recolocar a iniciativa privada dentro do catálogo dos direitos fundamentais, ao lado da iniciativa autogestionária, reflectindo uma nova valorização da iniciativa não estatal e sobretudo da iniciativa privada no sistema económico que não se encontrava assim subalternizada.

A revisão de 89, por contraste, revelou-se a mais profunda e directamente direccionada à reestruturação da Constituição económica. À excepção do preâmbulo, que se mantém até hoje inalterado, embora sem valor jurídico-constitucional real, desaparecem de todo as referências ao socialismo, embora não a um ideal emancipador.

A opção socialista não é agora uma imposição constitucional, não é a única forma de realizar o seu ideal emancipador: a Constituição assume que há várias formas de realizar uma democracia económica e uma sociedade justa e que não cabe ao texto constitucional, mas ao(s) legislador(es) ordinário(s), democraticamente legitimado(s), em consonância com as suas mundividências particulares, conformar as estruturas socioeconómicas básicas da sociedade, dentro de alguns limites e respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos.

Podem dizer-se, pois, que a Constituição não exige nem escolhe antecipadamente um sistema económico, socialista ou capitalista, limitando-se a restringir a livre escolha da maioria democraticamente eleita à realização de um ideal mais vago de democracia emancipatória e participativa. Este é o ideal de uma democracia que não se entende num sentido puramente formalista, uma democracia política que se entende como estando assente na democracia económica, social e cultural, ou, por outras palavras, uma democracia política cujos pilares fundadores se encontram em estruturas económicas sociais e culturais, também elas solidamente democráticas ou favorecedoras de uma ordem constitucional democrática⁷.

Se este ideal constitucional não está, a partir de 89 e até hoje, comprometido com a opção socialista e se a sua teleologia se tornou mais vaga, podendo autorizar e ser realizada por políticas sociais e partidos de distintas proveniências ideológicas, não deixa de ser verdade que o “princípio da democracia económica, social e cultural tem a mesma dignidade constitucional do princípio do estado de direito e do princípio da democracia política, estando, tal como eles, garantido contra leis de revisão substancialmente perversoras.” (Canotilho, 1997, p. 331).

Assim, nos termos do artigo 1.º, Portugal é uma república empenhada, não na construção de uma sociedade sem classes, mas simplesmente em erigir “uma sociedade livre, justa e solidária” o que implica, nos termos do artigo 2.º, que o Estado garante a efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e em particular que visa “a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”, redacção que pouco mudou com a revisão de 97. O artigo 9.º, alínea *d*) agora, obrigava o Estado a “promover o bem-estar e qualidade de vida do povo e a igualdade real entre

⁷ Nas palavras de Gomes Canotilho: “O princípio da democracia económica, social e cultural contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direcção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma actividade económica e social conformadora das estruturas socioeconómicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática (CFR. Artigos 2.º e 9.º). No seu cerne essencial (...) é um mandato constitucional juridicamente vinculativo que limita a discricionariedade legislativa quanto ao «se» da actuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao como da sua concretização (cfr. Ac. TC 189/90).” (CANOTILHO, 1997, pp. 331-332).

os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais [e ambientais, a partir da revisão de 1997], mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”.

A iniciativa económica privada tinha entretanto sido transferida para o catálogo dos direitos fundamentais, e lá se pode verificar que já não se encontra funcionalizada ao que a versão original da Constituição designava por “progresso social”. Este direito fundamental terá que ser exercido, é certo, dentro dos parâmetros definidos pela Constituição e pela lei e “tendo em conta o interesse geral” (artigo 61.º, n.º 1) e, naturalmente, o Estado poderá definir⁸, por lei, “sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e outras entidades da mesma natureza”. No entanto, a acção do Estado sobre a gestão de empresas privadas vê-se severamente restringida pelo n.º 2 do artigo 86.º, num acentuado contraste com o que sucedia na versão original. O Estado agora “só pode intervir na gestão de empresas privadas a título transitório, nos casos expressamente previstos na lei e, em regra, mediante prévia decisão judicial”. Antes da revisão de 89, recorde-se, o então artigo 85.º não só não continha qualquer referência à necessidade de prévia decisão judicial autorizando a intervenção estatal, como apresentava a estrutura de uma norma essencialmente permissiva (e não restritiva): “o Estado pode [e não “só pode”] intervir “para assegurar o interesse geral e os interesses dos trabalhadores, em termos a definir pela lei”.

Finalmente, e sublinhando o carácter patentemente mais aberto da estrutura económica do Estado, a revisão constitucional de 1997 reforma radicalmente a alínea *c*) do artigo 80.º, passando a considerar-se que um dos princípios sobre o qual assenta a organização económico-social portuguesa é precisamente “a liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista”. Até então (e mesmo após a revisão de 1989), na alínea *c*) da Constituição, lia-se, contrastantemente, que a organização económico-social assentava na “apropriação colectiva de meios de produção e solos, de acordo com o interesse público, bem como dos recursos naturais”⁹.

⁸ Na redacção anterior a 1997, lia-se que “a lei definirá” e não, como actualmente, que “pode definir” os sectores vedados. Ainda que textual e juridicamente a diferença aparente ser mínima, o atenuar do “tom” imperativo é significativo: a lei obrigava a essa definição dos sectores básicos pelo Estado e, portanto, à existência dos mesmos, enquanto hoje em dia a lei limita-se a permitir essa definição pelo Estado, que pode ou não exercer essa faculdade (CANOTILHO, 1997, p. 212).

⁹ Verdade seja dita, hoje em dia, na alínea *d*) o conteúdo da antiga alínea *c*) está quase todo presente. Não obstante, note-se que, enquanto a antiga alínea *c*) falava na apropriação pública (algo que apontava para um processo contínuo, para um movimento dinâmico e progressivo, coadunando-se com o carácter transformista e socialista da Constituição na sua versão revolucionária), a actual alínea *d*) refere-se à “propriedade pública”, denotando uma realidade “fixa”, estável, reflectindo a nova postura constitucional.

A estrutura mista da economia portuguesa, assente na coexistência dos três sectores [público, privado e cooperativo e social, nos termos da alínea *b*) do artigo 82.º] já não é transitória, já não se trata de uma “concessão” temporária da Constituição transformista, um mal necessário, por assim dizer, mas sim um elemento positivo e caracterizador da ordem social justa constitucionalmente exigida.

Naturalmente, é relevante notar que a abertura aos vários modelos socioeconómicos não é total. Por um lado, há alguns limites intransponíveis e bem concretos aos intuítos reformadores da economia portuguesa. Note-se, por exemplo, que o actual artigo 84.º (aditado aquando da revisão de 1989) define constitucionalmente como pertencendo ao domínio público um conjunto de bens (águas territoriais, lagos, cursos de água navegáveis, camadas aéreas superiores, jazigos minerais, estradas, linhas férreas, etc.), estando, pois, vedada a possibilidade de transferência destes bens para a mão de privados sem uma prévia revisão constitucional deste artigo, independentemente das preferências ideológicas dos executivos.

Qualquer que seja a evolução do regime económico português, essa evolução não poderá pôr em causa a coexistência dos três sectores de propriedade (público, privado e cooperativo e social) enunciados no artigo 82.º.

Mais radicalmente ainda, esta coexistência constitui um dos limites materiais de revisão da Constituição [artigo 288.º, alínea *f*)], pelo que, das duas uma: ou se considera o mesmo absolutamente intransponível face a qualquer revisão constitucional (e a Constituição será, portanto, totalmente rígida neste aspecto da organização económica do Estado), ou, alternativamente, considera-se admissível a tese da dupla revisibilidade (ou seja, que, numa primeira revisão, se poderia extrair do rol dos limites materiais de revisão a obrigatoriedade da coexistência dos três sectores constante do artigo 82.º, para, em seguida, numa segunda revisão, poder alterar a disposição em causa – artigo 82.º – no sentido de permitir a eliminação ou subordinação total de um dos sectores a outro)¹⁰.

¹⁰ Esta posição, a tese da dupla revisão, muito criticada, aliás, é, desde há muito, sustentada por Jorge Miranda: “As cláusulas de limites realçam de novo a ideia de Direito, a estrutura fundamental, aquilo que identifica a Constituição em sentido material subjacente à Constituição em sentido formal. Mas não podem impedir futuras alterações que atinjam tais limites, porque o poder constituinte é, por definição, soberano. O que obrigam é a dois processos, em tempos sucessivos, um para eliminar o limite da revisão e outro para substituir a norma constitucional de fundo garantida através dele; o que obrigam é a tornar patente (...) que a Constituição em sentido material já não é a mesma. (...) uma coisa é remover os princípios que definem a Constituição em sentido material e que traduzem os limites de revisão, outra coisa é remover ou alterar disposições específicas do articulado constitucional que explicitam, num contexto histórico determinado, alguns desses limites. Nada permite equiparar supra-rigidez a insusceptibilidade de modificação, salvo revolução, ou assimilar limites materiais a limites absolutos. Não há limites absolutos. *Absoluto deve ser, sim, o respeito de todos os limites*, de todas as regras – tanto materiais como formais – *enquanto se conservarem em vigor*.” (MIRANDA, 2000b, tomo II, pp. 199-201).

Em qualquer caso, o sistema misto ou de cooperação dos vários sectores recebe especial e reforçada protecção constitucional. Não quer isto dizer que não haja margem de manobra para o legislador ordinário e para os governos promoverem mais um tipo de propriedade, pública ou privada, em função das suas preferências ideológicas e dos seus distintos programas políticos: o que significa é que nunca seria possível, no âmbito da Constituição portuguesa (pelo menos na sua versão actual), quer uma estatização total da economia, quer uma abertura à privatização generalizada dos bens económicos portugueses.

Por outro lado, dentre os vários sistemas económicos, alguns, ou algumas versões deles, serão incompatíveis com a promoção da igualdade real entre os cidadãos e com a protecção dos direitos sociais e económicos ou ainda com o princípio da subordinação do poder económico ao poder político, todos eles decorrentes, aliás, do princípio da democracia económica e social. Um regime económico que opte por um retrocesso neoliberal muito acentuado entra, portanto, em directa contradição com a Constituição.

Por exemplo, o artigo 64.º, relativo ao direito à saúde, continua a obrigar o Estado à criação e manutenção de um serviço de saúde universal e geral, mas que agora, “tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, [será] tendencialmente gratuito”.

Por outro lado, há autores, como Gomes Canotilho, que sustentavam, em 1997, que (ainda) existe uma cláusula de proibição de retrocesso, segundo a qual seria inconstitucional extinguir, sem mais, direitos legalmente adquiridos em momento anterior, pelo menos quando a legislação que lhes deu origem não seja substituída por alguma disposição legal que assegure algum tipo de mecanismo compensatório aos beneficiários dos direitos. Assim, nas palavras do constitucionalista coimbrão, “O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial”¹¹. No acórdão constitucional 39/84, o Tribunal

¹¹ Em sentido similar, embora não exactamente invocando os mesmos argumentos, fala Jorge Miranda: “Verifica-se uma integração dinâmica das normas constitucionais e das normas legais, de tal sorte que os direitos sociais só se tornam plenamente actuantes através de direitos derivados a prestações.

Logo, não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às corres-

pronunciou-se pela inconstitucionalidade de um diploma que revogava uma lei (ou parte dela) que instituía finalmente o Serviço Nacional de Saúde, tal como a Constituição impunha desde 1976. O mais interessante é que fê-lo com base no argumento de que, uma vez cumprida a obrigação constitucional (ainda que só na letra da lei e não em termos materiais) que impedia sobre o Estado de criar esta instituição, a sua eliminação constituiria uma violação da Constituição não por omissão, mas sim por acção, na medida em que se haviam cristalizado juridicamente e tornado intocáveis a instituição e os respectivos direitos sociais: o Estado agora não pode agredir os direitos já criados.

Autores como Jorge Reis Novais (Novais, 2004) criticam, aliás, a contenção excessiva do Tribunal Constitucional noutros acórdãos em que, segundo este autor, se impunha novamente a declaração da inconstitucionalidade por acção. No caso da instituição das taxas moderadoras (abordada no acórdão 148/94), a fórmula “tendencialmente gratuito” imporia que ao longo do tempo os custos para os cidadãos viessem a tornar-se progressivamente mais pequenos. A instituição de taxas moderadoras seria, por isso, marcadamente retrógrada, agredindo o nível de realização de direitos sociais (do direito social ao acesso ao serviço nacional de saúde) já atingido pelos cidadãos. O mesmo seria possível dizer a propósito das propinas no ensino público, já que o princípio da progressiva gratuitidade de todos os graus de ensino, em particular do ensino superior, implicaria que, a cada ano ou a cada legislatura que passasse após a data da aprovação da Constituição, o ensino superior deveria ser, no mínimo, tão gratuito como antes e de preferência mais gratuito do que antes (com a data de “início” para essa contabilização sendo 1976).

Mesmo as normas marcadamente “programáticas” não podem ser de todo ignoradas para a compreensão do que é constitucionalmente admissível, ou não, no plano da organização económica, sobretudo quando são complementadas por obrigações de legislar (imposições legiferantes, na terminologia de Gomes Canotilho e Vital Moreira) relativamente claras.

Assim, em matéria fiscal, onde as divergências ideológicas se fazem sentir com especial nitidez, atendendo, por um lado, à capacidade redistributiva dos

pendentes normas constitucionais. Nisto consiste a regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito. (...) O legislador, de acordo com os seus critérios e as legítimas opções provenientes do eleitorado, pode adoptar tempos, modo e conteúdos de concretização; nem poderia deixar de assim ser por força da regra da alternância democrática (...) Nada obriga, por exemplo a que o serviço nacional de saúde (artigo 64.º) ou o sistema de ensino (artigos 74.º, 75.º e 76.º) tenham de obedecer sempre aos mesmos paradigmas: podem ser, ora mais centralizados ora mais descentralizados, ora mais estatizantes ora mais liberalizantes. O que não pode é o legislador deixar de prever e organizar tal serviço e tal sistema” (MIRANDA, 2000c, tomo IV, pp. 397-399).

impostos e, por outro, ao seu carácter potencialmente agressivo para alguns direitos fundamentais – nomeadamente o direito de propriedade (artigo 62.º), quando um imposto assuma dimensão quasi-expropriatória – a latitude do legislador ordinário, ainda que grande, encontra-se constringida pelos limites que lhe são impostos pelos artigos 103.º e 104.º da Constituição. Nos termos do artigo 103.º, n.º 1, o sistema fiscal tem, de facto, não apenas a função de obter fundos para a acção do Estado, mas também de operar uma “repartição justa dos rendimentos e da riqueza”, objectivo este que deverá ser atingido por meio de um imposto sobre o rendimento pessoal que precisamente, nos termos do artigo 104.º, n.º 1, “visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar”. Esta progressividade do sistema fiscal, estando directamente relacionada com o objectivo de atingir “a democracia económica, social e cultural” e com o desiderato da igualdade real entre os portugueses (que, sem violar o princípio da igualdade “formal” do artigo 13.º, mas antes complementando o seu sentido, manda tratar o que é desigual desigualmente e o igual igualmente), a não se verificar na ordem jurídica portuguesa, é susceptível de ferir de inconstitucionalidade as leis fiscais portuguesas. O Estado, portanto, nos termos da Constituição, não poderá em caso algum criar um imposto que taxe todos os rendimentos por igual: nunca poderão todos pagar o mesmo valor absoluto de imposto (o chamado imposto “lump-sum”), nem lhes pode ser aplicada uma única e mesma taxa de imposto¹².

Nos termos do n.º 2 do artigo 103.º, que define algumas garantias institucionais/formais dos sujeitos tributários, os impostos só podem ser criados por lei (e nunca por qualquer regulamento administrativo), lei essa que só será válida na medida que determine “a incidência, a taxa, os benefícios fiscais, e as garantias dos contribuintes”. Se assim não for, a lei incorrerá em inconstitucionalidade, como se depreende do n.º 3 do mesmo artigo. Por outro lado, reconhece-se um direito à resistência dos cidadãos face à tentativa de cobrança pelo Estado de impostos de natureza retroactiva ou que não respeitem o previamente disposto em lei.

No capítulo dos impostos sobre o consumo, lê-se que estes visam “adaptar a estrutura do consumo à evolução das necessidades do desenvolvimento económico e da justiça social, devendo onerar os consumos de luxo”. Nesse

¹² Escusado será referir a importância destes direitos e princípios para a definição e densificação daquilo que constitui a ordem económica constitucionalmente válida, nomeadamente ao demonstrar quais são os limites que o Estado não pode ultrapassar quando recorre aos recursos económicos dos particulares e das empresas privadas. Doutra forma, o caminho poderia estar aberto ao Estado para, por via fiscal, quase aniquilar a economia privada.

sentido, deveria considerar-se inconstitucional uma lei que onerasse de forma equivalente ou mais pesada os consumos de bens de primeira necessidade face aos consumos de luxo (ex: carros desportivos, aviões privados, etc.). Neste ponto, portanto, há limites claros, ainda que não muito estreitos, à discricionariedade dos governos constitucionais na sua acção fiscal.

E ainda que seja verdade que alguns dos termos usados na Constituição são eles próprios objecto de disputa científica acerca do seu real significado (não há, por exemplo, uma definição unívoca do que se deva considerar “pleno emprego”, expressão empregue pelo artigo 58.º, n.º 2, alínea *a*)), ou ainda que alguns conceitos estejam sujeitos a uma evolução necessária em virtude das alterações sociais, económicas e culturais que as sociedades vão sofrendo, não se pode simplesmente ignorar ou menosprezar os termos empregues pela Constituição como meros artifícios retóricos. Assim, para dar um exemplo, o que hoje ainda é consumo de luxo, poderá deixar de o ser no futuro (o telefone, as televisões, os electrodomésticos em geral, constituíram, em tempos, luxos raros e não o são mais). O que importa, porém, é que é relativamente determinável em cada momento concreto, por um juiz ou até um cidadão comum, o que é um consumo de luxo, ou, pelo menos, o que ostensivamente ainda é, ou nitidamente já não é, passível dessa qualificação (objecto ou serviço de luxo).

O contexto da Constituição Espanhola de 1978: a transição pactada

A Constituição espanhola, também ela, nasce no contexto de uma transição para a democracia. Contudo, esse contexto é muito diverso do português. Nos estudos de ciência política, a transição espanhola é apresentada como o paradigma da transição pactada¹³, ou seja, da transição que se efectua em grande medida nos termos de um acordo entre as elites dirigentes do regime não democrático anterior e os dirigentes políticos e sociais daquele que será o novo regime democrático. Assim, o processo de transição espanhola foi um processo mais estável, sem ruptura do poder de Estado, sem quebra da ordem anterior, sem a emergência de vazios de poder, nem, muito menos, conflitos de poder entre vários órgãos, como ocorreu em Portugal.

Naturalmente, as forças que desejavam apressar a transição e que se mantinham, num primeiro momento, na clandestinidade, eram obrigadas a moderar as suas reivindicações perante um regime que mantinha o controlo sobre as

¹³ Sobre o contexto histórico da transição política espanhola, a partir de uma perspectiva da ciência política empírica, pode referir-se a obra de Linz e Stepan (LINZ e STEPAN, 1996, pp. 87-115)

forças armadas e, portanto, sobre as fontes de coercibilidade, enquanto do lado das forças da ordem constitucional e legal vigente, do lado franquista-conservador, estava fora de cogitação a pura e simples manutenção do “status quo”, atendendo à agitação política e social existente e ao receio de que o imobilismo e irredentismo acabassem por radicalizar a oposição anti-franquista e pôr em marcha um processo dificilmente controlável e inspirado na revolução portuguesa, tida como um exemplo claramente a não seguir.

Assim, de ambas as partes, havia um incentivo circunstancial para entrar num processo negocial caracterizado pela cautela e pela moderação. Ainda assim, há que reconhecer que este equilíbrio (no sentido de uma necessidade mutuamente sentida de diálogo e auto-restrição de reivindicações) não era um equilíbrio neutral: se no processo português esse equilíbrio se revelava claramente favorável às ideias de esquerda e socialistas, no caso espanhol, atendendo à vantagem estratégica *de facto* das elites dirigentes do franquismo, mantendo-se a ordem constitucional legal e institucional completamente operacional e dominando aquelas o poder das armas, o constrangimento maior fazia-se sentir precisamente sobre as forças e ideias da esquerda, sobretudo da esquerda mais radical. A Constituição espanhola, tal como no caso português, vai traduzir em grande medida esse equilíbrio de forças existente (mais favorável do que o português à contenção da esquerda económica e social) e as peculiaridades de todo o processo.

O consenso político-constitucional, além do mais, é, como seria natural, essencialmente um de interesses e não ideológico (Bassols Coma, 1985, p. 71 e p. 82). Daí, explica-nos Bassols Coma, o carácter um tanto ou quanto “mosaicado” do texto constitucional, pouco congruente ideologicamente, muito flutuante na linguagem escolhida, bem como nas técnicas jurídicas empregues (Bassols Coma, 1985, p. 83) e até pouco compreensível, ou de difícil interpretação, pelo menos nalgumas passagens

A Constituição económica espanhola

A teleologia da sociedade sem classes e as referências ao socialismo estão de todo ausentes. O preâmbulo e o artigo primeiro contrastam de forma manifesta com o que se podia ler então em Portugal: como em qualquer Constituição moderna, não falta o anúncio de um projecto de justiça para o país, do aqui e agora, bem como do futuro. Contudo, não apenas esse projecto é definido de uma forma mais vaga, mais “neutra”, como o elemento verbal emancipador e progressista está fortemente diluído, se comparado com a Constituição portuguesa, mesmo na sua versão actual.

Assim, diz-se no preâmbulo que “A nação¹⁴ espanhola (...) proclama a vontade de: garantir a convivência democrática no âmbito da Constituição e das leis e em conformidade com uma ordem económica e social justa”. Anuncia-se, em seguida, no artigo 1.º, n.º 1, que: “A Espanha constitui-se em Estado Social e democrático de direito, que afirma como valores superiores do seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político”¹⁵.

O artigo 9.º, n.º 2, que apresenta semelhanças com o homólogo artigo 9.º, alínea *d*), da Constituição portuguesa, define como tarefa ou função social do Estado “promover as condições para que a liberdade e igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efectivas, remover os obstáculos que impedem ou dificultam a sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, económica, cultural e social”. Como informam Bassols Coma e Óscar Asenjo, os juristas politicamente mais à esquerda tentaram ler esta norma como abrindo caminho para a via do socialismo democrático (Asenjo, 1984, p. 74) No entanto, segundo Asenjo, se as portas se encontram abertas ao socialismo democrático, encontram-se também abertas às críticas e propostas liberais. O que é certo é que, se a Constituição espanhola quisesse consagrar um modelo económico socialista como uma imposição incontornável para o legislador, deveria tê-lo feito explicitamente e concretizando e densificando “com certo detalhe as novas regras do jogo económico”, como o fez a Constituição portuguesa na sua versão original (Asenjo, 1984, pp. 75-76). Esta posição, partilhada por Óscar Asenjo e Bassols Coma, é relativamente pacífica.

¹⁴ A escolha do termo nação, em vez de “povo”, é desde logo um dos muitos casos em que o peso do ambiente político e da relação de forças se faz sentir na estrutura linguística da Constituição: são predominantes os termos de tradição conservadora, ou moderada, por contraste com as expressões típicas da esquerda política – em marcado contraste com o texto constitucional português. O emprego da palavra “nação”, neste caso, parece reflectir, por um lado, a preocupação dos sectores conservadores com a questão dos nacionalismos basco e catalão e, por outro, a resistência a uma linguagem querida à tradição republicana, esquerdista e democrático-jacobina.

¹⁵ É de referir que a liberdade (surgindo como substantivo abstracto e não como adjectivo – tal como sucede no artigo 1.º da Constituição portuguesa, para classificar a sociedade constitucionalmente desejada – ou apenas como substantivo plural, “as liberdades” ou “direitos e liberdades” – como sucede na Constituição portuguesa), surge em primeiro lugar na enunciação dos fins da sociedade. Note-se ainda a contensão verbal da definição, em que a palavra justiça não vem adjectivada de social ou económica (embora o Estado de Direito seja “social”), nem a igualdade de “real”, “económica” ou “substancial”. Por fim, nem sequer uma referência à ideia de solidariedade, novamente em contraste com o artigo 1.º da CRP. Todos estes elementos aproximam mais o artigo 1.º da Constituição espanhola, em relação ao correspondente artigo 1.º da Constituição portuguesa, das fórmulas constitucionais mais tradicionais, i.e., liberais.

Contudo, uma leitura articulada da Constituição, atendendo em particular ao artigo 38.º, torna mais discutível a alegação de que a via socialista está “em aberto” e é tão plausível e constitucionalmente válida como outras alternativas (assentes na prevalência de uma organização capitalista da economia). Esta possibilidade foi alegada por deputados do partido comunista espanhol na assembleia constituinte espanhola, mas é dificilmente compatível com o artigo 38.º ou com uma interpretação sistemática adequada do texto constitucional, pese embora a redacção do artigo 9.º. Mesmo quando Óscar Asenjo se refere ao “socialismo democrático”, esta expressão deve ser entendida no sentido de uma “social-democracia” (mais ou menos avançada) no seio de instituições ainda capitalistas.

Uma diferença substancial e que torna a própria comparação directa entre as constituições dos dois países algo difícil no domínio da organização e disciplina da ordem económica é a assistemática do texto constitucional espanhol: os artigos relevantes em matéria de regulação do sistema económico estão dispersos pelo texto.

Por isso, como afirma Martin Bassols Coma, tentar estudar o económico na Constituição estará destinado ao fracasso, se se restringir à análise dos artigos contidos nos capítulos e títulos de epígrafe económica (Bassols Coma, 1985, p. 105). Não obstante essa assistemática, deve assinalar-se a existência de um capítulo III na Constituição espanhola, onde, segundo a epígrafe do mesmo, estão enunciados os “princípios directivos da política social e económica”. Sem esquecer, repita-se, que estes não esgotam, de forma alguma, a regulação jurídico-constitucional da esfera económica.

Com efeito, encontram-se condensados em artigos consagradores de direitos fundamentais (em particular na Secção segunda do Capítulo II) princípios fundamentais da ordem jurídica espanhola (do mesmo passo que indirectamente se reconhecem direitos fundamentais dos espanhóis nos princípios directivos da política social e económica do Capítulo III). Além do mais, ainda se podem encontrar alguns preceitos relativos ao domínio financeiro e económico no título VII da Constituição. Dada a relevância primacial que alguns artigos do capítulo segundo (sobre os direitos e liberdades fundamentais) têm para o entendimento global da ordem constitucional económica espanhola, tem-se por mais adequado começar por abordar este capítulo, antes de entrar no capítulo terceiro.

Direitos fundamentais com relevância económica

No capítulo segundo do título primeiro, vêm especificados, como categoria mais relevante ou primária de direitos fundamentais na ordem jurídica

espanhola, os chamados direitos e liberdades dos cidadãos espanhóis¹⁶. Entre estes encontramos sobretudo direitos ditos de primeira e segunda geração, isto é, direitos sobretudo nascidos do liberalismo e direitos de participação política. Contudo, note-se que se encontram neste catálogo outros direitos que implicam obrigações de prestação do Estado. O caso mais flagrante é o do artigo 27.º, n.º 4, que, especificando as consequências do n.º 1 do mesmo artigo, onde pode ler-se que “Todos têm direito à educação (...)”, vem determinar explicitamente que “O ensino básico é obrigatório e gratuito”. É verdade que nem o n.º 5, nem qualquer outro número do artigo 27.º (ou outro artigo), determinam que ensino básico gratuito signifique aqui ensino “público”. Não fica menos claro, todavia, que o Estado está constitucionalmente obrigado a garantir aos cidadãos que estes não pagarão pela sua frequência de estabelecimentos de ensino e ainda que os poderes públicos terão que envidar esforços no sentido de que ninguém fique “de fora” do direito à educação, mesmo que o beneficiário ou os seus pais não o desejem.

Sublinhando as insuficiências deste preceito, Óscar Asenjo (Asenjo, 1984, pp. 127-128) mostra como o particular pode recorrer ao tribunal constitucional quando não consiga ser admitido numa escola pública e que este tribunal deverá ordenar a sua admissão numa escola pública quando esta exista (ou quando ainda haja vagas nas escolas públicas). No caso, porém, de não existirem mais vagas nas instituições públicas, nem haver fundos para conceder uma bolsa, o cidadão ver-lhe-á ser negado o direito que a Constituição lhe outorga.

Já no artigo 31.º, n.º 1, se pode ler que o sistema tributário deverá ser “justo” e “inspirado nos princípios de igualdade e progressividade”, embora se possa questionar se esta redacção significa realmente que todos os impostos terão que ser obrigatoriamente progressivos ou criados com o intuito de promover a igualdade entre os cidadãos – sendo a resposta negativa a mais provável.

¹⁶ Nos termos do artigo 53.º da Constituição espanhola, de certa forma análogo ao artigo 18.º da CRP, embora menos restritivo da acção estatal neste domínio (na medida em que, por exemplo, não consagra expressamente um princípio da necessidade, ou a proibição da retroactividade), estes “direitos e liberdades” do capítulo II do título primeiro não apenas vinculam o Estado (“os Poderes Públicos”), mas o seu exercício só poderá ser restringido por meio de lei que “em qualquer caso, deverá respeitar o seu conteúdo essencial”. Por outro lado, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, “Qualquer cidadão poderá pedir a tutela das liberdades e dos direitos a que se referem o artigo 14.º e a secção I do capítulo II perante os tribunais ordinários mediante um procedimento baseado nos princípios de preferência e de sumariedade e, quando for caso disso, através do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional (...)”. Neste ponto, a Constituição espanhola mostrou-se mais “generosa” do que a portuguesa, permitindo o recurso de amparo aos cidadãos, embora restringido este mesmo direito a uma categoria bastante limitada de direitos e de tradição sobretudo (mas não apenas) liberal-burguesa.

Óscar Asenjo vê neste artigo mais do que uma mera norma programática, autorizando “uma impugnação legislativa e jurisdicional daqueles programas de despesas públicas que se esqueçam de dispensar uma protecção especial aos grupos sociais mais necessitados, ou que não atendam à prestação de bens comunitários” (Asenjo, 1984, p. 132).

O direito à propriedade privada e herança, bem como à livre iniciativa económica (ou liberdade de empresa) são reconhecidos no capítulo II da Constituição.

Contudo, o legislador constituinte espanhol optou por impor alguns limites a estes direitos por meio de fórmulas bastante vagas: no caso do direito à propriedade privada, o n.º 2 do artigo 33.º dispõe que a “função social destes direitos delimitará o seu conteúdo nos termos da lei”.

A função social da propriedade é um conceito perfeitamente indeterminado e que pode deixar em princípio margem de manobra, quer para uma restrição substantiva e profunda da mesma, quer para uma consagração quase irrestrita do mesmo direito. A ideia básica é a de que o direito de propriedade só se justifica em função do trabalho, da produção. Associado ao direito à detenção da propriedade está um dever ou conjunto de deveres (dever de dar um fim produtivo à terra, por exemplo, e de, portanto, fazer a comunidade no seu conjunto beneficiar da sua detenção de propriedade privada) cujo não cumprimento poderia, no limite, implicar a cessação desse direito (Bassols Coma, 1985, pp. 115-118).

A ideia de função social não é, contudo, de forma alguma, uma novidade no pensamento político, tendo uma longa tradição, aliás, na esteira do pensamento cristão medieval e da doutrina social da igreja. Como afirma Bassols Coma (Bassols Coma, 1985, pp. 115-116), «a fórmula da função social no seio do constitucionalismo responde a um compromisso entre distintas opções e não deixa de ser ambígua – como muito acertadamente pôs em destaque Baldomero Argente (...) “a frase função social da propriedade é, pois, a expressão ambígua de um pensamento confuso, que se apercebe da existência de um injustiça, mas não consegue saber qual é, ou não se atreve a concretizá-la”».

Algo semelhante ocorre a propósito da possibilidade de expropriação no n.º 3 do mesmo artigo: esta só poderá ocorrer “por causa justificada de utilidade pública ou interesse social (...)”. O que pretende ser uma norma restritiva dos poderes de expropriação do Estado invoca como limite dessa possibilidade algo tão indefinido como “a utilidade pública” ou o “interesse social”, ao mesmo tempo que não determina que a indemnização deverá ser justa ou prévia (Bassols Coma, 1985, pp. 117-118).

O artigo 38.º e a abertura relativa da Constituição aos vários sistemas económicos

O artigo 38.º, onde se consagra o direito à liberdade de empresa é de grande relevância para se entender com maior precisão a concepção de ordem económica e social justa para a Constituição espanhola. Aqui pode ler-se que “É reconhecida a liberdade de empresa no âmbito da economia de mercado. Os poderes Públicos garantem e protegem o seu exercício e a defesa da produtividade, de harmonia com as exigências da economia geral e, se for caso disso, de planificação”. Asenjo defende que este direito, bem como o direito de propriedade, constante do artigo 33.º, têm ambos um carácter relativo, na medida em que o constituinte submete-os “ao poder delimitador do poder legislativo para que cumpram uma função social e se desenvolvam em consonância com as exigências da economia geral”. Conclui afirmando que assim se abre “uma via ao controlo democrático do poder empresarial”, deixando-se a amplitude e profundidade desta mesma via, contudo, ao critério do legislador ordinário (Asenjo, 1984, p. 102).

Pode-se concordar genericamente com a tese do autor de que a Constituição é regida por um princípio de compatibilidade entre a iniciativa pública e privada: que não existe subordinação de uma à outra e que, em particular, não se pode falar em subsidiariedade da iniciativa pública face à iniciativa privada (Asenjo, 1984, pp. 95-99). O limite exacto da liberdade de conformação do sistema económico é, naturalmente, discutível. O Tribunal Constitucional espanhol, num acórdão de 16/11/1981, veio considerar que “a norma do artigo 38.º e a referência à livre iniciativa no âmbito da economia social de mercado permite um sistema económico de economia plenamente liberal, uma economia intervencionada e uma economia planificada, pelo menos por meio da planificação indicativa”

O artigo é relevante na medida em que retira das mãos do legislador ordinário a liberdade de definição do regime económico, ao estabelecer imperativamente, para o momento presente e futuro, a inconstitucionalidade de uma via socialista em matéria económica, surgindo como a antítese à “opção constitucional socialista” portuguesa de 76.

Se a Constituição portuguesa na sua versão original determinava o socialismo como fim impreterível e inadiável da comunidade política, ainda que deixasse em aberto a possibilidade da manutenção temporária de estruturas económicas de transição, e se a actual versão de certa forma deixa a opção geral de sistema económico aberta e indeterminada, a Constituição espanhola consagrou inequivocamente como modelo económico a economia de mercado. Na opinião de Óscar Asenjo, cujo raciocínio seguimos neste ponto: “Economia

de mercado significa, antes de mais, uma ordem económica pluricêntrica, na qual operam um pluralidade de agentes económicos com livre iniciativa, isto é, capazes de tomar decisões de relevância económica (...). A descentralização de um sistema consiste em conceder a estes sujeitos iniciativa económica própria ou, por outras palavras, garantir-lhes a liberdade de consumo, a liberdade de trabalho e liberdade de empresa (...) é possível imaginar uma economia de mercado sem propriedade privada dos meios de produção, mas (...) Uma interpretação conjugada dos artigos 33.º e 38.º esclarece que o constituinte espanhol pressupunha uma economia de mercado baseada na propriedade privada dos meios de produção (...) Os sistemas económicos monocêntricos, ou seja, aqueles que concentram no Estado todo o poder económico, despojando o indivíduo das suas liberdades económicas, tais sistemas são os únicos que, por princípio, podem considerar-se postos de lado pela nossa lei fundamental.” (Asenjo, 1984, pp. 148-149). Mesmo a planificação, admitida relutantemente no final do artigo, e novamente afirmada como uma mera possibilidade (trata-se de uma autorização constitucional, não de uma imposição constitucional), no âmbito de uma plena autonomia do legislador, no artigo 131.º, n.º 1, far-se-á sempre dentro dos limites de um sistema económico capitalista, tendo como propósitos, simultaneamente, o crescimento da riqueza e “a sua mais justa repartição”.

Embora o sistema económico constitucionalmente consagrado seja o de uma economia de mercado, não se trata aqui de um capitalismo absolutamente livre e desregulado: em traços gerais é um Estado social ou social-democrata, embora seja dada uma ampla margem de conformação ao legislador em função das suas preferências ideológicas e prioridades programáticas. O legislador terá em todo o caso que atender às normas programáticas, ainda que a realização das mesmas esteja “sob reserva do possível” (em particular, considerando as limitações orçamentais e económicas).

Assim sucede com o artigo 40.º, n.º 1 que atribui ao Estado a responsabilidade de não apenas promover “o progresso social e económico”, mas também de proceder a uma distribuição “mais equitativa”, quer a um nível interpessoal, quer inter-regional, dos frutos desse progresso.

Determina, por fim, o mesmo artigo 40.º, n.º 1 que os “Os poderes públicos (...) De maneira especial, realizarão uma política orientada para o pleno emprego”. Esta vinculação, porém, não é tão estrita como numa primeira análise se poderia pensar e, como bem sublinha Óscar Asenjo, não fecha as portas “àqueles programas económicos que colocam como objectivo prioritário reduzir o índice da inflação, ainda que à custa de um aumento do desemprego. Exige, isso sim, que tais políticas estejam orientadas, em última instância, para o pleno emprego” (Asenjo, 1984, p. 117). Daqui resulta, como explica o autor, que as políticas que assumam um abandono temporário do objectivo de pleno

emprego, carecem de uma justificação especial, ao passo que as orientadas mais directamente para o combate ao desemprego gozam de uma espécie de presunção de constitucionalidade (já que se coadunam de uma forma directa e imediata com o texto e objectivos constitucionais).

Em geral, convém contrapor ao artigo 38.º, não apenas os objectivos dos artigos 2.º e 9.º da Constituição espanhola, mas o disposto no artigo 128.º: “Toda a riqueza do país, nas suas diversas formas e seja qual for a sua titularidade, está subordinada ao interesse geral”.

Novamente, encontramos-nos perante uma fórmula vaga, mas que sublinha com clareza o distanciamento da actual Constituição espanhola dos entendimentos liberais mais tradicionais sobre o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa privada. O interesse geral da comunidade tem como consequências uma autorização de reserva para o sector público de “recursos ou serviços essenciais, especialmente em caso de monopólios” (artigo 128.º, n.º 2) e uma autorização de intervencionismo no seio de empresas privadas (idem, *in fine*). Complementando o artigo 128.º, o artigo 132.º, n.º 2 vem, paralelamente ao artigo 84.º, n.º 1 da Constituição portuguesa, reservar para o domínio público alguns bens (sobretudo bens que se conectionam com a soberania): “a zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial, os recursos naturais da zona económica, a plataforma continental”. Significativamente, não estão protegidos de apropriação privada pela Constituição as estradas e as linhas ferroviárias (como sucede na CRP). De qualquer forma, *in fine*, o preceito contém uma autorização ao legislador ordinário, aparentemente irrestrita (“e os restantes que a lei determinar”), para que este possa incluir no domínio público qualquer bem ou categoria de bens que entenda.

Pode extrair-se desta leitura conjugada dos artigos 128.º, n.º 2 e 132.º, n.º 2, que se deve considerar afastada da Constituição a doutrina da acção económica do Estado como subsidiária da acção económica dos privados. Óscar Aseñjo fala a este propósito num princípio de compatibilidade entre a iniciativa pública e privada.

Por outro lado, e surpreendentemente, a autorização de intervenção pública em empresas privadas não encontra qualquer limite preciso e explícito a não ser o de que só poderá ocorrer quando “assim o exija o interesse geral” (artigo 128.º, n.º 2, *in fine*). Atendendo à extrema indeterminação do conceito, os únicos limites mais precisos (pouco mais precisos) que se encontram no texto constitucional ao intervencionismo público serão, por um lado, o limite da economia de mercado do artigo 38.º e a necessidade de preservação do “conteúdo essencial” dos direitos constantes do capítulo II (artigo 53.º, n.º 1), em particular, do direito de propriedade privada e de iniciativa económica privada.

O limite que o termo “economia de mercado” impõe à intervenção pública, é o de que a intervenção não poderá ser tão lata ou profunda que implique a transição para um modelo económico de tipo socialista. A fronteira entre um intervencionismo ainda compatível com a economia de mercado e um intervencionismo que implica a entrada num novo tipo de sistema económico, naturalmente, é tudo menos nítida e indiscutível.

Esta foi uma das consequências do processo constituinte: ainda que todos empregassem amiudemente o termo “economia de mercado”, cada um pensava que ao constitucionalizá-lo estava a constitucionalizar um significado específico e diferente daquele que os seus adversários políticos julgavam estar a ser constitucionalizado (Asenjo, 1984, p. 135).

Os direitos sociais fora do catálogo: o seu significado, valor e eficácia

A consagração de alguns direitos fundamentais fora do catálogo, embora não impliquem a existência de um direito subjectivo “self executing” a uma prestação estatal, continuam a servir de princípio orientador da actividade legislativa: assim se pode entender o artigo 47.º, que atribui um direito a habitação digna e adequada a todos os espanhóis, que, não conferindo embora um direito imediato aos particulares a que o Estado construa ou compre uma habitação para seu uso, insta os poderes públicos a velar pela realização efectiva desse direito, indicando como meios para esse fim a produção de legislação reguladora do uso do solo, “de acordo com o interesse geral” e com o propósito declarado de “impedir a especulação”.

O artigo 51.º estabelece uma obrigação dos poderes públicos de garantir “a defesa dos consumidores e utilizadores, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses económicos dos mesmos”. Daqui, não se retira qualquer prazo para o cumprimento da obrigação, nem muito menos qualquer concretização do que possam ser os “procedimentos eficazes” ou os meios de garantir os direitos dos consumidores. Nem se pode falar numa obrigação de criação de uma lei de defesa do consumidor.

Um pouco menos inócua é a “obrigação” de produção de legislação penal, ainda que não balizada temporalmente, especificamente dirigida à protecção do meio ambiente constante do n.º 3 do artigo 45.º

O artigo 35.º estabelece, por um lado, um direito “negativo” ao trabalho, ou um direito à não interferência, do Estado ou terceiros, com a busca e escolha de emprego.

Regra geral, porém, a maioria dos artigos que pretendem servir de princípios directivos da política social e económica têm uma intencionalidade e efeito essencialmente programáticos: no artigo 35.º deparamo-nos com uma “promessa

constitucional” feita aos cidadãos espanhóis, em termos muito vagos e dificilmente constrangedores da autonomia do legislador, de que do seu trabalho obterão: “uma remuneração suficiente para satisfazer as suas necessidades e das suas famílias”¹⁷.

Similarmente sucede no artigo 39.º, relativo à política pró-família do Estado bem como no artigo 44.º, relativo à política de acesso à cultura. Não diferem muito de natureza os artigos 48.º e 49.º, especificamente dirigidos, no primeiro caso, à integração e participação integral dos jovens no “desenvolvimento político social, económico e cultural” da sociedade e, no segundo caso, às necessidades especiais dos deficientes.

Neste catálogo merece destaque especial o artigo 43.º que, reconhecendo um “direito à protecção da saúde”, não especifica com detalhe suficiente, todavia, que prestações podem ser efectivamente devidas aos cidadãos pelos poderes públicos, em marcado contraste com o artigo 64.º da Constituição portuguesa que, como se viu, atribuiu a bem específica tarefa ao Estado de criar e manter um serviço nacional de saúde universal e geral e “tendencialmente gratuito”.

A aparente excepção relevante às normas de acentuado teor programático e diluído conteúdo vinculante para o legislador é o artigo 41.º, onde se pode ler que “Os Poderes Públicos manterão um regime público de segurança social, que garanta assistência e prestações suficientes em situações de necessidade, especialmente em caso de desemprego”. Não obstante os detalhes sobre este regime estarem ausentes, bem como qualquer referência mais pormenorizada à sua eventual articulação com sistemas de seguros privados (a existirem), e não obstante poder afirmar-se que a realização deste sistema público está “sob reserva do possível”, não deixa de constituir uma instrução precisa, determinando a obrigatoriedade da presença do Estado no domínio da segurança social por meio de um sistema público, afastando, pois, a possibilidade de soluções legislativas mais tradicionalmente liberais que deixariam a cada um, atomisticamente, a responsabilidade de se precaver, segundo o seu juízo e capacidade económica, contra as eventualidades da vida como a velhice, a doença, o desemprego, etc.

Outra disposição legal que cria uma obrigação constitucional com consequências económicas indirectas para o Estado e que constitui simultaneamente um direito fundamental dos cidadãos é a que se encontra presente no artigo 119.º, onde se prevê a gratuidade obrigatória da justiça reservada aos que “demonstrem insuficiência de recursos para litigar”.

¹⁷ Como refere Óscar Asenjo, “uma interpretação literal (e revolucionária) do preceito obrigaria a vincular o salário de cada trabalhador às suas necessidades, em vez da sua produtividade. Decerto, a *voluntas legislatoris* não pretendia ir tão longe. Pretenderam simplesmente deixar o caminho livre às leis que fixem o salário mínimo interprofissional, com a possibilidade de estabelecer critérios discriminatórios segundo as circunstâncias familiares do indivíduo.” (ASENJO, 1984, p. 110)

Resta saber qual é, pois, o valor da maioria destas disposições, de natureza essencialmente programática e muito pouco densificadas no texto constitucional. Em que medida obrigam, se é que obrigam, o Estado a seguir, ou a não seguir, uma determinada política?

Óscar Asenjo fala numa eficácia negativa ou impeditiva e numa eficácia “positiva” ou “legitimadora” dos princípios directivos.

A eficácia negativa ou impeditiva dos princípios é a capacidade de “tornar constitucionalmente ilegítimos” os movimentos legislativo-políticos que se movam em direcções contrárias àquelas que os princípios recomendam. Segundo o autor, o Tribunal Constitucional espanhol tem o dever de anular as leis “ou actos com força de lei” que entrem em directa contradição com os princípios do capítulo III. Confere igual legitimidade aos tribunais comuns para declarar a nulidade dos actos administrativos que infrinjam abertamente esses princípios. Por fim, abre a porta para que o Supremo tribunal anule as decisões destes últimos “que incorram em idêntico vício” (Asenjo, 1984, p. 129). Para evitar cair no “governo dos juízes”, Asenjo quer deixar claro que esta faculdade de “legislação negativa” só se poderá aplicar quando as leis em causa (ou os resultados inevitáveis a que conduzem) pressuponham um “abandono patente dos objectivos constitucionais ou deixem desprovidos de bens comunitários” [públicos] aquelas pessoas que não têm meios para adquirir tais bens no mercado (Asenjo, 1984, p. 130).

Do mesmo passo que reconhece este poder legislativo negativo dos juízes, sem que fique minimamente determinado o que se entende por “abandono patente” (ou, doutra perspectiva, sem se conseguir determinar o que ainda não é um abandono patente, mas apenas um abandono “discreto” ou “aceitável”), rejeita a ideia defendida por alguma doutrina espanhola de que os princípios directivos teriam como finalidade e consequência estabilizar os níveis de realização dos direitos socioeconómicos fundamentais e do Estado Social, bloqueando alterações *in pejus* da legislação.

Ou seja, o autor rejeita a existência implícita de uma cláusula de proibição do retrocesso social: de outra forma, um governo democraticamente eleito e ideologicamente mais liberal em matéria económica ficaria impossibilitado de aplicar o seu programa e isso, diz, não é conveniente (Asenjo, 1984, p. 130), presumivelmente (embora o autor não apresente qualquer argumento neste ponto) porque isso despoja o voto democrático de algum do seu sentido (se o voto não se pode traduzir em políticas ideologicamente correspondentes, de que serve o voto, as eleições e a democracia?)¹⁸

¹⁸ Naturalmente, o mesmo se poderia dizer em relação a muitos dos direitos e liberdades tradicionais e muitas garantias constitucionalmente consagradas: também eles se impõem contra os desejos das maiorias democráticas e, se assim não fosse, de pouco valeriam esses direitos e de pouco valeriam

Óscar Asenjo faz referência ainda a uma eficácia positiva ou “legitimadora” cujos efeitos consistem numa autorização a todas as autoridades públicas para exercer as respectivas competências na direcção apontada pelos princípios, isto é, beneficiando grupos sociais identificados como mais vulneráveis face às vicissitudes do sistema económico e, por isso, especialmente dignos de protecção pela Constituição. Naturalmente, cabe, em primeira mão, aos governos e maiorias parlamentares, em função da sua vontade política, desenvolver as leis e políticas sociais em consonância com a Constituição. O problema, claro, ocorre quando não existe essa vontade política, caso em que a eficácia positiva das normas será nula. No entanto, o autor parece pretender vincular os juízes e tribunais a usar estes princípios como critério hermenêutico decisivo e, dessa forma, beneficiar, dentro da “margem de manobra” que a lei conceder, os grupos que a Constituição elege como merecedores de tutela especial¹⁹.

O autor conclui, cremos, com inteira razão que, se o constituinte espanhol pretendia ter dado um outro grau de protecção jurídica aos princípios orientadores (de índole social e economicamente “progressiva”), aos direitos sociais e económicos e ao Estado Social em geral, deveria ter tido o cuidado de, ou estabelecer calendários imperativos para a realização de algumas “tarefas” político-constitucionais, e/ou importar o mecanismo da inconstitucionalidade por omissão.

Ao não fazê-lo, e ao recorrer tão abundantemente a fórmulas vagas e conceitos indeterminados, olvidando-se de densificar, ao nível constitucional, os princípios directivos e os direitos sociais, fragilizou-os.

Esta fragilidade não impediu, antes pelo contrário, impeliu o Tribunal Constitucional a concretizar e proteger os direitos sociais por vias juridicamente duvidosas. Assim, por exemplo, este tribunal foi levado a fazer uma leitura generosa, mas muito discutível à luz da letra do artigo, do direito ao trabalho consagrado no artigo 35.º, n.º 1. Derivou da enunciação deste direito dois corolários: uma forte limitação do direito ao lock-out (admitindo apenas – não obstante a redacção do artigo 37.º dificilmente poder permitir uma tal interpretação – a legitimidade do encerramento da fábrica para evitar agressões a pessoas, ou danos materiais causados à empresa numa eventual greve a

as constituições. A questão, pois, que se deve colocar é a de saber se no texto constitucional espanhol se pode vislumbrar indícios juridicamente são da existência de uma “cláusula de proibição do retrocesso social”. A questão não parece líquida. No caso do texto constitucional português, atendendo ao seu discurso vincado de tipo “emancipatório” (mesmo se muitíssimo atenuado por efeito das revisões constitucionais), há, pelo menos aparentemente, uma base mais sólida para sustentar que uma cláusula desta natureza preside, implicitamente, ao normativo constitucional.

¹⁹ Neste ponto o autor aproxima-se em certa medida das propostas do “uso alternativo do direito”.

realizar-se e nunca como um mecanismo “negocial”) e um direito à estabilidade no emprego que se traduziu numa proibição do despedimento sem justa causa. Por muito louváveis que fossem as intenções, e mais ainda os resultados desta interpretação, cabe reconhecer a debilidade jurídico-textual do entendimento do Tribunal Constitucional (Asenjo, 1984, p. 128 e p. 158). Na verdade, estes problemas não existiriam se os interesses em causa tivessem ficado claramente consagrados no texto constitucional, como sucede nos artigos 53.º e 57.º da Constituição portuguesa.

Conclusões

Feita a exposição geral dos dois textos constitucionais, podem extrair-se algumas breves e genéricas conclusões sob um prisma comparativo.

Em primeiro lugar, as duas constituições demonstraram ser “filhas do seu tempo” e, em particular, dos circunstancialismos políticos que historicamente condicionaram o processo da sua feitura. Estranho seria que tal não sucedesse.

Simplemente, decorreu daí que a Constituição portuguesa apresentou sempre um pendor vincadamente mais “à esquerda”, em matéria económica e social, do que a espanhola. O texto português é enformado por um discurso de tom emancipador, progressista, uma linguagem de “libertação” dos cidadãos das limitações materiais, ao passo que o espanhol se apresenta mais comedido e recolhe influências linguísticas e aponta objectivos mais conservadores (“defesa da produtividade”, “paz social”, “estabilidade económica” “segundo critérios de eficácia e economia”, etc.).

Mais em particular, a Constituição espanhola não apenas se mostra menos generosa no plano da consagração dos direitos sociais, como sobretudo na sua densificação constitucional. Da maioria dos artigos da Constituição espanhola, sejam os referentes aos princípios directivos da política social e económica, sejam os relativos aos direitos sociais, ou ainda os constantes do Título VII (Economia e finanças), raramente se identifica quer um direito subjectivo suficientemente concretizado para legitimar uma acção individual junto dos tribunais (*maxime* do Tribunal Constitucional) no sentido de exigir o seu cumprimento, quer obrigações bem definidas do Estado no sentido de organizar a actividade económica. Se a Constituição portuguesa não abunda na sua versão actual em instruções precisas dirigidas ao legislador ordinário em matéria económica, nem predetermina (como na sua versão original o fez) meios específicos para o cumprimento do seu ideal de justiça social e política, o legislador constituinte espanhol mostrou-se ainda mais avesso a vincular o Estado de forma inequívoca a instrumentos específicos.

No plano mais genérico das grandes opções económicas e da escolha de sistemas económicos, pode dizer-se que a Constituição portuguesa evoluiu de uma versão original, comprometida com uma transição acelerada para um regime económico prévia e imperativamente determinado pela Constituição (a “opção socialista”), sem margem de manobra para o legislador ordinário no plano dos fins, e com muitas limitações no plano dos meios, em virtude da abundância e minúcia das instruções concretas, para um modelo socioeconómico e político mais indeterminado no seu fim (do “socialismo” e “sociedade sem classes”, passou-se à “democracia económica, social e cultural”) e bastante mais “aberto” a várias vias para a sua realização, libertando-se o legislador ordinário de vários constrangimentos, tarefas concretas e pré-selecção de meios. Isto ocorreu sem, contudo, deixar de se garantir direitos sociais e defender determinadas instituições e estruturas com relevância económica (segurança social pública, ensino básico, obrigatório, universal e gratuito, gratuidade tendencial de todos os graus de ensino, Sistema Nacional de Saúde, universal e tendencialmente gratuito; recursos sob domínio público, coexistência dos três regimes de propriedade, garantias do sistema fiscal, etc.).

Excepção feita a modelos economicamente muito liberais que ponham em causa os direitos fundamentais consagrados pela Constituição e os elementos da estrutura básica da economia, pode dizer-se que, no âmbito da Constituição portuguesa, são constitucionalmente admissíveis vários tipos de políticas económicas e, conseqüentemente, muito é deixado à discricionariedade de governos ideologicamente muito díspares.

A Constituição espanhola, por seu turno, apresenta menos limitações estruturais, menos tarefas e menos instruções concretas no domínio económico a que o legislador ordinário se deva submeter. Em todo o caso, em virtude do artigo 38.º e da prescrição da “economia de mercado” podem considerar-se excluídos, à partida, os modelos socialistas, ainda que não modelos bastante mais liberais do que os admissíveis no quadro da Constituição portuguesa.

Com as revisões constitucionais de 82, 89 e 97, as duas constituições económicas aproximaram-se substancialmente, mantendo-se, contudo, a Constituição portuguesa mais generosa nos direitos sociais, mais “social” e “amiga da propriedade pública” e, finalmente, mais directiva (no plano dos meios). A Constituição espanhola, entretanto, dada a evolução portuguesa, de menos “impositiva” que foi no plano dos sistemas económicos, pode ter-se tornado entretanto menos aberta do que a (actual) portuguesa, na medida em que esta última parece manter a porta aberta a pelo menos alguns sistemas socialistas que continuam inadmissíveis para o texto espanhol.

Cotejando ainda as duas constituições no plano sistemático e técnico, nota-se que no caso da Constituição portuguesa deparamo-nos com uma verdadeira

Constituição económica, que ocupa toda a parte II do texto constitucional, com 28 artigos, relativamente desenvolvidos e razoavelmente articulados num conjunto congruente, enquanto que na Constituição espanhola não se consegue operar uma distinção clara, por exemplo, entre as normas consagradoras de direitos e as normas relativas às políticas sociais e económicas a assumir pelo Estado.

Não que o tratamento destas duas dimensões possa ser completamente autonomizado. Ambas são emanações das finalidades ético-políticas do texto constitucional. Por outro lado, determinadas políticas económicas realizam com maior ou menor eficácia os direitos sociais, do mesmo passo que a obrigatoriedade de realização de determinados direitos sociais implica, ou pode implicar, pelo menos, a rejeição de políticas específicas, senão mesmo a adopção de mecanismos bem concretos e determinados.

Ainda assim, o texto constitucional português opera uma clara distinção (cuja nitidez foi reforçada após as revisões de 82 e 89, nomeadamente com a passagem da iniciativa privada para o catálogo dos direitos fundamentais) entre aquelas normas que se destinam a consagrar direitos e aquelas que impõem obrigações ao Estado. O mesmo não se verifica na Constituição espanhola, em que facilmente se encontram princípios de organização económica (como sucede com a “economia de mercado” no artigo 38.º) embutidos, sem grande destreza nem elegância, no seio de uma norma consagradora de um direito fundamental, ou em que, por outro lado, se reconhecem direitos (ainda que sob fórmulas muito vagas, com pouca densificação – por exemplo: artigo 47.º, artigo 44.º, artigo 50.º, etc.) entre normas que pretendem estabelecer os princípios orientadores da acção do Estado no âmbito económico. Outros princípios atinentes à organização económica podem ser encontrados dispersamente pelo texto, nomeadamente no título VII. Esta assistemática e ausência de uma “Constituição económica” em sentido próprio contrastam, portanto, com o texto constitucional português.

Bibliografia

- ASENJO, Óscar de Juan (1984), *La constitución económica española: iniciativa económica versus iniciativa económica privada en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BASSOLS COMA, Martín (1985), *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital (1991), *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital (1978), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora.

- CANOTILHO, J. J. Gomes (2000), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina.
- DIMAS, Victor (1975), *O programa do MFA e dos partidos políticos*, Alfragide, Edições Acrópole.
- LINZ, Juan J. e STEPAN, Alfred (1996), *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore and London, The John Hopkins University Press.
- MIRANDA, Jorge (1987), *Constituições de diversos países*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda;
- MIRANDA, Jorge (2000a), *Manual de direito constitucional, Tomo I, Preliminares. O Estado e os sistemas Constitucionais*, Coimbra, Coimbra Editora;
- MIRANDA, Jorge (2000b), *Manual de direito constitucional, Tomo II, Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora;
- MIRANDA, Jorge (2000c), *Manual de direito constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora.
- NOVAIS, Jorge Reis (2004), *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora.

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA



Sucessão de leis de patentes no tempo: a junção de reivindicações de produto químico ou farmacêutico a pedidos de patentes de processo nos procedimentos nacionais pendentes no INPI na data de início de vigência do CPI de 1995

PROF. DOUTOR J. P. REMÉDIO MARQUES

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão de 27 de janeiro de 2010

Proc. n.º 598/08.5TBCBR.C1.S1 (2.ª Secção)

I – Patente é um direito privativo de propriedade industrial que visa proteger uma invenção, dando resposta a um problema técnico, assim se distinguindo a invenção protegida pela patente da simples descoberta.

II – No domínio do CPI de 1940 era vedada a concessão de patentes de alimentos e de produtos farmacêuticos, alicerçando-se tal proibição na necessidade de impedir a criação de monopólios, não só para prevenir a especulação dos preços, como também por razões de saúde pública.

III – Com o CPI de 1995 o nosso ordenamento jurídico passou a permitir a protecção de substâncias químicas e produtos ou preparados farmacêuticos (art. 48.º, n.2), assim transpondo para o ordenamento português uma regra que já existia na Convenção da Patente Europeia (art. 52.º, n.º 4).

IV – Há que distinguir entre direito à patente e o direito de patente: – o primeiro (direito à patente) corresponde a um direito subjectivo do inventor a um certo comportamento da administração, oponível a esta, e que nasce com a solicitação da concessão, reunidos que sejam os requisitos da patenteabilidade; – o segundo (direito de patente) nasce e constitui-se com a concessão, a que corresponde um direito igualmente subjectivo de exploração económica do evento, em regime de monopólio e oponível *erga omnes*.

V – Não se tendo estabilizado, aquando da entrada em vigor do CPI de 1995, a decisão do INPI sobre a concessão requerida pelas autoras, ainda durante a vigência do CPI de 1940, a Administração Pública não pode deixar de considerar a lei nova, o que vale por dizer que a situação cai na previsão da parte final do n.º 2 do art. 12.º do CC.

VI – Qualquer alteração que não afecte os elementos essenciais e característicos da patente, modelo, desenho ou registo poderá ser autorizada, no mesmo processo, desde que devidamente fundamentada e publicada (art. 26.º, n.º 1, do CPI de 1995).

VI – O art. 26.º, n.º 1, do CPI ao exigir certas formalidades para alterações ou correcções da patente, aplica-se apenas às relações jurídicas já constituídas, depois de concedido o direito de propriedade industrial sobre o qual incidem, e não às situações jurídicas ainda não consolidadas, pendentes de decisão da Administração.

VII – Assim, uma vez que a patente das autoras foi pedida na vigência do CPI de 1940 (como patente de processo), tendo contudo sido examinada e concedida na vigência do CPI de 1995 (aprovado pelo DL n.º 16/95 de 24-01) – o que lhe permitiu a inclusão de reivindicações de produto – não estavam as mesmas impedidas de, no âmbito da fase administrativa, incluir no pedido de concessão as reivindicações de produto, sem qualquer necessidade de publicação das alterações.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

1.

AA and Company Limited e BB Portugal – Produtos Farmacêuticos, Lda., propuseram na Vara de Competência Mista de Coimbra acção declarativa, com processo ordinário, contra CC – Indústria Farmacêutica, S.A., pedindo que a ré seja condenada a não importar, manipular, embalar, colocar em circulação, vender ou pôr à venda, directa ou indirectamente, quer em Portugal, quer para exportação, o produto farmacêutico designado por “DD” ou sob quaisquer outros nomes comerciais, contendo a substância activa “O...”, e bem assim a pagar uma sanção pecuniária compulsória, à razão diária de € 500,00, em caso de eventual incumprimento dessa condenação. Em síntese, alegam que a 1.ª autora é titular da patente de invenção portuguesa n.º ..., concedida em 21 de Abril de 1997, além do mais, para protecção da substância activa com utilidade farmacêutica denominada O..., com 22 reivindicações de produto, encontrando-se tal patente em vigor até 21 de Abril de 2012. Por sua vez, a 2.ª autora, que se dedica à distribuição e venda de produtos farmacêuticos, é a detentora da licença para a exploração (e comercialização), em Portugal, da substância abrangida na referida patente.

A ré, tendo em vista a colocação no mercado do seu medicamento genérico O... B..., o qual assenta naquela substância activa, integrando o medicamento Z..., originalmente produzido e comercializado pelas autoras, já requereu, junto do INFARMED, a autorização de introdução no mercado (AIM) e, junto da DGAE, a necessária atribuição de preço. O genérico da ré irá ser vendido a menos 35% do que o produto das autoras, o que, só nos anos de 2007 e 2008, implicará, para estas, a perda em lucros cessantes, de € 8.200.000,00. Assiste-lhes

o direito exclusivo de explorar a sua invenção, bem como de impedir terceiros de introduzir no comércio o produto objecto da patente.

Contestou a ré, começando por invocar, por via de excepção, que as alterações que as autoras provocaram no pedido inicial de patente, alargando-o ao produto O... e enxertandolhes reivindicações, nunca foram alvo de publicação no Boletim da Propriedade Industrial, pelo que, em função dessa omissão, o objecto patentado padece de nulidade, ou, pelo menos, de ineficácia ou inoponibilidade diante de terceiros, como é caso da ré. A O... produzida pela ré resulta de um processo de fabricação diferenciado e autónomo face ao inscrito pela patente das autoras. Os pedidos ao INFARMED e à DGAE são lícitos e não infringem os direitos das autoras.

Em reconvenção, peticiona que se declare a nulidade, ou ineficácia, ou inoponibilidade dos actos/títulos da PT ... e, em qualquer caso, se condenem as autoras a pagar-lhe, a título de lucros cessantes, a quantia que vier a liquidar-se em execução de sentença pela não comercialização do produto “DD” ou outros contendo a substância “O...”, em Portugal e no estrangeiro, desde a data da citação das autoras para contestarem a reconvenção.

Replicaram as autoras, sustentando que a publicitação referida pela ré apenas se aplica às patentes já concedidas, concluindo pela improcedência da excepção e da reconvenção. Declarando-se, desde logo, habilitado a conhecer do mérito da causa, o M.º Juiz proferiu saneador-sentença, no qual, após julgar a acção totalmente procedente, condenou a ré em todo o pedido ali formulado. Mais julgou improcedente a reconvenção, absolvendo as autoras dos respectivos pedidos.

Inconformada, a ré recorreu para o Tribunal da Relação de Coimbra, que revogou o saneador-sentença, julgando a acção totalmente improcedente, e absolvendo a ré de todo o pedido formulado, como julgou procedente a reconvenção e, em função disso, declarou a patente nº ... inoponível à ré.

Irresignadas, as autoras pedem revista.

(...)

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

2.

Estão provados os seguintes factos:

Foi pedida em 23 de Abril de 1991 (reivindicando a prioridade da patente GB9009229, de 25 de Abril de 1990), tendo sido concedida em 21 de Abril de 1997 e estando válida até 21 de Abril de 2012, a PT ..., da titularidade da ora 1.ª autora, “BB and Company Limited”, sob a epígrafe “Processo para a preparação de um derivado de T..., útil como produto farmacêutico”, que corresponde à patente base da “O...”, protegendo substância activa “O...” e o

respectivo processo da sua obtenção (cfr. certificado e certidão da dita PT ... emitidos pelo I.N.P.I. que figuram como docs. n.ºs 7 e 8 nos autos de procedimento cautelar apensos).

(...)

Entre os produtos farmacêuticos da ora dita 1.ª autora conta-se o medicamento “Z...”, lançado no mercado português em 1997. Que se trata de um antipsicótico, destinado, nomeadamente, ao tratamento da esquizofrenia e dos episódios maníacos, moderados a graves, disponível sob a forma de comprimidos revestidos, contidos em embalagens tipo blister. E em cuja composição figura a substância activa denominada “O...”.

A “CC – Indústria Farmacêutica, S.A”, ora ré, requereu junto do Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento (INFARMED) – actualmente Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P. – a Autorização de Introdução no Mercado (A.I.M.) do medicamento “DD”, A.I.M. essa que foi aprovada em 26 de Abril de 2007. A composição do medicamento “DD” assenta precisamente na substância activa “O...”. A patente concedida à 1.ª autora comporta 22 reivindicações conforme o respectivo certificado. A ré já pediu a aprovação à Direcção-Geral das Actividades Económicas da atribuição do preço do medicamento “DD”.

A ré não tem consentimento ou licença da 1.ª autora para comercializar, em Portugal, o princípio activo “O...”. A patente ... foi pedida na vigência do Código da Propriedade Industrial de 1940, aprovado pelo Decreto n.º 30.679, de 24 de Agosto de 1940, como patente de processo. Mas examinada e concedida na vigência do Código da Propriedade Industrial aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, o que permitiu a inclusão de reivindicações de produto.

A PT ... apresenta vinte e duas reivindicações, referentes a composto (1 a 3), composto para utilização como fármaco (4), utilização do composto no fabrico de um medicamento (5 a 9), composição farmacêutica (10 e 13 a 16), forma de dosagem (11 e 12), injeção farmacêutica (17 a 19), processo para preparação (20) e intermediário do processo (21 e 22), conforme docs. 7 e 8 da providência cautelar apensa. A reivindicação 3 diz especificamente respeito à “O...”.

As mencionadas reivindicações de produto, que implicaram uma alteração do pedido de patente que inicialmente fora apresentado pelas autoras, nunca foram objecto de qualquer publicação, nomeadamente no Boletim da Propriedade Industrial.

3. O Direito.

As autoras pretendem fazer valer um direito de propriedade industrial resultante da titularidade e licenciamento de uma patente de invenção portuguesa, a PT n.º ..., concedida em 21 de Abril de 1997, além do mais, para

protecção da substância activa com utilidade farmacêutica denominada O..., com 22 reivindicações de produto, encontrando-se tal patente em vigor até 21 de Abril de 2012. A 1.ª instância deu total acolhimento à pretensão das autoras, considerando que, sendo aplicável ao caso ajuizado o C.P.I de 1995, fora plenamente lícita, porque permitida, a atribuição da protecção nos termos em que efectivamente se verificou, não se detectando em tal atribuição a preterição de quaisquer formalidades que pudessem conduzir à sua nulidade ou disposição legal que impusesse a publicação de alterações ao pedido de patente anteriormente apresentado. Já a Relação de Coimbra, sem pôr em causa a aplicação do aludido diploma legal de 1995, ainda que com fundamentos diferentes, entendeu que, embora não sendo caso de nulidade do título de propriedade industrial, a transformação do pedido de patente inicialmente formulado pela 1.ª autora em patente com reivindicações de produto não foi acompanhada da indispensável publicação no Boletim da Propriedade Industrial, conforme era exigido pelos arts. 62.º e 28.º do CPI de 1995, pelo que não podia produzir efeitos em relação a terceiros, sendo ineficaz perante a ré.

A patente é um direito privativo da propriedade industrial que visa proteger uma invenção, ou seja, vem dar resposta a um problema técnico, assim se distinguindo a invenção protegida pela patente da simples descoberta. Não existe uma definição legal de invenção.

Na perspectiva mais tradicional, ainda hoje dominante na Europa, como refere Luís Couto Gonçalves (*Manual de Direito Industrial*, 2.ª ed. págs. 56 e 57), “a invenção surge como um ensinamento para uma acção planeada, com a utilização das forças da natureza susceptíveis de serem dominadas, para a obtenção de um resultado causal previsível”. “Para ser patenteável – continua o mesmo Autor –, o mesmo é dizer, para ser protegida como coisa em sentido jurídico, é necessário que a invenção seja legalmente possível, lícita e preencha os requisitos de patenteabilidade, ou seja, a novidade, a actividade inventiva (originalidade) e a susceptibilidade de aplicação industrial ...”. (...)

No domínio do C.P.I. de 1940, cuja vigência só cessou em 1.6.95, o § 3 do art. 5.º vedava a concessão de patentes de alimentos e de produtos farmacêuticos (patentes de produto) e § 4 deste normativo esclarecia que a proibição abrangia, no mais, quaisquer substâncias químicas. Mas tais normas não impediam a protecção do processo de os obter, nem as “máquinas” ou “aparelhos” destinados ao fabrico daqueles alimentos, produtos farmacêuticos e químicos.

Esta impossibilidade de tutelar tais realidades alicerçava-se, dizem Remédio Marques e Nogueira Serens (*O Direito*, Ano 138.º (2006) V, pág. 1015) “na necessidade de impedir a criação de monopólios sobre os medicamentos (bem como os produtos alimentares), não só para prevenir a especulação dos preços de venda destes bens essenciais, mas também por razões de saúde pública.

(...).

Não sendo necessário esperar pelos acordos do GATT, que deram origem, em finais de 1994, à Organização Mundial do Comércio, em matéria de propriedade industrial, passou-se a impedir que os Estados aderentes discriminassem certos sectores tecnológicos, no que à patenteabilidade dizia respeito – basta atentar no disposto no art. 27.º/1 do Acordo TRIPS (Anexo IV ao acordo que instituiu a Organização Mundial do Comércio). Mas logo no Tratado de Adesão da República Portuguesa à então Comunidade Económica Europeia, o Estado Português obrigara-se a aderir, o mais tardar até 1 de Janeiro de 1992, à Convenção da Patente Europeia (Convenção de Munique de 1973, com início de vigência em 1.1.1978). Ora, como a Convenção da Patente Europeia prevê a patenteabilidade das substâncias químicas e dos fármacos, os requerentes das patentes europeias, cujos pedidos fossem apresentados junto do Instituto Europeu de Patentes, passaram a poder designar Portugal como Estado de protecção de patentes europeias respeitantes àquelas realidades. O C.P.I de 1940 não foi, porém, objecto de alteração com vista à abolição da norma que impedia a concessão do direito de patente às invenções de fármacos, preparações farmacêuticas e de outras substâncias químicas (patentes de produto), de modo a harmonizar o regime das patentes nacionais requeridas e sujeitas a exame junto do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) com o das patentes europeias respeitantes aos mencionados inventos. Somente em 1.6.1995, no que respeita às patentes nacionais, o nosso ordenamento jurídico passou a permitir a protecção de invenções de substâncias químicas e produtos ou preparados farmacêuticos. De facto, o art. 48.º/2 do CPI de 1995, por mor de transposição de uma regra que já existia na Convenção da Patente Europeia (art. 52.º/4), passou a autorizar a patenteabilidade dos produtos, substâncias ou composições utilizados na execução de métodos de diagnóstico e de tratamento cirúrgico ou terapêutico aplicados ao corpo humano ou animal.

Assim, tornou-se controverso, pelo menos no que aos interesses dos requerentes de patentes de produtos e preparados farmacêuticos diz respeito, saber o destino dos pedidos nacionais de patentes destes produtos, formulados junto do INPI antes de 1.6.95 e apreciados em data posterior, mais precisamente, surge a dúvida sobre o destino dos pedidos nacionais de patentes de produtos desta natureza, apresentados junto do INPI antes do dia 1.1.92, mas cujo exame tenha sido realizado e tenham sido objecto de acto administrativo de concessão já na vigência, no nosso País, da Convenção da Patente Europeia e de CPI de 1995”.

Como atrás dissemos, as instâncias aplicaram ao caso em apreço o CPI de 1995, sendo também certo que as partes, neste aspecto, não apresentam qualquer discordância.

De acordo com o disposto no art. 12.º, n.º1, do C.Civil, a lei só dispõe para o futuro e, ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular. E acrescenta o n.º 2 que, quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhe deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.

Os problemas da sucessão de leis no tempo suscitados pela entrada em vigor de uma LN (v. Baptista Machado, in *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pags. 229 e seguintes) podem, pelo menos em parte, ser directamente resolvidos por esta mesma lei, mediante disposições adrede formuladas, chamadas disposições transitórias, que podem ser de carácter formar ou material. Porém, a maior parte das vezes ou para a grande maioria dos casos o legislador nada diz em especial sobre a lei aplicável a situações em que se suscita um problema de conflito de leis no tempo. O jurista é, então, remetido para o princípio da não retroactividade da lei, nos termos do citado art. 12.º, cabendo à doutrina, à lei e à jurisprudência apurar um critério racional e preciso que permita definir a retroactividade, ou seja, que permita desenhar com nitidez a linha de confins que separa o âmbito de competência (de aplicabilidade) da LA e da LN.

“Desenvolvendo o princípio da não retroactividade nos termos da teoria do facto passado, o art. 12.º, n.º 2, distingue dois tipos de leis ou de normas: aquelas que dispõem sobre os requisitos de validade (substancial ou formal) de quaisquer factos (1.ª parte) e aquelas que dispõem sobre o conteúdo de certas relações jurídicas e o modelam sem olhar aos factos que a tais situações deram origem (2.ª parte). As primeiras só se aplicam a factos novos, ao passo que as segundas se aplicam a relações jurídicas (melhor: Ss Js) constituídas antes LN, mas subsistentes ou em curso à data do seu IV”.

À parte isto, o n.º 2 do art.12.º deixa entrever a possibilidade de leis que regulem o conteúdo das relações jurídicas atendendo aos factos que lhe deram origem (sem abstrair destes factos). Posto isto, a teoria da aplicação das leis no tempo poderia ser sintetizada, “distinguindo entre constituição e conteúdo das Ss Js. À constituição das Ss Js (requisitos de validade, substancial e formal, factos constitutivos) aplica-se a lei do momento em que essa constituição se verifica; ao conteúdo das Ss Js que subsistam à data do IV da LN aplica-se imediatamente esta lei, pelo que respeita ao regime futuro deste conteúdo e seus efeitos, com ressalva das situações de origem contratual relativamente às quais poderia haver uma como que “sobrevigência” da LA”:

(...)

A patente depende de registo, que é constitutivo e dá origem ao direito de patente. À fase anterior – que é o caso dos autos –, em que o interessado formula o seu pedido, corresponde um direito diverso: o direito à patente. Trata-se de situações diversas a que correspondem direitos distintos: direito à patente, a que correspondente um direito subjectivo do inventor a um certo comportamento da administração, oponível a esta, e que nasce com a solicitação da concessão, reunidos que sejam os requisitos da patentabilidade e direito de patente, que nasce e se constitui com a concessão e que corresponde um direito igualmente subjectivo de exploração económica do evento, em regime de monopólio e oponível erga omnes.

Podemos, então, concluir que, não se tendo estabilizado, no caso ajuizado, aquando da entrada em vigor do CPI de 1995 a decisão do INPI sobre a concessão requerida pelas autoras, pois que durante a pendência de um pedido de patente não existe ainda uma situação jurídica constituída, mas sim uma situação jurídica a constituir, a administração pública não pode deixar de considerar a nova lei, o que vale por dizer que a situação em apreço cai na previsão da parte final do n.º 2 do art. 12.º do C.Civil.

Decorre dos factos dados como assentes que a patente ... foi pedida na vigência do Código da Propriedade Industrial de 1940 como patente de processo. Porém, foi examinada e concedida na vigência do Código da Propriedade Industrial aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, o que permitiu a inclusão de reivindicações de produto. A PT ... apresenta, com efeito, vinte e duas reivindicações, referentes a composto (1 a 3), composto para utilização como fármaco (4), utilização do composto no fabrico de um medicamento (5 a 9), composição farmacêutica (10 e 13 a 16), forma de dosagem (11 e 12), injeção farmacêutica (17 a 19), processo para preparação (20) e intermediário do processo (21 e 22), sendo certo que reivindicação 3 diz especificamente respeito à substância activa “O...”.

Nos termos do disposto no art. 26.º/1 do CPI de 1995, qualquer alteração que não afecte os elementos essenciais e característicos da patente, modelo, desenho ou registo poderá ser autorizada, no mesmo processo, desde que devidamente fundamentada e publicada, para efeitos de recurso, nos termos do disposto nos arts. 38.º e seguintes.

Referem Remédio Marques e Nogueira Serens (ob. cit., pág. 1051) que o “objecto do pedido de patente é determinado pelo teor ou conteúdo das reivindicações, de modo que a alteração das reivindicações não pode consistir numa transformação radical dessas reivindicações dirigida a suprimir o conteúdo original e a inserir no seu lugar, o que, embora compreendido na descrição, não havia sido inicialmente reivindicado”.

Acompanhamos inteiramente esta posição, mas já, com o devido respeito, divergimos da opinião desses mesmos Autores, quando defendem que o art. 26.º/1 “deve aplicar-se à fase administrativa destinada à apreciação do pedido de patente”. Na verdade, como atrás dissemos, o direito à patente e o direito de patente são duas realidades jurídicas distintas, sendo certo que esse normativo está direccionado para as realidades jurídicas já constituídas. Isso mesmo faz notar José Mota Maia (*Propriedade Industrial*, Almedina, V. II), ao advertir que a referida norma se relaciona com “alterações ou correcções depois de concedido o direito de propriedade industrial sobre o qual incidem”. O que significa que não estavam as autoras impedidas de incluir no pedido de concessão as reivindicações de produto.

Dispõe o art. 120.º do CPI de 1995 que, além dos casos previstos no art. 32.º, a patente é nula quando o seu objecto não satisfizer os requisitos de novidade, actividade inventiva e aplicação industrial; quando a epígrafe ou título dado ao invento abranger objecto diferente e quando o seu objecto não foi descrito de maneira que permita a execução por qualquer pessoa competente na matéria. Prescrevendo, por seu turno, o art. 32.º, n.º2, que a declaração de nulidade pode ocorrer enquanto subsistir o interesse nessa declaração. E o art. 34.º, n.º1, que a declaração de nulidade ou anulação só podem resultar de decisão judicial em acção intentada pelo Ministério Público ou qualquer interessado (n.º 2). As instâncias, contrariando a pretensão da ré, não encontraram razões para a declaração da nulidade. E é esta, sem dúvida, a realidade emergente dos factos dados como provados, certo também que este segmento decisório nem sequer é questionado. Mas se as instâncias convergiram na apreciação desta questão, já divergiram no que toca à necessidade da publicação das alterações ao pedido de patente anteriormente apresentado. Para a 1.ª instância não existia disposição legal que impusesse a publicação de alterações. Mas para o tribunal recorrido, a transformação do pedido de patente inicialmente formulado pela 1.ª autora em patente com reivindicações de produto não foi acompanhada da indispensável publicação no Boletim da Propriedade Industrial, conforme era exigido pelos arts. 62.º e 28.º do CPI de 1995, pelo que não podia produzir efeitos em relação a terceiros, sendo ineficaz perante a ré.

É este, sem dúvida, o cerne do recurso.

A Relação faz apelo, na defesa da sua posição, à interpretação do princípio plasmado no aludido art. 26.º. Mas, depois de afirmar que “nada aponta para que esta última norma se aplique à fase administrativa destinada à apreciação do pedido de patente”, conclui:

(...)

Em suma: decorre da matéria provada que a transformação do pedido de patente inicialmente formulado pela 1.ª autora em patente com reivindicações

de produto não foi acompanhada da indispensável publicação no Boletim da Propriedade Industrial, conforme era exigido pelos arts. 62.º e 28.º do CPI de 1995 (correspondentes aos actuais arts. 66.º e 29.º). Em consequência, a patente concedida às autoras não pode produzir efeitos em relação a terceiros, sendo ineficaz perante a ré, ora apelante». Que dizer?

Em anotação ao art. 9.º do C.Civil, dizem Pires de Lima e Antunes Varela (*C. C. Anotado*, Vol. I, 4.ª ed., págs. 58 e 59) que “o sentido decisivo da lei coincidirá com a vontade real do legislador, sempre que esta seja clara e inequivocamente demonstrada através do texto legal, do relatório do diploma ou dos próprios trabalhos preparatórios da lei. Quando, porém, assim não suceda, o Código faz apelo franco, como não poderia deixar de ser, a critérios de carácter objectivo, como são os que constam do n.º 3”. E Baptista Machado (ob. cit., pág. 188), pronunciando-se sobre a posição do Código Civil sobre o problema da interpretação, refere: “A letra (o enunciado linguístico) é, assim, o ponto de partida. Mas não só, pois exerce também a função de um limite, nos termos do art. 9.º, n.º 2: não pode ser considerado como compreendido entre os sentidos possíveis da lei aquele pensamento legislativo (espírito, sentido) “que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”. Pode ter de proceder-se a uma interpretação extensiva ou restritiva, ou até porventura a uma interpretação correctiva, se a fórmula verbal for sumamente infeliz, a ponto de ter falhado completamente o alvo. Mas, ainda neste último caso, será necessário que do texto “falhado” se colha pelo menos indirectamente uma alusão àquele sentido que o intérprete venha a acolher como resultado da interpretação”.

Dispõe o art. 28.º, n.º 1, do C.P.I. de 1995, que “Os actos que devem publicar-se, nos termos do presente diploma, serão levados ao conhecimento das partes e do público por meio da sua inserção no Boletim da Propriedade Industrial” Por sua vez, o art. 62.º, do mesmo diploma legal determina que “Da apresentação do pedido no Instituto Nacional da Propriedade Industrial publicar-se-á aviso no Boletim da Propriedade Industrial, com a transcrição do resumo”. Ora, as alterações a que se refere o citado art. 26.º, que, para poderem ser autorizadas, no mesmo processo, têm de estar devidamente fundamentadas e publicadas, para efeitos de recurso, de acordo com os critérios interpretativos referidos, não se referem às situações jurídicas ainda não consolidadas, isto é, que ainda estão pendentes da decisão da administração, como é o caso dos autos, mas apenas às realidades jurídicas já constituídas. É, sem dúvida, o que decorre do n.º 1 deste preceito legal: “Qualquer alteração que não afecte os elementos essenciais e característicos da patente (sublinhado nosso) ...”. E não se diga que a necessidade da publicação das alterações das reivindicações da PT ... decorre da necessidade harmonização com o regime anterior (C.P.I. de

1940), que autorizava, irrestritamente, a alteração das reivindicações, oficiosamente sugerida ou solicitada pelo requerente, durante o procedimento de patenteabilidade, havendo apenas, nos termos do § 4 do art. 172.º, o cuidado de realizar uma nova publicação, com vista à apresentação de novas reclamações, se o pedido fosse “sensivelmente diferente” do que se havia já publicado, já que este regime não é, aqui, aplicável, mas antes o que decorre do CPI de 1995.

Assim, já podemos concluir que assiste razão às recorrentes.

4.

Face ao exposto, e sem necessidade de outras considerações, acorda-se em conceder a revista, revogando-se o acórdão recorrido, para ficar a valer a decisão da 1.ª instância.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 27 de Janeiro de 2010. – *Oliveira Rocha (Relator) – Oliveira Vasconcelos – Serra Baptista.*

Anotação

SUMÁRIO: 1. O caso sub iudice, o CPI de 1940 e o CPI de 1995. 2. O artigo 26.º, n.º 1, do CPI de 1995 face ao artigo 172.º, § 4, do CPI de 1940. 3. A importância do procedimento administrativo na posição jurídica subjetiva do requerente da patente e os interesses de terceiros; a exegese do n.º 1 do artigo 26.º do CPI de 1995 (cont.). 4. O lugar paralelo do artigo 123.º, n.ºs 2 e 3 da Convenção sobre a Patente Europeia e o dever de harmonização do regime jurídico português. 5. O artigo 26.º, n.º 1, do CPI de 1995, e a tutela dos interesses de terceiros. 6. A localização no tempo do facto de inventar e o direito de requerer a patente. 7. Normas transitórias especiais e o regime geral da sucessão de leis no tempo sobre a proteção das invenções. 8. O direito de patente como direito de formação sucessiva. 9. A relevância do artigo 70.º, n.º 7, do Acordo TRIPS no caso sub iudice. 10. A aplicação direta, imediata e vertical do n.º 7 do artigo 70.º do TRIPS e o caso sub iudice. 10.1. O n.º 7 do artigo 70.º do TRIPS não respeita a todos os “tipos” ou categorias de propriedade intelectual. 10.2. A conjugação dos n.ºs 7 e 8.º do artigo 70.º do TRIPS e a proibição de uma proteção “pipeline”. 10.3. O significado de proteção “acrescida” do n.º 7 do artigo 70.º do TRIPS; a relevância da proteção da confiança e a atuação dos poderes públicos. 10.4. O significado de “actos ocorridos antes da data de aplicação do Acordo” e da proteção dos “objetos existentes”: os n.ºs 1 e 2 do artigo 70.º do TRIPS. 11. O argumento da tutela da saúde pública como critério e topoi interpretativo no quadro do direito internacional costumeiro. 12. A Declaração de Doha sobre o TRIPS e a tutela da saúde pública. 13. O valor da Declaração de Doha na interpretação do sentido e alcance do n.º 7 do artigo 70.º e os reflexos nos pleitos apreciados e julgados nos Estados contratantes do TRIPS. 14. Conclusão.

1. O caso *sub iudice*, o CPI de 1940 e o CPI de 1995

O CPI de 1940¹ proibia a patenteabilidade de invenções de produtos químicos e farmacêuticos (art. 5.º, n.º 4); apenas autorizava a *proteção dos processos* por direito de patente.

A Convenção Sobre a Patente Europeia – que, neste particular, vincula a República Portuguesa desde 1/01/1992, quanto aos pedidos de proteção de *patentes europeias* depositados junto do Instituto Europeu de Patentes – admite, porém, a proteção das *invenções de produtos* químicos e farmacêuticos. O CPI de 1995 estendeu este regime às *patentes portuguesas* cujos pedidos foram apresentados a partir de 1/6/1995.

O Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de janeiro, que aprovou este Código não contém quaisquer *disposições transitórias* suscetíveis de alargar os *benefícios* da lei nova a *situações jurídicas em curso de constituição* – ou seja, aos pedidos de patente nacional apresentados antes de 1/01/1992 e entre esta data e 1/6/1995.

Todavia, o INPI concedeu o mesmo tratamento jurídico, no que às *realidades patenteáveis* diz respeito, aos *pedidos de patente nacional* apresentados nos seus serviços antes de 1/06/1995, que, nesse momento, ainda não se achavam decididos, relativamente aos pedidos de patente europeia similares depositados junto do Instituto Europeu de Patentes².

Vale dizer: o INPI permitiu a junção de *reivindicações de produto* a pedidos de *patente (nacional) de processo* de substâncias químicas constitutivas de medicamentos para uso humano nos procedimentos de patenteabilidade ainda não concluídos na data da entrada em vigor do CPI de 1995. Em alguns casos, tais aditamentos não foram, tão pouco, publicados no seu *Boletim*.

Ora, a falta de publicação das (novas) reivindicações no Boletim do INPI viola frontalmente a regra segundo a qual o direito de patente, enquanto direito subjectivo privado com tendencial oponibilidade *erga omnes*, deve ser provido de um âmbito de proteção claramente identificável por parte de terceiros. Pois, o direito de patente não é um mero direito de crédito ou direito de obrigação. A *publicação* do pedido provido das modificações alicerça-se na precípua ideia de *transparência* do procedimento administrativo constitutivo de direitos subjectivos privados dotados desta esfera de oponibilidade a terceiros.

¹ Aprovado pela Lei n.º 1972, de 21 de junho de 1938.

² Observe-se que, até 1 de janeiro de 1992, os requerentes de patentes europeias, que designassem a República Portuguesa como Estado da proteção, *somente reivindicavam o processo* de obtenção da substância química. Esta substância era mencionada *na descrição*. Noutros casos, os requerentes destas patentes europeias efetuavam *pedidos divisionários* ao abrigo do artigo 4.º-G da Convenção da União de Paris.

Sem a publicação do pedido de patente provido de novas reivindicações de produto ninguém poderá contestar a patente destarte concedida. A *confiança investida* por terceiros na publicação efectuada pelo INPI acha-se assim totalmente falseada, pois que o objecto do pedido foi totalmente alterado: não há maior modificação de um pedido de patente quando o pedido inicial de protecção de uma *invenção de processo* é alterado para um pedido de tutela de uma *invenção de produto*. Estamos assim perante a *preterição de uma formalidade susceptível de por em causa o resultado final do procedimento administrativo* de patenteabilidade (artigo 32.º, n.º 1, alínea *b*), do CPCI de 1995, aplicável ao caso *sub iudice*).

O acórdão em anotação aprova este proceder.

Porém, o segmento mais impressionante desta decisão do Supremo reside na admissibilidade da livre junção de reivindicações de produto químico em procedimentos administrativos pendentes, com base no argumento segundo o qual *não se teria estabilizado* – quando da entrada em vigor do CPI de 1995 – a decisão do INPI sobre a concessão da patente nacional, cujo pedido fora apresentado na vigência do CPI de 1940 (lei antiga).

Dado que o direito de patente apenas se *constitui* com o ato de concessão e registo, na perspectiva do STJ somente haverá que curar do regime em vigor na data da prolação da decisão do INPI. De modo que este Supremo aplicou ao caso a *lei nova*, considerando que esta situação é subsumível ao disposto na parte final do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil³.

2. O artigo 26.º, n.º 1, do CPI de 1995 face ao artigo 172.º, § 4, do CPI de 1940

Além do exposto, o STJ também entendeu que o artigo 26.º, n.º 1, do CPI de 1995 somente é aplicável ao direito de patente já constituído. O artigo 26.º, n.º 1, do CPI de 2003 dispunha, na verdade, que “Qualquer alteração que *não afecte os elementos essenciais e característicos da patente*, modelo, desenho ou registo poderá ser autorizada no mesmo processo, desde que devidamente fundamentada e publicada, para efeitos de recurso, nos termos dos artigos 38.º e seguintes”.

³ O Acórdão do STJ, de 3/05/2011, proc. n.º 317/2002.S1, in <http://www.dgsi.pt>, também já decidiu no sentido em que é lícito o aditamento de reivindicações de produto químico ou farmacêutico, no quadro do novo CPI 1995, a pedidos de patente de processo depositados ao abrigo do CPI de 1940, dispensando a publicação desse aditamento no Boletim da Propriedade Industrial e apenas exigindo a publicação do resumo das alterações; no mesmo sentido navegou o acórdão da Relação de Lisboa, de 11/03/2010, proc. n.º 1220/09.8TYLSB-B.L1-8, loc. cit.

O artigo 25.º do CPI de 2003 manteve a mesma redação. Todavia, tal como o CPI de 1995, esta norma não se refere apenas, como melhor se verá, às alterações a patentes *já concedidas*. Ele também respeita a *pedidos* de patente, embora, literalmente, o não diga. O STJ entendeu de modo diverso.

Esta desconformidade terá tido origem no regime vigente no CPI de 1940. O direito industrial constituía-se, então, tal como hoje, com o *acto administrativo de concessão* sujeito a *registo*; mas o *dies a quo* deste direito subjectivo temporalmente limitado (15 anos) ocorria a partir da *data da concessão*, que não da *data do pedido*. Entre uma outra transcorriam vários anos.

A partir do CPI de 1995, na sequência de uma harmonização planetária verificada no regime do direito de patente, a duração deste direito de propriedade industrial passou a contar-se a partir da data do depósito do *pedido de patente*.

Só assim se compreendia o regime prescrito no § 4 do artigo 172.º do CPI de 1940, segundo o qual “se por efeito de alteração, solicita ou oficiosamente sugerida, nas reivindicações (...) a invenção (...) dever considerar-se sensivelmente diferente do que se publicou inicialmente no *Boletim da Propriedade Industrial*, esse facto implicará publicação de novo aviso para reclamação e a prioridade será contada da data em que a alteração for introduzida”. Lembre-se que, após a publicação do pedido inicial, sucedia-se a fase da apresentação de eventuais *reclamações* (artigo 19.º do CPI de 1940), *contestação*, *réplica* e eventual *tréplica* (artigos 177.º a 179.º do citado Código).

Vale dizer: no quadro do CPI de 1940, o titular do *direito à patente*, por efeito da *alteração substancial* efetuada no *direito industrial em formação*, perdia a prioridade em relação aos elementos técnicos que fossem introduzidos. *Se a alteração não fosse substancial*, mantinha a *prioridade* obtinha com o *pedido de patente*.

De todo o momento – é o que importa salientar –, já se permitia, como se vê, a alteração de elementos técnicos respeitantes ao *pedido de patente*, contanto que tal modificação *não fosse substancial*. Nessa eventualidade, o *requerente da proteção* não perdia a prioridade unionista. De resto, até ao momento da decisão eram expressamente autorizadas outras alterações (não substanciais) ao *pedido de patente*, nos termos do § 6 do artigo 172.º do referido Código (nome, profissão, sede do requerente).

Embora o direito de patente seja um *direito subjectivo de formação sucessiva* – cujas primícias remontam ao pedido de patente –, sucede que no CPI de 1940 a *oponibilidade* dos efeitos dele decorrentes em relação a terceiros somente acontecia com o *ato administrativo de concessão* (registo) e, no essencial, após a sua publicação no *Boletim da Propriedade Industrial*. Até esse momento, não havia que tutelar *direitos* ou *expectativas jurídicas* de terceiros que tivessem confiado num determinado objeto ou *quid* patenteável (invenção de produto, processo

ou aplicação de produto já conhecido) ou na sua extensão (*âmbito de proteção*). O único efeito verificável em momento anterior ao da concessão, que poderia reflectir-se na esfera jurídica de terceiros, era precisamente a *prioridade unio-nista*. Isto em caso de conflito com terceiro depositante de idêntico pedido de proteção.

Assim se compreendia que a temporalidade do exclusivismo comercial e industrial tivesse como limite mínimo o momento da concessão.

Não obstante a existência deste regime jurídico do CPI de 1940 – segundo o qual o prazo deste exclusivo industrial (então de 15 anos, “contados da data do respectivo título”, nos termos do artigo 7.º do mencionado Código) somente se conta a partir da data da concessão da patente – os *pedidos pendentes na data da entrada em vigor* do CPI de 1940 (lei nova⁴) seguiram o regime jurídico vigente na data do seu início de vigência, ou seja achavam-se submetidos ao regime da Carta de Lei de 21 de maio de 1896. Que o mesmo é afirmar que tais pedidos de proteção mantiveram-se submetidos à soberania da *lei antiga*. Isto dito pese embora, segundo a então lei nova (o CPI de 1940), o direito de patente somente se constituísse com o *ato de concessão* e registo da patente e até esse momento (*scilicet*, até à data do início de vigência da lei nova) não se estivesse *estabilizado* a formação da vontade do INPI quanto à concessão da patente. Ainda assim, a então Administração Pública não pôde considerar a lei nova como atendível ou competente na regulação desta situação.

3. A importância do procedimento administrativo na posição jurídica subjetiva do requerente da patente e os interesses de terceiros; a exegese do n.º 1 do artigo 26.º do CPI de 1995 (cont.)

Atualmente – em rigor, a partir do início de vigência do CPI de 1995 – os *momentos procedimentais anteriores à concessão* do direito de patente por ato administrativo do INPI (ou do Instituto Europeu de Patentes) passaram a desfrutar de uma maior importância na vertente das *faculdades jurídicas* exercitáveis, desde logo, pelo futuro titular da patente e à luz da (in)oponibilidade de certos comportamentos de terceiros não autorizados. Atentemos.

Repare-se, em primeiro lugar, na *inoponibilidade* do direito de patente relativamente ao que, de *boa fé*, chegar ao conhecimento da invenção ou a utilizava ou fazia preparativos sérios para a utilizar (artigo 100.º, n.º 1, do CPI

⁴ O CPI de 1940 veio substituir a Carta de Lei de 21 de maio de 1896, que reproduzia, com pequenas alterações, o Decreto ditatorial de 15 de dezembro de 1894, regulamentado em 28 de março de 1895.

de 1995; artigo 104.º, n.º 1, do CPI de 2003). Neste caso, o utilizador de boa fé pode, não raras vezes, ser *surpreendido* com a alteração do pedido de patente, sendo certo que já fazia preparativos sérios para utilizar as regras técnicas posteriormente introduzidas no pedido de patente que se achava pendente. Este inadmissível *efeito surpresa* é tanto maior – provocando uma intolerável *insegurança jurídica* – quanto é legítimo pensar que os terceiros, ao tomarem conhecimento das reivindicações e da descrição do pedido de patente, direccionem os seus investimentos para dispositivos e regras técnicas que não tenham sido inicialmente reivindicadas⁵. Se estas mesmas regras técnicas forem aditadas ao pedido de patente durante o procedimento administrativo, o comportamento oportunístico do requerente da proteção destrói a *confiança* gerada pelos terceiros por ocasião do depósito do pedido de patente.

Atente-se, igualmente, a *oponibilidade* do requerente da patente relativamente a terceiros a partir da publicação do pedido de patente (*proteção provisória*) ou a partir da notificação desse requerente dirigida a pessoas por ele identificadas, *maxime*, para efeitos de *indemnização por perdas e danos* verificados entre a data do pedido (ou entre a data da publicação desse pedido) e a data da concessão da patente (artigo 62.º, n.º 6 e 7, e 91.º, n.º 1, do CPI de 1995; e artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, do CPI de 2003).

Ademais, não pode desconhecer-se que o *âmbito (tecnológico) de proteção* da patente é determinado pelas reivindicações. Se estas são de *produto*, é claro que o titular passa a desfrutar de um direito “mais forte” do que aquele reconhecido à titularidade de uma *patente de processo*: pode não apenas obter a cessação da importação, da introdução no comércio e do fabrico, por terceiros, do medicamento através do mesmo processo ou de um processo tecnicamente equivalente, bem como proibir a utilização económica do medicamento obtido *directamente* a partir do processo patenteado; como, sobretudo, pode impedir que terceiros explorem economicamente o próprio produto (ou *combinação de substâncias*), *per se, constitutivo do medicamento*, independentemente da sua concreta utilização (p. ex., para uma outra indicação terapêutica) – exceto se, neste último caso, o perito na especialidade puder extrair das reivindicações e do

⁵ PIRES DE CARVALHO, Nuno, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, Wolters Kluwer, 3.ª edição, 2010, pp. 424-425 e nota 1008, citando um relatório da *Federal Trade Commission* dos E.U.A, de outubro de 2003 (FCT, “To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy”), onde tais práticas são severamente condenadas. Na página 16 deste relatório surpreendemos o seguinte trecho: “New subject matter not initially claimed should be the subject matter of a new application. If it has been described in the specification but not claimed, then it should be in the public domain”.

acervo das informações contidas na descrição uma limitação, total ou parcial, aos usos concretamente indicados nas reivindicações⁶.

Este novo regime jurídico não pode ser desconsiderado quando se coloca um problema de *sucessão de leis no tempo sobre direitos de propriedade industrial*. Até porque está, igualmente, em questão saber se a *aplicação imediata da lei nova* a pedidos pendentes pode implicar uma *retroatividade ilícita*. Vejamos.

Perante este regime jurídico *em mutação*, poderemos afirmar que a partir do CPI de 1995 não pode entender-se que o n.º 1 do seu artigo 26.º se refere somente ao *direito de patente já constituído* (e registado). Como se poderia, então, admitir uma *alteração substancial* dos elementos e regras técnicas originariamente depositadas e reivindicados no curso do procedimento de patenteabilidade, quando é certo que, como vimos, este CPI antecipou para o momento do pedido de proteção todo um acervo de *efeitos jurídicos oponíveis a terceiros*, que terão confiado num certo *conteúdo reivindicativo essencial*, tal como fora inicialmente depositado? Se assim fosse, uma solução deste teor representaria um real retrocesso em relação ao disposto no CPI de 1940 – o qual, lembre-se, impunha uma nova publicação do pedido de proteção se o requerente efetuasse uma alteração pela qual a invenção devesse ser considerada “sensivelmente diferente”, aí onde a prioridade unionista passava a ser contada a partir dessa posterior publicação (§ 4 do artigo 172.º deste Código).

⁶ Cfr. a recente decisão do Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*), de 10/05/2011, no caso “Okklusionsvorrichtung”, in: *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2011, p. 851, segundo a qual a descrição pode ser usada para interpretar o sentido e o alcance das reivindicações, mas já não para estender o seu alcance ou para as corrigir, nem, tão pouco, para generalizar a concreta solução técnica contida nas reivindicações. Não podem, destarte, ser protegidas as regras técnicas contidas na descrição mas que não são reivindicadas. Assim, segundo este Supremo Tribunal – aplicando, no caso, o teste *Schneidmesser* (alcançado a partir dos cinco acórdãos deste Supremo Tribunal tirados no dia 12/03/2002, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2002, p. 511 ss.) –, se uma descrição contém várias vias de lograr uma solução técnica, mas o requerente apenas reivindica uma delas, não ocorrerá infracção por meios equivalentes se o alegado infractor utiliza um dos meios referidos na descrição, pois as considerações que o perito na especialidade faz dirigidas ao sentido da orientação técnica protegida pela patente são no sentido de considerar que a execução modificada através de meios alterados não é equivalente. Admite-se, somente, uma pequena margem de tolerância técnica (acórdão do *Bundesgerichtshof*, de 13/09/2011, no caso “Diglycidverbindungrulingof”, proc. X ZR 69/10, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis*, 2011, p. 511; no caso o alegado infractor utilizava um processo C tecnicamente próximo do processo A, objeto de reivindicação, pese embora fosse diferente do processo B, que fora descrito mas não reivindicado). Uma via de solução usada pelo réu, a qual é objeto de descrição mas não de reivindicação, é, por via de regra, considerada pelo perito na especialidade como sendo uma via de solução não contida no âmbito protector da patente, mesmo à luz da *doutrina dos equivalentes*.

Ora, estas circunstâncias só podem querer dizer que o legislador da lei nova ao referir-se, no n.º 1 do artigo 26.º do CPI de 1995, aos “elementos essenciais e característicos da patente” terá querido referir-se, pelo contrário, aos elementos essenciais e característicos *da invenção*. Só uma leitura com este sentido e alcance permite atingir os *fins da norma* e respeitar os *interesses de terceiros* (e da *segurança jurídica*) que confiaram na originária publicação do pedido de patente (*in casu*, de processo) e num acervo de regras técnicas referentes à invenção aí precipuamente reivindicadas.

4. O lugar paralelo do artigo 123.º, n.ºs 2 e 3 da Convenção sobre a Patente Europeia e o dever de harmonização do regime jurídico português

Repare-se, inclusivamente, que este sentido é o único que também é admitido no seio do regime jurídico da *patente europeia*: podem ser efetuadas alterações antes e depois da patente europeia ter sido concedida (artigo 123.º, n.º 1, da CPE); contudo, essa alteração não pode ser feita “de forma que o seu objecto se estenda para além do conteúdo do pedido tal como foi apresentado” ou de jeito a que patente europeia passe a desfrutar de uma proteção mais ampla (artigo 123.º, n.ºs 2 e 3, *idem*)⁷. A faculdade de alteração pode assim ser

⁷ É claro que se permitem – têm que ser permitidas – certas modificações das reivindicações (e os desenhos) aos pedidos de patentes europeias na sequência da receção do relatório de pesquisa (sobre o estado da técnica) – os quais incidem sobre elementos que foram objeto de pesquisa (artigo 86.º, n.º 4, do Regulamento de Execução da CPE; cfr. uma versão portuguesa deste Regulamento em http://www.marcaspatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/6/27/Regulamento%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Muniquen%20-%20Patente%20Europeia.pdf) –, de modo a evitar objeções da Divisão de exame por motivo de falta de novidade (ou de atividade inventiva).

De qualquer modo, já nos *trabalhos preparatórios* da CPE se reconheceu que as meras modificações relativas a falhas linguísticas, de transcrição e os erros óbvios (artigo 89.º do referido Regulamento) não devem afetar interesses de terceiros – Decisão G 01/97, da Grande-Câmara de Recurso do Instituto Europeu de Patentes, in: *Official Journal of the European Patent Office*, 2000, p. 322, ponto 3(c); mesmo as correções feitas ao abrigo do artigo 140.º do citado Regulamento (de harmonia com o qual nas decisões do Instituto Europeu de Patentes só as falhas linguísticas, de transcrição e os erros óbvios, redação que é idêntica à do artigo 89.º do mesmo Regulamento) podem ser suscitadas durante o procedimento de patenteabilidade, mas já não após a patente ter sido concedida, ou em qualquer momento posterior (mesmo estando pendentes processo de oposição à patente europeia *já concedida* ou após o termo desta oposição), contrariamente à prática até agora aparentemente seguida pelas Divisões de Exame e pelas Divisões de Oposição – agora, neste sentido, a uniformização de jurisprudência tirada na decisão G 001/10, de, 23/07/2012, <http://www.eplawpatentblog.com/2012/August/g100001ex1.pdf>, ponto n.º 5 e ss. da decisão. Tudo para reforçar a proteção de interesses de terceiros.

exercida durante o procedimento de patenteabilidade, junto da Divisão de Exame do Instituto Europeu de Patentes, e após a patente ter sido concedida por este órgão, contanto que a alteração não implique o *alargamento do âmbito de proteção*⁸, tanto do pedido provido de *proteção provisória*, quanto da patente já concedida.

Em particular, não é permitido o alargamento das reivindicações, por forma a ser protegido um diferente conceito inventivo, que nelas estava ausente na versão inicial. E mais impressiva – *et, pour cause*, ilícita – é toda aquela alteração que resulta na *substituição, total ou parcial, de uma invenção por outra invenção* distinta; ou toda a modificação na qual as características ou elementos adicionados nas reivindicações produzem um *contributo técnico* para a execução do invento, que alarga o (futuro) âmbito tecnológico de proteção⁹. No caso *sub iudice*, a posterior junção das reivindicações de produto ainda durante o procedimento de

⁸ No quadro da CPE, o alargamento da proteção por via da *adjunção de reivindicações* ao pedido inicialmente depositado é autorizado se a publicação do pedido de patente, tal como fora inicialmente apresentado, destrói a novidade do pedido na sua forma inicial (decisão T 0190/83, de 24/07/1984, da Câmara Técnica de Recursos do Instituto Europeu de Patentes, no caso *OTTO BOCK/Artificial knee joint*, in <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t830190du1.html>). As Directrizes para Exame deste Instituto recomendam a adoção deste critério de decisão (Parte C, Cap. IV, 5.4.) quando a alteração consiste na adição de reivindicações. Cfr ALFRED KEUKENSCHRIJVER, in RUDOLF BUSSE, *Patentgesetz*, 5.ª edição, Berlin, De Gruyter, 1999, § 38, p. 671 = 6.ª edição, 2003, cit. À luz deste *critério de decisão*, não poderiam ter sido admitidas as mencionadas reivindicações de produto, pois, na sua forma alterada, o pedido de patente continuava a conter, na descrição, a demonstração das regras técnicas respeitantes à caracterização do produto químico ou farmacêutico.

Um outro importante critério de decisão é o seguinte: quer antes, quer após a patente ter sido concedida a *adjunção* não é admissível se uma atividade de terceiro insuscetível de violar a patente no território para onde a proteção fora requerida, uma vez concedida, passar a ser, após a alteração das reivindicações, uma atividade reservada que careça do consentimento do titular (assim, decisão T 1149/97, da Câmara Técnica de Recursos, no caso *SOLATROM/Fluid transducer*, in: *Official Journal of the European Patent Office*, 2000, p. 259 ss. = <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t971149ex1.html>, § 6.1.10. desta decisão. Note-se que o regime do artigo 123.º, n.º 2, aplica-se tanto aos pedidos de patente – durante o procedimento administrativo de patenteabilidade – quanto às patentes já concedidas.

⁹ Fora de horizonte de sucessão de leis no tempo por motivo da adesão à CPE ou ao Acordo TRIPS, nega-se terminantemente a possibilidade de alteração de reivindicações de processo para reivindicações de produto, bem como a transformação de reivindicações de produto em reivindicações de processo de preparação do produto – RAINER SCHULTE, “Die Änderung des Europäischen Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil, 1989, p. 460 ss., pp. 463-464; BERND HANSEN/FRITJOFF HIRSCH, *Protecting Inventions in Chemistry*, Weinheim, Berlin, New York, Chichester, Toronto, Brisbane, Singapore, 1997, p. 175; CARMEN SALVADOR JOVANÍ, *El ámbito de protección de la patente*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002, p. 410 ss.; GUY TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, 3.ª edição, Sweet & Maxwell, 2008, p. 161. *A fortiori*, estes critérios de decisão são inafastáveis num cenário de sucessão de leis no tempo.

patenteabilidade transmuda a *fisionomia essencial* ou as características da invenção de processo inicialmente reivindicada.

Sendo Portugal um Estado contratante da Convenção sobre a Patente Europeia (CPE)¹⁰, não seria admissível que o *regime do procedimento administrativo de concessão das patentes portuguesas* e os *efeitos externos* que dele emergem¹¹ fossem, neste ponto, diferentes¹² daquele que se encontra estatuído na CPE – até porque, entre outros motivos, um pedido de patente europeia pode ser transformado num pedido de patente portuguesa (artigo 82.º, n.ºs 1 e 2, do CPI de 1995; artigo 86.º, n.º 1, do CPI de 2003); e um pedido de patente portuguesa pode habilitar a apresentação de um pedido de patente europeia para a mesma invenção, desde que este último seja efetuado no prazo de um ano a contar da data de apresentação do pedido de patente portuguesa (artigo 87.º, n.º 1, da CPE).

5. O artigo 26.º, n.º 1, do CPI de 1995, e a tutela dos interesses de terceiros

Já constámos que o artigo 26.º, n.º 1, do CPI de 1995 não se pode referir apenas aos *direitos de patente já constituídos* para os quais se pede uma alteração das reivindicações. Parece, como vimos, absurdo extrair este sentido e alcance da norma em causa. Ele atinge igualmente os *pedidos de patente* em curso de

¹⁰ Cujo compromisso de adesão e harmonização do direito interno ao regime da Patente Europeia foi estabelecido antes do pedido de patente objeto do caso em anotação, ou seja, logo em 1985, no Protocolo n.º 19 anexo ao Ato de Adesão da República Portuguesa e do Reino de Espanha à então Comunidade Económica Europeia, in: *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º L 302, de 15/11/1985, p. 1 ss. veja-se, igualmente, a Resolução da Assembleia da República n.º 22/85, de 18 de setembro, que reproduz o n.º 3 do referido Protocolo n.º 19, nos seguintes termos: “A República Portuguesa aderirá em 1 de janeiro de 1992 à Convenção de Munique de 5 de outubro de 1973 sobre a Patente Europeia e à Convenção do Luxemburgo de 15 de dezembro de 1975 sobre a Patente Comunitária”.

¹¹ Por exemplo, o pedido de patente europeia como objeto de propriedade está submetido, em cada Estado Contratante designado e com efeito nesse Estado, à legislação aplicável no referido Estado aos pedidos de patente nacional (artigo 74.º da CPE).

¹² Mesmo a *discricionariedade legislativa* dos Estados contratantes autorizada no artigo 67.º, n.º 2, da CPE impõe que estes prevejam a possibilidade de atribuir uma “indenização razoável, determinada segundo as circunstâncias, de qualquer pessoa que tenha explorado nesse Estado Contratante a invenção que constitui o objecto do pedido de patente europeia, em condições que, segundo o direito nacional, poriam em causa a sua responsabilidade se se tratasse de uma contrafacção de uma patente nacional”. Assim se vê o interesse colocado pelo legislador da CPE na tutela de *uma proteção provisória* para os requerentes de patentes europeias no território dos Estados contratantes para onde ela pretende vigorar, caso os pedidos sejam concedidos pelo órgão competente desta pessoa jurídica internacional regional.

apreciação, contrariamente ao que se afirma no acórdão do STJ. Isto porque a palavra “patente” deverá ter, pelo contrário, o sentido de “invenção”.

A alteração das reivindicações na pendência do procedimento administrativo de patenteabilidade não é, de todo em todo, uma *atividade neutra* do ponto de vista da *oponibilidade a terceiros do futuro direito de patente*.

Na verdade, faz-se mister respeitar um acervo de valores e interesses de terceiros que tenham *investido a sua confiança* na luta pela inovação tecnológica num conjunto de realidades, elementos e características técnicas divulgadas inicialmente pelo requerente da patente. É perfeitamente legítimo conceber que estes terceiros possam ter desviado o curso das suas atividades de inovação tecnológica – ou o curso dos seus investimentos, no sentido de tentarem colocar no mercado as mesmas substâncias ativas, qualitativa e quantitativamente, sob a mesma forma farmacêutica, embora produzidas por meio de um processo tecnicamente diferente, cabendo-lhes apenas demonstrar junto da autoridade sanitária competente essa identidade através de testes de bioequivalência: os *medicamentos genéricos* – relativamente às realidades reivindicadas e descritas no pedido (publicado) de patente.

Mostra-se perfeitamente aceitável, no anverso, que tais terceiros possam ter concentrado meios com vista a aperfeiçoar, no futuro, a invenção cuja proteção é requerida e publicada, ou a conceber *alternativas técnicas não equivalentes* dotadas de atividade inventiva, mas que, na perspectiva dos peritos na especialidade, usam ou se “inspiram” nos elementos descritos e reivindicados (invenção dependente da primeira).

Considerando a mencionada *proteção provisória* resultante do pedido de patente, o serem tais terceiros surpreendidos com uma alteração das reivindicações – no caso, a alteração mais substancial possível: o *aditamento de reivindicações de produto* a um acervo de reivindicações de processo – desconsidera esse *investimento na confiança*. Pois, este proceder do INPI não atende, minimamente, à delimitação o *mais exata possível* das utilizações económicas reservadas ao titular do *direito à patente* e ao (futuro) titular do *direito de patente* em relação às utilizações livres¹³.

¹³ Mesmo nos ordenamentos jurídicos que, no passado, não realizavam o exame substancial do pedido de patente (como ocorria no ordenamento italiano após a unificação de 1870, continuado na *legge invenzione* até 2005), o art. 59, n. 3, desta *legge invenzione* determinava, expressamente, a nulidade da patente nos casos em que o objeto se estendia para além do conteúdo do pedido inicialmente apresentado; solução que já era tributária da defesa dos interesses e valores da *confiança* depositada por terceiros na publicação do pedido de patente – VANZETTI, ADRIANO/DI CATALDO, VINCENZO, *Manuale di Diritto Industriale*, 4.^a edição, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 357-358, segundo os quais “*Tale sanzione, molto grave, è posta a diretta garanzia dell’afidamento dei terzi; chi esplora il contenuto delle domande di brevetto pendenti (come, ovviamente, dei brevetti già rilasciati) sa che l’ambito dei diritti di*

E decerto que todos concordam que a extensão e a qualidade desta determinação do âmbito tecnológico de proteção da patente (mesmo a *proteção provisória* consagrada no ordenamento português exatamente a partir do CPI de 1995) vai influenciar o conjunto de utilizações económicas do objeto da patente (ou do pedido de patente) reservadas dos produtos e processos protegidos.

Em homenagem à defesa dos interesses destes terceiros – que confiaram na licitude das suas atuações merceológicas à sombra de pedidos de proteção pendentes e publicados de reivindicações de processos químicos e farmacêuticos para o fabrico de medicamentos de uso humano – deverá rejeitar-se a possibilidade de aditamento, a “meio do jogo”, de *reivindicações de produto*. Percurso oposto trilhou o acórdão em anotação, o qual, na prática, garantiu esse aditamento aos titulares de proteção provisória decorrentes de pedidos de patentes europeias depositados, a partir de 1 de janeiro de 1992, bem como aos restantes depositantes de pedidos de patente nacional de processo durante a vigência do CPI de 1940, cuja patenteabilidade estava vedada ao abrigo deste Código.

Assim se vê a enorme importância do problema da admissibilidade e da atendibilidade das modificações nas reivindicações de pedidos de patente numa época de sucessão de leis no tempo.

Se estas modificações – seja por iniciativa do INPI, seja por vontade do requerente da proteção – implicarem a *diminuição do âmbito de proteção do pedido de patente*, não há problema, já que a confiança de terceiros não autorizados pelo requerente da patente nunca será atingida. Até porque, estas alterações visam, as mais das vezes, evitar a eventual nulidade da invenção (p. ex., por falta de novidade ou atividade inventiva, insuficiências descritas, contradição entre as reivindicações e a descrição)¹⁴. Se elas, pelo contrário, importarem o alargamento desse espectro protetor – como é paradigmático o caso do *aditamento de reivindicações de produto* químicos em pedidos originariamente providos apenas de reivindicações de processo químico –, os valores da *certeza jurídica* e

esclusiva altrui, che egli è tenuto a rispettare, non può subire ampliamenti”; cfr., agora, VANZETTI, ADRIANO/DI CATALDO, VINCENZO, *Manuale di Diritto Industriale*, 6.ª edição, Milano, Giuffrè, 2009, p. 405. Hoje, o novo *Codice di proprietà industriale*, de 2005, determina, no art. 172, n. 2, que o requerente da proteção desfruta da “*facoltà di correggere, negli aspetti non sostanziali, al domanda originariamente depositata ...*”. Cfr., agora, SENA, Giuseppe, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 266–271.

¹⁴ Permitindo que o requerente da patente goze (já a título de proteção provisória) da tutela que lhe é justamente atribuída e evitando o insucesso de pedidos de patente ou a colocação de obstáculos desnecessários à possibilidade de realização de alterações indispensáveis à concessão da patente – KRASSER, RUDOLF, “Possibilities of Amendment of Patent Claims During the Examination Procedure”, in: *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1992, p. 467 ss., p. 471.

da tutela da confiança de terceiros são gravemente atingidos. Tal ocorre quando, num cenário de *sucessão de leis de propriedade industrial no tempo*, a validade de um direito de patente for aferida por referência ao *momento da decisão do INPI relativa ao pedido de patente*.

Pelo contrário, creio não haver dúvida de que a *validade* de um direito de patente deve ser aferida – *maxime* num quadro de sucessão de leis no tempo – com respeito à *data da apresentação do pedido de patente* junto da Administração Pública do Estado para que se pede proteção, ou junto do órgão competente do Instituto Europeu de Patentes. Vejamos porquê.

6. A localização no tempo do *facto de inventar* e o direito de requerer a patente

O inventar é um *facto natural*. Ele traduz uma *criação do espírito humano* plasmada numa *solução técnica* para um *problema técnico*, solução alcançada através de *meios técnicos* capazes de manipular as *forças naturais* de uma forma *controlada* (e *repetível* com as mesmas *características constantes*) pelos seres humanos. Um dos efeitos desse *facto natural* consiste no direito de requerer a patente (*direito à patente*). Essa concessão (e atribuição de titularidade, originária ou derivada) é efetuada pela lei de harmonia com a verificação de um conjunto de *condições substanciais de patenteabilidade* (ou seja, *realidades suscetíveis de proteção* enquanto invenções; novidade e nível inventivo dessa invenção) cujos contornos jurídicos devem ser determinados pela *lei vigente na data da prática desse facto natural*, tal como ele é exteriorizado por meio da apresentação do pedido de patente¹⁵. Ambos os eventos tiveram lugar num momento em que em Portugal era proibida a patenteabilidade destas invenções de produto. O que tornou incondicionadamente livre a utilização dessas criações industriais em Portugal. E tornou esse uso livre *para todo o sempre*.

O regime jurídico positivo e a dogmática portuguesa da sucessão de leis no tempo são consentâneos com estas singularidades do *facto de inventar* e do *direito de requerer proteção jurídica para esse facto*. Na realidade, quando o legislador nada diz em especial sobre a lei aplicável a situações jurídicas em que é convocado

¹⁵ Pois esse *facto natural* pode ter ocorrido há muito tempo e ser mantido em regime de *segredo industrial* por legítimas razões de estratégia empresarial. *Só quando for divulgado* é que importa saber quais as *condições legais* de cuja verificação depende a formação de um exclusivo industrial e comercial sobre tal invenção, pois a partilha dessas regras e conhecimentos técnicos (*maxime*, com a publicação do pedido de patente) é a contrapartida da formação do direito subjetivo privado de duração limitada.

um problema de conflitos de leis no tempo, é mobilizado o *princípio da não retroatividade da lei*, nos termos do artigo 12.º do Código Civil.

No caso que foi objeto do acórdão em anotação, deve atentar-se no disposto no n.º 2, 1.ª parte, deste artigo 12.º, segundo o qual as normas – da lei nova (*id est*, a Convenção sobre a Patente Europeia e o CPI de 1995) –, que dispõem sobre os requisitos de validade de *factos* ou *efeitos de factos*, apenas se aplicam aos *factos novos*; que o mesmo é dizer que somente tais normas da lei nova se aplicam aos *pedidos de patente nacional* depositados no INPI a partir do dia 1 de junho de 1995, bem como aos *pedidos de patente europeia* apresentados no Instituto Europeu de Patentes, designando a República Portuguesa como Estado da proteção, após o dia 1 de janeiro de 1992.

Repare-se que, na hipótese versada neste acórdão do STJ, tanto o *facto* (a invenção) quanto o *efeito do facto* (o direito à patente ou o direito de requerer a proteção por meio da apresentação do *pedido de patente*) ocorreram na vigência do CPI de 1940. Donde – ressalvada a existência, na lei nova, de norma especial de *direito transitório material* em sentido, total ou parcialmente, contrário –, as leis novas (Convenção sobre a Patente Europeia e o CPI de 1995) não se aplicam a *situações subsistentes ou em curso de constituição na data do seu início de vigência*¹⁶. Não se aplicam tais regimes novos a criações industriais e a ideias inventivas industriais para as quais já tenha sido pedido proteção ao abrigo da lei vigente na data da divulgação do *facto de inventar* a solução técnica para que se pedia proteção por direito de patente.

7. Normas transitórias especiais e o regime geral da sucessão de leis no tempo sobre a proteção das invenções

Não se diga – não obstante o CPI de 1995 não contivesse disposições de *direito transitório* – que as considerações anteriores são desmentidas, implicitamente, pelo disposto nos artigos 2.º do Decreto-Lei n.º 36/2003, que aprovou o atual CPI de 2003, ao mandar aplicar as disposições deste novo Código (*lei nova*) aos pedidos de patentes pendentes na data do seu início de vigência; e, outrossim, o 10.º mesmo Decreto-Lei que mandou aplicar aos *pedidos de registo* de marcas, de nomes e de insígnias de estabelecimento, de logótipos de recompensas, de denominações de origem e indicações geográficas, efetuados antes da sua entrada em vigor e que ainda não tenham sido objeto de despacho definitivo. E o próprio artigo 6.º daquele Decreto-Lei n.º 36/2003 faz atingir

¹⁶ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 4.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1990, p. 233.

pela *lei nova* os pedidos de patente depositados na vigência do CPI de 1940, ainda não objeto de concessão em 2003, *somente* no que respeita à *duração das patentes* que viessem a ser adrede concedidas: 15 ou 20 anos, consoante da aplicação da lei nova (o então CPI de 1995) resultar um prazo mais longo.

O artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de julho, que alterou o CPI de 2003, também mandou aplicar as disposições deste novo regime jurídico aos *pedidos de patente* apresentados antes da sua entrada em vigor e que ainda não tivessem sido objeto de despacho.

Porém, este Decreto-Lei de 2008 já teve o cuidado de, atento os interesses e a confiança depositada por terceiros no pedido de patente, tal como fora publicado no *Boletim* electrónico do INPI, esclarecer, no seu artigo 6.º, que se aplicam as disposições da *lei antiga* em matéria de divulgações não oponíveis. Ora, esta *reserva de aplicação da lei nova* atinge precisamente um dos *requisitos de validade* de um direito de patente, que se deve achar verificado na data da apresentação do pedido de patente: a *novidade* do invento. *A fortiori*, não pode negar-se que as realidades patenteáveis (produto, processo ou uso) e, por conseqüências, os *tipos de reivindicações* admissíveis, devem ser atingidas por esta reserva ou autolimitação de aplicação da lei nova.

É que – sem prejuízo da observância do princípio da *proibição da retroatividade* da lei nova –, na ausência de *disposições especiais de direito transitório* constantes da lei nova, deve ser aplicado o *regime geral da sucessão de leis no tempo* consignado no artigo 12.º do Código Civil.

Há um conjunto de situações que devem submeter-se às regras jurídicas vigentes, no Estado da proteção, na data do pedido de patente, quais sejam:

- As realidades patenteáveis;
- A atribuição do direito de requerer a patente;
- As categorias de reivindicações; e
- Os requisitos de patenteabilidade.

Por sua vez, o *exercício de um direito de patente já concedido* acha-se regulado pelas disposições da *lei nova* relativamente aos factos que tenham ocorrido após a data do seu início de vigência. A *lei nova* também se aplica às *regras do procedimento administrativo* de patenteabilidade, na falta de pertinentes disposições transitórias¹⁷: as novas normas do procedimento são de *aplicação direta*, não afetando a validade de atos já praticados nesse procedimento administrativo sob a égide da lei antiga.

¹⁷ Por exemplo, o CPI de 1940 continha *regras transitórias especiais* sobre a aplicação da lei nova à *seqüência dos atos a praticar* junto do INPI, relativamente a pedidos de patente pendentes, o mesmo sucedendo com os pedidos de marcas (art. 293.º do CPI de 1940).

Com efeito, no que às *realidades patenteáveis* diz respeito (produtos, processos, usos), é sempre mobilizável a *lei vigente na data do pedido de patente*¹⁸, mesmo que, como veremos adiante, se possa discutir a aplicabilidade direta, imediata e vertical do preceituado no n.º 7 do artigo 70.º do Acordo TRIPS, o qual permite que “os pedidos pendentes” (em 1/01/1995) possam beneficiar de uma proteção “acrescida”. Essa proteção “acrescida” respeitante aos pedidos pendentes não parece, como veremos, referir-se ao direito de patente. É, pois, irrelevante tanto a *data da invenção* (que pode ser mantida em segredo pelo inventor ou pela entidade que a tenha encomendado), quanto a *data do pedido originário* (efetuado no estrangeiro) ao qual foi atribuída a prioridade unionista, quanto, ainda, deve desconsiderar-se o *momento da concessão*, bem como o da *violação* (em Portugal) da patente.

Esta solução constitui uma concretização do regime geral, nos termos do qual, na ausência de uma *disposição transitória específica* no CPI de 1995, as *regras que dispõem sobre os requisitos da validade de quaisquer factos ou atos jurídicos* somente se aplicam aos *factos novos*, não afetando, pois, tais regras as *situações jurídicas em curso de constituição da data do início de vigência da lei nova que haja alterado tais requisitos de validade*.

8. O direito de patente como direito de formação sucessiva

O próprio artigo 123.º, n.º 2, da Convenção sobre a Patente Europeia sinaliza-nos aquela orientação de harmonia com a qual – na ausência de norma transitória especial que não viole o princípio da não retroatividade da lei – aplica-se sempre às realidades suscetíveis de patenteabilidade a lei em vigor na data da apresentação do pedido de patente. Pois aquele artigo 123.º, n.º 2, determina que o *pedido de patente* (que não o *direito de patente já concedido*) não pode ser modificado “*de forma que o se objeto se estenda para além do conteúdo do pedido, tal como foi depositado*”.

Mesmo num cenário de sucessão de leis no tempo não podemos desconsiderar os *momentos procedimentais de formação sucessiva do direito de patente*. Este direito subjetivo não é um direito de *formação instantânea*. Se assim fosse, não restaria dúvida que a sua formação teria que ser atingida pela *competência da lei vigente na data do ato de concessão da patente*. Donde, aqueles momentos e etapas procedimentais não se revelam numa *situação de neutralidade* relativamente às opções do legislador.

¹⁸ Já, neste sentido, entre outros, MOUSSERON, JEAN MARC, *Traité des Brevets*, Paris, Librairies Techniques, 1984, p. 114.

O acórdão do STJ sob anotação aplicou ao caso a 2.^a parte do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil, entendendo que, ao prever a admissibilidade de reivindicações de produto químico e farmacêutico, a lei nova (o CPI de 1995) dispôs “*directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhe deram origem*”. De modo que decidiu que o novo regime jurídico se deveria aplicar às “*próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor*”.

Porém, como tentámos demonstrar, não podemos desconsiderar os factos que deram origem à situação jurídica de *direito de requerer a patente* (ou *direito à patente*), nem podemos concordar que ao conteúdo dessa situação jurídica (indelevelmente dependente de uma *situação jurídica em formação*, repita-se: o direito de patente) se possa aplicar, sem mais, a lei nova, abstraindo dos factos que deram origem à situação jurídica de direito de requerer a patente.

Ora, o Venerando STJ, na prática, tomou esta situação como se fosse uma situação jurídica “a constituir”, que bem podia ser atingida pelo âmbito de competência da lei nova (o CPI de 1995, que passou a admitir a proteção das patentes de produto químico e farmacêutico), já que – como afirmou no texto do acórdão – “durante a pendência do pedido de patente não existe uma situação jurídica constituída”.

Com efeito, como parece bom de ver, o direito de patente é, isso sim, uma situação jurídica subjetiva de formação sucessiva; não é de formação ou *constituição instantânea* com o ato de concessão e registo. Lembre-se, não apenas a *proteção provisória* que aproveita ao requerente da proteção após a publicação do pedido (ou após a notificação de certos terceiros); atente-se, por outro lado, e como vimos, a tutela da confiança de terceiros que, mesmo no domínio do CPI de 1940 – o qual não consagrava o regime da proteção provisória – *confiaram* na formação de um determinado *objeto de proteção* (p. ex., o processo ou método de fabrico de uma substância química constitutiva de um medicamento) e um *âmbito de proteção* delimitado pelas reivindicações dirigidas a esse específico processo, podendo abranger *processos tecnicamente equivalentes*, como tal considerados pelos peritos na especialidade, reportados à data da apresentação, em Portugal, do pedido de patente.

Não se esqueça que, conquanto não vigorasse no CPI de 1940 uma regra semelhante à do artigo 26.º, n.º 1, do CPI de 1995 (ou do artigo 25.º, n.º 1, do CPI de 2003), as alterações aos pedidos de patente que implicassem a formação de um pedido “sensivelmente diferente” do que havia sido publicado, impunham uma nova publicação, contando-se, nesse caso, a prioridade da modificação (*id est*, da modificação substancial) a partir da data em que fora introduzida (§ 4 do artigo 172.º). Regime, este, que tutelava plenamente os *interesses de terceiros*, que não poderiam ser assim surpreendidos com alterações

substanciais respeitantes a regras técnicas reivindicadas, prevenindo a concessão da prioridade na concessão do direito de patente relativamente a pedidos efetuados por terceiros em data anterior. De resto, esta regra do CPI de 1940 também visava dilucidar o problema de saber se um pedido anterior ao que fora substancialmente alterado versava sobre o mesmo objeto, sobre a mesma invenção, ou sobre o mesmo conceito inventivo.

9. A relevância do artigo 70.º, n.º 7, do Acordo TRIPS no caso *sub iudice*

Atentemos, de seguida, até que ponto o artigo 70.º do Acordo TRIPS – em particular, o n.º 7 desta norma – pode influenciar a argumentação até agora expendida sobre a impossibilidade de aplicação do CPI de 1995 a pedidos de patente pendentes sob o manto legiferante do CPI de 1940, para o efeito de aditamento de reivindicações de produto. Não se esqueça que, na eventualidade de esta norma desfrutar de aplicação direta, imediata e vertical no ordenamento jurídico português, ela pode constituir uma *disposição transitória especial* colocada fora do esquema formal da lei nova (o CPI de 1995), tendo em vista a regulação do destino do aditamento de reivindicações de produto a pedidos de patente de processo pendentes na data de entrada e vigor daquela lei nova.

As disposições do Acordo TRIPS, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1995, são obrigatórias relativamente à maioria dos países (incluindo a República Portuguesa) desde 1 de janeiro de 1996. O acórdão em anotação não aborda esta problemática – de caso pensado, ou não – relativa à aplicação direta, imediata e vertical do TRIPS ao concreto litígio e à eventual função desempenhada pela norma do artigo seu 70.º como *norma transitória especial*.

10. A aplicação direta, imediata e vertical do n.º 7 do artigo 70.º do TRIPS e o caso *sub iudice*

No passado, já expressei sérias dúvidas sobre a *aplicação direta e imediata* do n.º 7 do Acordo TRIPS, pelos tribunais portugueses ou outras autoridades administrativas, bem como a recusa do seu *efeito horizontal* nas *relações entre particulares* (p. ex., face a um pedido do autor ou a um pedido reconvenicional onde seja discutida a invalidade do *direito de patente* por abranger realidades não patenteáveis na data do depósito do *pedido de patente*)¹⁹.

¹⁹ REMÉDIO MARQUES/NOGUEIRA SERENS, “Direito de Patente: sucessão de Leis no Tempo e a Proibição da Outorga de Patentes Nacionais sobre Produtos Químicos ou Farmacêuticos no Domínio

Mesmo num cenário em que se considere que esta norma pode ser aplicada, direta e imediatamente, em Portugal, com o valor reforçado reconhecido pelo artigo 8.º, n.º 1 e 2, da Constituição²⁰, creio estar em condições de demonstrar que da sua aplicação – com o valor de *norma transitória especial* – não pode resultar a licitude do aditamento de reivindicações de produto químico ou farmacêutico a pedidos de patente de processo depositados junto do INPI ao abrigo do CPI de 1940. Vejamos.

10.1. *O n.º 7 do artigo 70.º do TRIPS não respeita a todos os “tipos” ou categorias de propriedade intelectual*

O n.º 7.º do artigo 70.º do TRIPS permite que os requerentes de proteção para direitos de propriedade industrial – cuja tutela esteja condicionada ao *registro* e que se encontrem pendentes na data de aplicação efetiva deste Acordo em relação ao Estado contratante em cujo ordenamento esta questão seja suscitada – possam modificar os pedidos de proteção, a fim de peticionar uma “proteção acrescida”, desde que tal alteração não implique a junção de *matéria nova*.

Do ponto de vista *gramatical*, esta é uma disposição obscura quanto ao seu sentido e alcance.

Em primeiro lugar, fica a dúvida sobre a que categoria ou “tipo” de direitos de propriedade intelectual esta norma se pretende aplicar. Isto porque, num enfoque técnico, a palavra “registro” foi sempre associada a certas categorias de direitos de exclusivo, com exclusão de outras. Em segundo lugar, na sequência do *Projecto de Bruxelas* alterado pelo *Projecto Dunkel*, os primeiros quatro números deste artigo 70.º parecem atingir todas as categorias ou “tipos” de propriedade intelectual, enquanto os números 5 a 8 referem-se a situações particulares²¹.

do CPI de 1949 – O Aditamento de Reivindicações de Produto Químico ou Farmacêutico no Quadro do CPI de 1995, nos Procedimentos de Proteção Pendentes na Data de Adesão à Convenção da Patente Europeia e ao Acordo TRIPS”, in: *O Direito*, 2006, V, p. 1011 ss., p. 1057 ss.

²⁰ Considerando que esta norma do n.º 7 do artigo 70.º do Acordo TRIPS é diretamente aplicável no ordenamento jurídico português, com base na ideia de que esta norma contém uma “obrigação clara, precisa, incondicional, completa e juridicamente perfeita, que não esteja subordinada, na sua execução ou nos seus efeitos, à intervenção de qualquer acto posterior”, cfr. o acórdão do STJ, de 3/05/2011, proc. n.º 317/2002.S1, in <http://www.dgsi.pt>, autorizando, com isso, o aditamento de reivindicações de produto químico ou farmacêutico; em sentido contrário, veja-se o acórdão da Relação de Lisboa, de 7/07/2009, proc. n.º 898/06.9TYLSB.L1-7, loc cit.

²¹ PEDRO ROFFE, “La cuestion de la “materia existente” y los productos farmacéuticos: Una interpretaciónstancias”, del artículo 70 del ADPIC a la luz de su contexto, objeto, fin y circunstancias”, in: SEUBA HERNÁNDEZ, Xavier, *Salud Pública y Patentes Farmacéuticas, Cuestiones de Economía, Política y Derecho*, Barcelona, Bosch Mercantil, 2008, p. 337 ss., pp. 372-373.

Na verdade, não poderemos desconhecer ou tomar como totalmente irrelevante o facto de que, no conjunto de disposições previstas no TRIPS, a palavra “registo” é utilizada como ponto de referência dos *direitos de marca* (arts. 15.º, 18.º e 19.º), do regime das *indicações geográficas* (arts. 23.º e 24.º) e das *topografias de produtos semicondutores* (art. 38.º). Por outro lado, é de afastar liminarmente a referência desta palavra ao direito de autor, pois a Convenção de Berna determina claramente que a existência e proteção destas criações intelectuais não pode ficar sujeita a registo²². De igual sorte, ela não pode ter como objeto o regime dos *desenhos ou modelos*, já que estas últimas criações também podem ser protegidas, em certos casos, por *direito de autor*.

E no que respeita ao *direito de patente*? Pode esta palavra atingir o *direito de patente*? Creio que a resposta deve ser negativa.

As palavras ou expressões que o legislador do TRIPS utiliza quando se refere ao direito de patente são diferentes. Com efeito, quando se refere ao direito de patente, este legislador utiliza as expressões “*podem ser obtidas patentes*” e “*será possível obter patentes*” (art. 27.º, n.º 1). A linguagem utilizada no artigo 62.º, n.º 2 – norma que dispõe sobre a aquisição e proteção dos direitos de propriedade intelectual e da necessidade de estabelecer processos que respeitem o princípio do contraditório – é mais impressiva no revelar desta distinção: ela distingue a “concessão” do “registo”²³, pois usa a partícula disjuntiva “ou” (“concessão ou registo”). O mesmo acontece nos arts. 29.º, n.º 2, e 70.º, n.ºs 8²⁴ e 9²⁵, a propósito do *direito de patente* e dos *direitos exclusivos de comercialização* de medicamentos assim constituídos após a emissão da autorização sanitária de introdução dos medicamentos no mercado desse Estado Membro.

Ora, de acordo com o artigo 31.º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969²⁶, as convenções e os tratados internacionais devem ser interpretados de boa fé, de harmonia com o sentido corrente que deva ser atribuído às palavras ou expressões constantes destes instrumentos

²² Já, neste sentido, CARLOS M. CORREA, “Retroactividad del Acuerdo sobre los ADPIC a la Luz de la Protección de la Salud Pública”, in: SEUBA HERNÁNDEZ, Xavier (coord.), *Salud Pública y Patentes Farmacéuticas*, 2008, cit., p. 391 ss., pp. 404-405.

²³ “Sempre que a aquisição de um direito de propriedade intelectual esteja subordinada à concessão ou registo do direito, os Membros velarão (...)”.

²⁴ “Concederá a protecção ao abrigo de uma patente em conformidade (...) a partir da concessão da patente (...)”.

²⁵ “Sempre que um produto seja objecto de um pedido de patente num Membro em conformidade, serão concedidos direitos de comercialização exclusivos (...) ou até que uma patente de produto seja concedida ou rejeitada nesse Membro (...)”.

²⁶ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003, de 7 de agosto, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 46/2003, de 7 de agosto.

contratuais internacionais. A tarefa do intérprete é, assim, a de procurar um sentido e alcance das palavras ou expressões neles utilizadas que melhor se adequem à intenção dos Estados partes e, sobretudo, aos fins que lhes subjazem.

A *intenção* do legislador no que respeita ao n.º 7 do artigo 70.º é a de permitir que os pedidos pendentes possam beneficiar de uma “proteção acrescida” relativamente à categoria ou “tipo” de direitos de propriedade intelectual para que se pedira proteção em data anterior à da aplicação efetiva do Acordo TRIPS no Estado contratante em questão, contanto que essa “proteção acrescida” não importe a incorporação de “matéria nova”.

Implicitamente, o legislador do TRIPS permite esta modificação só em relação a matérias ou realidades que podiam ser protegidas ao abrigo da então lei vigente nesse Estado. O seu *sector normativo* não poderá abranger matérias ou realidades constitutivas de pedidos que respeitem a objetos (invenções) que não poderiam ser protegidas, nesse Estado, na data de aplicação efetiva deste TRIPS.

Por exemplo, se a legislação do Estado contratante proibía o registo de marcas compostas *exclusivamente* por *uma cor*, o advento do TRIPS nesse Estado continuará a não autorizar a modificação de pedidos de marca (pendentes no dia 1 de janeiro de 1995), no sentido de se visar a proteção de uma *cor única*. A admissibilidade desta modificação implicaria o aditamento de “matéria nova”.

Não me parece, assim, que seja evidente uma resposta afirmativa à questão de saber se o requerente de uma patente portuguesa de processo químico ou farmacêutico, depositada antes de 1 de janeiro de 1996, poderá modificar tal pedido, no sentido de aditar reivindicações de produto, já que o n.º 7 do artigo 70.º refere-se aos pedidos de direitos de propriedade intelectual respeitantes às categorias ou “tipos” cuja proteção é condicionada ao mero “registo”, com exclusão das categorias cuja proteção é independente de registo (direito de autor, informação não divulgada), ou está sujeita a um regime de *concessão constitutiva*. Aliás, como se determina nesse n.º 7, o aditamento ou a alteração não pode abranger “matéria nova”. Ora, o acrescentar reivindicações de produto num pedido de patente de processo ou o converter um pedido de patente de processo num pedido de patente de produto constituirá a junção de “matéria nova” ao pedido pendente na data de aplicação efetiva do TRIPS²⁷. O conteúdo e o alcance das reivindicações de produto são, como referi atrás, completamente distintos. O próprio artigo 28.º do TRIPS reconhece e afirma esta diferença.

²⁷ PEDRO ROFFE, “La cuestion de la “materia existente” y los productos farmacéuticos: Una interpretación ...”, cit., p. 377.

10.2. *A conjugação dos n.ºs 7 e 8.º do artigo 70.º do TRIPS e a proibição de uma proteção “pipeline”*

Surpreende-se, no entanto, um argumento mais forte no sentido de fulminar a possibilidade de aditamento de reivindicações de produto a pedidos pendentes em 1 de janeiro de 1995. E tem ele a ver com a ausência, no TRIPS, da admissão de uma proteção “pipeline”, no sentido da possibilidade de os Estados contratantes passarem a permitir a proteção de realidades patenteáveis insuscetíveis de tutela ao abrigo das leis internas dos Estados contratantes em 1 de janeiro de 1995, mesmo em relação a pedidos de patentes pendentes nessa data.

É importante salientar que a falta de um princípio geral de tutela “pipeline” justifica exatamente a norma do n.º 8 do mesmo artigo 70.º do TRIPS.

O regime vertido nesta última norma aplica-se, na verdade, às invenções de produtos farmacêuticos e agro-químicos que não eram patenteáveis antes da data de aplicação efetiva do TRIPS. Neste sentido, este Acordo somente prevê a consagração, pelos Estados contratantes – no quadro de um regime de sucessão de leis no tempo – de um sistema de proteção “pipeline” respeitante a um outro tipo de exclusivos de propriedade intelectual ou exclusivos conexos aos direitos de patente: os *direitos exclusivos de comercialização* de medicamentos que integram substâncias ativas de produtos inscetíveis de patenteabilidade em 1 de janeiro de 1995 (ou em 1 de janeiro de 2000 ou 1 de janeiro de 2005, para os países, como a União Indiana, que se reservaram no exercício do direito de diferirem a extensão da patenteabilidade a todos os sectores da tecnologia, como determina o artigo 27.º, n.º 1).

Não me parece, por isso, crível que o legislador do TRIPS tivesse querido consagrar, no n.º 7 do seu artigo 70.º, um regime de “pipeline” *disfarçado*, que operaria por meio da conversão de reivindicações de processo em reivindicações de produto ou através do aditamento de reivindicações de produto a pedidos de patente em curso de apreciação nessa data²⁸.

Aquela norma do n.º 8 do artigo 70.º é, afinal, a única que esgota o problema e autoriza integrar o “vazio” legal ou lacuna normativa – no momento da aplicação efetiva do TRIPS no respetivo Estado contratante (ou seja, 1 de janeiro de 1996) – que diz respeito à proteção a sectores da tecnologia anteriormente não patenteáveis (ou seja, as invenções de produtos químicos e farmacêuticos, bem como, adicionalmente, em Portugal, as invenções cujo objeto sejam alimentos). E não se diga que este n.º 8 é somente aplicável aos

²⁸ PEDRO ROFFE, “La cuestion de la “materia existente” y los productos farmacéuticos: Una interpretación ...”, cit., p. 378.

denominados “países em desenvolvimento”. Ela também se aplica aos “países desenvolvidos”, que, em 1/01/1995, não previam a proteção por direito de patente de produtos químicos e farmacêuticos.

Mas esta norma do n.º 8 do artigo 70.º do TRIPS apenas desfruta de efeitos prospetivos: ela permitiu a apresentação, a partir de 1 de janeiro de 1996, de pedidos de patente de produto químico ou farmacêutico, os quais, embora somente tivesse sido examinados vários anos depois (alguns em 2005 e 2006) – ou seja, a partir do momento em que o ordenamento internos dos Estados que fizeram tais reservas passaram a admitir a patenteabilidade das invenções deste tipo de produtos –, mantiveram a prioridade relativa à data da apresentação do pedido de patente.

A análise e verificação da presença dos requisitos de patenteabilidade (novidade, atividade inventiva, industrialidade, etc.) reportou-se ao momento da apresentação do pedido de patente, o qual ficou, deste modo, numa situação de *pendência* (daí a expressão anglosaxã comumente utilizada: *mail box*); todavia, os requerentes da proteção gozaram de *direitos exclusivos de comercialização* dos produtos (após a competente autorização sanitária) entre a data do depósito do pedido de proteção (a partir de 1 de janeiro de 1996) e a data limite da incorporação no ordenamento interno da patenteabilidade das invenções de substâncias químicas e farmacêuticas (ou seja, 1 de janeiro de 2005, podendo, para os “países menos desenvolvidos”, este “dever de legislar” ser prorrogado até 1 de janeiro de 2016, nos termos do parágrafo 7.º da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, de novembro de 2001.

Este é o denominado “pipeline suíço”. O n.º 7 do mesmo artigo 70.º não contempla qualquer outro tipo ou forma de “pipeline”. Até porque, como veremos, caso contrário, ele desfrutaria de inadmissível *eficácia retroativa*. Este sistema do “pipeline suíço” – que também pôde ser usado por Portugal, a partir de 1/01/1996 – só se aplicou aos pedidos respeitantes a inventos não compreendidos, nessa data, no estado da técnica (requerendo a novidade cognoscitiva ou técnica absoluta).

De facto, a interpretação do n.º 7 do artigo 70.º do Acordo TRIPS que autorizasse outro e diverso mecanismo de “pipeline” – mediante a admissão do aditamento de reivindicações de produto a pedidos de patente de processo pendentes (e já publicados) – equivaleria a consagrar novos direitos e obrigações para os Estados contratantes, o que é vedado pelo mesmo artigo 70.º. Na prática, esta faculdade de aditamento ou substituição de reivindicações em pedidos pendentes não significaria proteger “matéria existente” sob uma proteção diferente.

Antes pelo contrário, *essa interpretação tornaria totalmente ineficaz o regime especial previsto no n.º 8 deste artigo 70.º, respeitante, em particular, às invenções de produtos farmacêuticos*. Porém, o artigo 70.º e todos os seus números devem ser

interpretados de uma *forma global*, à luz dos objetivos e fins parcialmente lhes correspondem, tendo em vista o equilíbrio entre os interesses gerais da coletividade e os interesses particulares dos titulares de direitos de propriedade intelectual e dos titulares do direito a requerer proteção.

10.3. O significado de proteção “acrescida” do n.º 7 do artigo 70.º do TRIPS; a relevância da proteção da confiança e a atuação dos poderes públicos

Dizer isto não significa negar que o n.º 7 do artigo 70.º prevê a possibilidade de conferir uma proteção “acrescida” relativamente a pedidos de proteção pendentes no dia 1 de janeiro de 1996 (data da aplicação efetiva do TRIPS para a maioria dos países). Ainda que se possa entender que este n.º 7 se aplica ao *direito de patente* – o que é agora equacionado enquanto hipótese meramente explicativa e argumentativa – o que significa, então, obter uma proteção “acrescida” ao abrigo das disposições do Acordo TRIPS?

Creio que a proteção “acrescida” a que alude este n.º 7 – se e quando aplicável ao direito de patente – atinge apenas o *alcance* ou o *âmbito de proteção* do direito de patente (art. 28.º), o seu *prazo de duração* (art. 33.º), o regime da *inversão do ónus da prova* (art. 34.º) e as *medidas de aplicação efetiva*, também extensíveis ao direito de patente (art. 41.º e segs.).

Pelo contrário, esta proteção “acrescida” não se pode referir às realidades ou criações suscetíveis de proteção – a invenções que não eram passíveis de ser protegidas por direito de patente na data de aplicação efectiva do TRIPS. Pois, tal proteção “acrescida” há-de supor que a *matéria reivindicada já fosse* suscetível de proteção na data do depósito do pedido de patente (*in casu*, em Portugal), a qual beneficiou, com a necessidade de aplicar o Acordo TRIPS, de *níveis de proteção mais elevados, quantitativa* (p. ex., prazo de duração do direito de patente) e *qualitativamente* (p. ex., reforço do âmbito de proteção das patentes de processo)²⁹.

Na verdade, não pode ser conferida uma protecção “acrescida” às realidades que, na data da aplicação efetiva do TRIPS, não eram suscetíveis de patenteabilidade³⁰. Pois, “proteção acrescida” (para invenções de produto químico ou farmacêutico) supõe um *prius*, qual seja: que já exista a possibilidade de patentear invenções destas substâncias.

O sentido *normal* e *corrente* das palavras utilizadas pelo legislador do TRIPS (“proteção acrescida”, na versão portuguesa; *v.g.*, “protección mayor”, na versão em língua castelhana) – tal como se preceitua no citado artigo 31.º da

²⁹ CARLOS M. CORREA, “Retroactividad del Acuerdo Sobre los ADPIC a la Luz de la Protección de la salud Pública”, 2008, cit., p. 407.

³⁰ CARLOS M. CORREA, “Retroactividad ...”, cit., p. 407.

Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados – parece ser o seguinte: os Estados contratantes devem assegurar a expansão do nível de proteção das realidades ou criações que já eram suscetíveis de proteção no dia 1 de janeiro de 1996. E estão tais países impedidos de estender a proteção a matéria diferente da que já era protegida e tutelável nessa data. Se a intenção do legislador fosse a de *ampliar* a proteção a matéria (realidades ou criações industriais) que não estava anteriormente protegida ou que não era suscetível de proteção, do ponto de uma interpretação racional seria exigível que ele o dissesse expressamente.

Esta interpretação é corroborada, racional e sistematicamente, pelo teor do n.º 4 do artigo 65.º do mesmo TRIPS, aí onde se utiliza a expressão “ampliar a proteção” e “sectores da tecnologia que não gozavam dessa proteção”. Se fosse outra a intenção do legislador, decerto que ele teria utilizado, no n.º 7 do artigo 70.º, tais expressões ou expressões providas do mesmo alcance.

Por outro lado, a distinção entre *patentes de produto* e *patentes de processo* de obtenção ou fabrico de substâncias químicas ou de medicamentos não envolve uma questão de proteção “acrescida”, “maior” ou “menos acrescida”. Esta distinção postula-se no âmago da diferença entre duas categorias de realidades patenteáveis³¹. A *invenção de produto* refere-se a uma *entidade física* (incluindo uma matéria biológica); a *invenção de processo* respeita a uma *atividade*, qual sucessão de fases, etapas ou ciclos de atos manipuladores das forças naturais. De resto, como referi, uma vez concedida a patente, os respetivos *âmbitos de proteção* são totalmente distintos.

Doutra sorte, ainda que se admitisse a possibilidade de os requerentes de patentes – cujos procedimentos administrativos estivessem pendentes na data de aplicação do TRIPS – beneficiarem de uma proteção “acrescida” por meio do *aditamento* de reivindicações de produto (ou a *substituição* das originárias reivindicações de processo por estas outras reivindicações de produto), ainda assim, como dizia, não creio legítimo sustentar que esse aditamento ou substituição satisfaça o outro requisito mencionado no n.º 7, ou seja, que tais modificações não incluam “matéria nova”.

Com efeito, nenhum elemento deste TRIPS inculca a ideia de que este conceito (“matéria nova”) deve ser sindicado nos termos do direito de patente e, muito menos, supõe que deve ser referido à *data da prioridade* de um pedido de patente de procedimento, que se pretenda ampliar (como o caso *sub iudice*, cujo pedido foi depositada no domínio da vigência do CPI de 1940). Se tivesse sido essa a intenção, o legislador do TRIPS deveria tê-lo expressamente referido, como, de resto, o referiu no n.º 8 do mesmo artigo 70.º. Pelo contrário, este

³¹ CARLOS M. CORREA, “Retroatividad del Acuerdo sobre los ADPIC a la Luz de la Protección de la Salud Pública”, cit., p. 407.

n.º 7 parece ser claro no sentido em que *a novidade deve ser julgada por referência à data de aplicação do Acordo TRIPS*³². Ora, esta bitola cronológica da novidade exclui a matéria anteriormente divulgada na *descrição* dos pedidos de patente de processo químico ou farmacêutico pendentes na data de início de vigência do TRIPS. A norma do n.º 7 visa conferir uma proteção “acrescida” para matérias efetivamente protegíveis, impedindo a incorporação de matéria que não era tutelável na data do início de vigência do TRIPS.

Uma interpretação diversa do n.º 7 do Acordo TRIPS – aqui utilizado, como vimos, na qualidade de *norma transitória especial*, que afasta as regras gerais previstas no ordenamento português para solucionar o regime aplicável a casos concretos em virtude da sucessão de leis no tempo – conduz-nos, na verdade, à *aplicação retroativa do TRIPS* na República Portuguesa. O artigo 28.º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados contém o princípio geral da *não retroatividade* destes instrumentos jurídicos internacionais.

No limite, a modificação ou o *aditamento* de reivindicações de produto a pedidos de patente de processo somente será somente admissível relativamente a pedidos de patentes portuguesas de processo depositados *após o dia 1 de janeiro de 1994*, atendendo ao regime da *prioridade unionista*. Somente nessa eventualidade o requerente da patente poderia invocar “direitos adquiridos”. Outra solução transporta o labéu da ilícita *retroatividade*. Pois, o requerente estará salvo de, quanto muito, beneficiar da referida *prioridade unionista* (um ano após o depósito do 1.º pedido de patente). Só neste sentido, como referi, o pedido de alteração não incluiria “matéria nova”.

Por outro lado, o regime do artigo 70.º, n.ºs 2 e 3 do Acordo TRIPS dispõe que os pedidos pendentes e as patentes em vigor nos Estados contratantes devem submeter-se ao novo regime, o qual alargou, como se vê, as realidades patenteáveis. Todavia, as invenções ou outras realidades susceptíveis de protecção por direitos de propriedade intelectual, que já tiverem sido divulgadas em qualquer parte do planeta, não podem ser protegidas: o que tiver caído no *domínio público* e for sujeito a um regime de *livre utilização incondicionada* não pode voltar a ser individualmente apropriado em termos de direito de exclusivo intelectual ou industrial.

Isto significa, inequivocamente, que o Acordo TRIPS não protege *retroactivamente realidades que poderiam ter sido anteriormente protegidas por patente no*

³² Tb. CARLOS M. CORREA, “Retroactividad del Acuerdo Sobre los ADPIC ...”, cit., p. 408, sustentando que solução diversa implicaria a criação de uma “fissão legal”, a qual não pode, por natureza, ser considerada como tendo sido admitida pelos redatores do Acordo TRIPS.

*estrangeiro, mas que deixaram de o ser em virtude de falta de novidade no momento em que o TRIPS entrou em vigor no Estado contratante onde o problema seja colocado*³³.

Por outras palavras: quando um pedido de patente de produto químico ou de composição farmacêutica tenha sido apresentado e publicado num país diferente de Portugal (antes do início de vigência do TRIPS) ou junto de institutos de patentes regionais ou da Administração do PCT, o objecto de protecção cai imediatamente no *domínio público*, sendo de *livre utilização* em todos os países perante cujas administrações não foi apresentado um idêntico pedido de protecção no prazo máximo de doze meses. Foi isto, na verdade, o que sucedeu em Portugal, no caso *sub iudice*: as reivindicações de produto farmacêutico haviam já sido objeto de depósito de patente europeia no domínio do CPI de 1940, sem que a República Portuguesa tivesse sido indicada, por motivos óbvios, como Estado da protecção.

O mesmo se pode afirmar quando à aplicação ao caso das disposições da lei nova (o CPI de 1995). A *frustração das expectativas* de terceiros – que confiaram que a protecção somente seria concedida para as invenções de processos químicos ou farmacêuticos – *será excessiva* quando o *interesse geral* que presidiu à mudança do regime legal, tal como foi interpretado pelo STJ, não deva prevalecer sobre os *interesses individuais sacrificados*. Na falta desses interesses individuais, ou no caso de serem insuficientes, deve considerar-se arbitrário o sacrifício e excessiva a frustração de expectativas.

No caso *sub iudice*, o interesse público subjacente à harmonização da patenteabilidade das invenções de produtos químicos e farmacêuticos, na sequência da adesão de Portugal, em 1/01/1992, à CPE e, em 1/01/1995, à O.M.C., não sobreleva o valor da tutela das expectativas privadas e dos direitos e posições subjectivas que nelas se acolhem, *maxime*, o direito-liberdade de iniciativa económica e de livre fruição económica de inventos que já haviam sido divulgados antes da data do pedido aditamento de reivindicações de produto. O regime jurídico da concorrência acolhe pretensões deste jaez. Isto, como sabemos, é assim à face do *princípio da proporcionalidade*.

Cabe aqui invocar o *princípio da protecção da confiança* e da *boa fé* dos entes públicos, que a estes cabe respeitar. Este princípio assenta nos seguintes pressupostos:

³³ A. AVELÃS NUNES/J. M. COUTINHO DE ABREU/J. P. REMÉDIO MARQUES/LUÍS PEDRO CUNHA, “A inconstitucionalidade das patentes “pipeline” brasileiras (artigos 230.º e 231.º da Lei da Propriedade Intelectual do Brasil), Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, in: *Revista Electrónica do IBPI*, número especial, novembro 2009, § 7, in <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/155123c1662385b4fff819cac144221.pdf> = *Revista Trimestral de Direito Civil*, janeiro/março, ano 13.º, n.º 39, 2012, p. 3 ss.

- (1) Identificação de uma base de confiança criada e aceite pelos poderes públicos (poder legislativo, executivo e judicial);
- (2) Formação da confiança dos cidadãos assente nessa base;
- (3) Confirmação dessa confiança mediante atos concretizadores;
- (4) Investimento dos cidadãos na confiança que fora gerada;
- (5) Dignidade de protecção da confiança dos cidadãos, no sentido em que tais *expectativas* de continuidade do regime vigente sejam legítimas, por que fundadas ou justificadas em boas razões³⁴;
- (6) Mudança do comportamento dos poderes públicos que não seja exigida por um interesse público que, pela sua importância ou valor, seja superior ao valor da tutela das expectativas (de continuidade) criadas, de tal modo que exista uma frustração da confiança por parte das entidades públicas que a criaram.

É ainda necessário que exista um *elemento de conexão* normativo entre a actividades desses poderes públicos e a actividade ou as expectativas dos cidadãos³⁵, ou – o que é dizer o mesmo –, é necessário que exista um *nexo de causalidade* entre a actuação geradora de confiança, de um lado, e a situação de confiança e o investimento na confiança, do outro.

Se é verdade que o legislador não deve ser neutralizado nas tarefas de conformação social positiva, não é menos certo que o *princípio da continuidade jurídica* e, em particular, o *princípio da protecção da confiança* se configuram como princípios incontornáveis da sindicância das opções político-legislativas – e, no caso *sub iudice*, da prática hermenêutica e judicativa da aplicação do Direito aos casos concretos pelos tribunais – em qualquer Estado de Direito democrático e social.

Tal como não se contesta que a ponderação dos interesses públicos subjacentes às opções legislativas e às ponderações da *prudencia* dos tribunais não pode ser neutralizada e não se defende a rigidificação das regras jurídicas norteadoras do regime da protecção das invenções industriais, também não pode desconhecer-se, em nossa opinião, que a protecção da confiança, da continuidade, da previsibilidade e da calculabilidade bebem, neste caso do regime do aditamento de reivindicações de produto a pedidos pendentes de patente de processo, a sua legitimação nos bens concretos de protecção, que são, nada mais, nada menos que o direito de livre iniciativa económica, o direito-liberdade

³⁴ MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República: Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 182–183.

³⁵ MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, 2.ª edição, Lisboa, 2006, p. 217 ss.

de agir no mercado enquanto emanção do direito geral de personalidade e do direito à saúde.

Visto o problema sob o prisma da *segurança jurídica e da tutela da confiança*, impõe-se reconhecer que se encontram reunidos os requisitos propostos pela doutrina e pela jurisprudência para se configurar uma violação do princípio da protecção da confiança – *rectius*, uma violação gravíssima deste princípio constitucional do Estado de Direito democrático.

Se a isto somarmos a existência de uma lei anterior que proibia, em Portugal, a patenteabilidade destes produtos, fica claro que a interpretação efetuada pelo Tribunal na decisão sob anotação implicou uma alteração do passado pela lei nova – e não somente um mero dispor sobre o conteúdo e os efeitos futuros, em Portugal, de situações jurídicas constituídas em Portugal ou no estrangeiro.

Ora, é precisamente nestas eventualidades que uma lei nova (o CPI de 1995), que dispõe sobre o conteúdo de uma situação jurídica (*id est*, a possibilidade de todos poderem utilizar e fruir invenções de produtos químicos e farmacêuticos já divulgadas nos meios especializados, especialmente em pedidos de patente feitos no estrangeiro e em Portugal³⁶), não pode abstrair do respetivo facto constitutivo – consequência do novo CPI de 1995 –, o que impede a sua aplicação imediata. Consequência: o conteúdo da situação jurídica reconhecido na lei antiga, plasmado na livre utilização e fruição por todos das invenções de produtos químicos e farmacêuticos já divulgados, em Portugal e no estrangeiro, antes de 1 de janeiro de 1994, há-de continuar a ser regulado pela lei antiga. É um caso nítido e irrecusável de *sobrevigência da lei antiga*³⁷. O atrás exposto pressupõe a não retroactividade (forte) da lei nova.

10.4. O significado de “actos ocorridos antes da data de aplicação do Acordo” e da protecção dos “objetos existentes”: os n.ºs 1 e 2 do artigo 70.º do TRIPS

O n.º 1 do artigo 70.º do TRIPS afirma o *caráter prospectivo* deste Acordo: ele não cria obrigações *ex ante*, atento o princípio da proibição da retroatividade dos Tratados, previsto no artigo 28.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Esta norma refere-se a atos realizados no passado, antes da data de aplicação efetiva do TRIPS, ou seja até 1 de janeiro de 1996, embora abranja

³⁶ Embora essa divulgação, em Portugal, constasse apenas da descrição (e não das reivindicações).

³⁷ A doutrina aponta alguns exemplos: os efeitos de uma conduta ilícita são definidos pela lei em vigor no momento da realização da conduta; os efeitos do não cumprimento ou do cumprimento defeituoso de um contrato são disciplinados pela lei vigente no momento da sua celebração – TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, “Aplicação da lei no tempo”, in: *Cadernos de Direito Privado*, n.º 18 (abril/junho 2007), p. 3 ss., p. 9.

os efeitos de tais atos (direitos, obrigações, ónus, etc.). Isto significa que as patentes de produtos ou processos já concedidas, nessa data, num determinado Estado contratante e não invalidadas ficam subordinadas às normas do TRIPS, incluindo o prazo de proteção, as normas sobre licenças obrigatórias, a inversão do ónus da prova das patentes de processo e o saber fazer secreto³⁸.

O n.º 2 do artigo 70.º do TRIPS determina que este Anexo ao Tratado da O.M.C. gera obrigações relativas a toda a matéria existentes na data de aplicação efetiva deste Acordo, ou seja, a partir do dia 1 de janeiro de 1996 e que, nesse Estado contratante, (1) já esteja protegida nessa data, ou que (2) cumpra, ainda que posteriormente, os critérios de proteção estabelecidos no TRIPS.

No que respeita ao direito de patente, a situação mencionada em (2) diz respeito às invenções em relação às quais, como atrás afirmei, possa ser invocado um *direito de prioridade unionista*, tal como se acha previsto na Convenção da União de Paris, cujas disposições foram incorporadas no acordo TRIPS.

Por outro lado, as disposições do TRIPS não se aplicam às patentes que foram recusadas, num Estado Contratante, até 1 de janeiro de 1996 ou à informação não divulgada que não pôde ser protegida até esse momento. Além disso, o TRIPS também não se aplica a patentes concedidas, antes dessa data, para o território dos Estados Contratantes, que tenham sido declaradas nulas ou cujo prazo de proteção já tiver expirado antes de 1 de janeiro de 1996. Finalmente, as situações de infração julgadas improcedentes antes desse momento também não são abrangidas pelas disposições deste Acordo.

Mas a mais significativa inferência decorrente deste n.º 2 do artigo 70.º é a que tem a ver com a divulgação de informações técnicas antes da data de aplicação efetiva do TRIPS. Tais regras, informações e modos de operar passam, então, a integrar o “domínio público”³⁹; são de livre utilização se não puderem ser reivindicadas. Ora, se uma substância química ou farmacêutica foi divulgada (*maxime*, na descrição do pedido de patente) durante a vigência de um regime jurídico que impedia a patenteabilidade dessa substância – o que aconteceu com as situações de cuja apreciação e julgamento geraram o acórdão em anotação –, então a exclusão da sua patenteabilidade por força do CPI de 1940 não poderá implicar, por via da conversão ou aditamento de reivindicações de produto após

³⁸ PEDRO ROFFE, “La cuestión de la materia existente” y los productos farmacéuticos: una interpretación ...”, 2008, cit., p. 368.

³⁹ Segundo W. VAN CAENEGAM, “The Public Domain: Scientia Nullius”, in: *European Intellectual Property Review*, 2002, p. 324, integram este “domínio público” as informações protegidas por direitos de propriedade industrial que tenham caducado; as informações técnicas suscetíveis de proteção, mas que não possa ser protegida por não cumprir os respetivos requisitos de proteção; e as informações insuscetíveis de proteção pelas normas que estabelecem direitos de propriedade industrial.

o dia 1 de janeiro de 1996, a proteção destas matérias ou substâncias enquanto invenções de produto ao abrigo de qualquer disposição do Acordo TRIPS.

Vale dizer: ainda que se entenda que uma substância ativa de um medicamento, que tenha sido objeto de divulgação anterior a 1 de janeiro de 1996, constitui os “objetos existentes”, não pode dizer-se que essa substância já pertencente ao estado da técnica (em 1/01/1996) pode cumprir, posteriormente, os critérios de proteção estabelecidos no Acordo TRIPS. De facto, ocorre falta de novidade a tal substância na data de aplicação efetiva deste Acordo.

O TRIPS não pode conduzir à proteção de matérias que poderiam ter sido protegidas, mas que não o foram, por razões ligadas, por exemplo, à conformação do ordenamento jurídico do Estado onde esse problema foi colocado. Pensar de outra forma importa a aplicação retroativa deste Anexo do Tratado da O.M.C., que vincula Portugal, que prevalece sobre as leis ordinárias e deve ser usado para interpretar, pelos tribunais, estas normas internas na sua tarefa judicativa e prudencial de resolução de casos concretos. Se o conceito de “objetos existentes” incluísse matérias descritas em pedidos de patente depositados antes de 1/01/1996 ou matérias divulgada por outros meios (*v.g.*, publicações científicas), não haveria razão para excluir da proteção qualquer outra matéria não descrita em pedidos de patente, em patentes já concedidas em vigor, ou em patentes já caducadas nessa mesma data⁴⁰.

Não se diga que o conceito de “objetos existentes” abrange as substâncias químicas e os produtos e composições farmacêuticas que não puderam ser reivindicados no momento do pedido de patente do processo da sua obtenção, mas que foram mencionados na descrição desses pedidos de patente nos procedimentos administrativos pendentes em 1 de janeiro de 1996. Isto porque tal posição desconsidera a distinção efetuada pelo TRIPS entre “objetos existentes” e “critérios de proteção definidos no presente Acordo”.

Não podemos, na verdade, confundir “objetos existentes” com “critérios de proteção”. Estes “critérios de proteção” só podem ser as condições – previstas neste TRIPS (art. 27.º: *v.g.*, novidade, atividade inventiva, etc.) – de cuja verificação depende a concessão da patente, que não as que definem a patenteabilidade de uma invenção. Tais critérios respeitam, isso sim, à consideração de certas realidades (determinadas invenções) como *candidatas a direito de patente*. Se tivesse sido ou outra a intenção do legislador do TRIPS – *id est*, se fosse intenção alargar a proteção a realidades ou objetos que não eram patenteáveis no ordenamento jurídico dos Estados Contratantes antes da sua entrada em vigor –, ele decerto que estenderia a proteção a objetos que viessem a ser

⁴⁰ Já, neste sentido, CARLOS M. CORREA, “Retroactividad del Acuerdo sobre los ADPIC a la Luz de la Protección de la Salud Pública”, 2008, cit., pp. 397-398.

protegidos”; não teria dito “venham, posteriormente, a satisfazer os *critérios de proteção*” – o itálico é meu. A concessão de patentes cujo objeto fossem realidades ou soluções técnicas (invenções) já divulgadas por qualquer meio antes de 1/01/1996 importaria a aplicação retroativa do Acordo TRIPS, ao arripio do disposto no artigo 28.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Aliás, a retroatividade do TRIPS é também claramente excluída no n.º 3 do mesmo artigo 70.^{o41}. Ao que acresce a circunstância de este n.º 3 se referir ao “restabelecer a proteção” – sugerindo a situação de *tornar a proteger o que já havia sido protegido no passado*, mas que, nesse mesmo passado, voltou a não estar protegido⁴² –, o que, *a fortiori*, reforça a ideia de exclusão do restabelecimento de proteção quando ela nunca existiu desde os finais do século XIX em Portugal⁴³.

11. O argumento da tutela da saúde pública como critério e *topoi* interpretativo no quadro do direito internacional costumeiro

Por fim, a proteção da *saúde pública* – tanto no plano interno dos ordenamentos dos Estados contratantes (art. 64.º da Constituição) quanto no plano do direito internacional público costumeiro – também constitui um poderoso arrimo para impedir o aditamento de reivindicações de produto farmacêutico

⁴¹ Artigo 70.º, n.º 3: “Não haverá qualquer obrigação de restabelecer a proteção de objetos que, à data da aplicação do presente Acordo ao Membro em questão, tenham caído no domínio público”.

⁴² O que não é o caso das invenções de produtos químicos e farmacêuticos, pelos menos desde o Decreto n.º 6 de 15/12/1894 (in: *Diário do Governo*, n.º 286, de 15/12/1894, p. 3399 ss.), em cujo artigo 11.º se reintroduziu a proibição de patentear produtos e preparados químicos e farmacêuticos (*idem*, no § 2 do artigo 2.º do Regulamento de Execução deste Decreto, in: *Diário do Governo*, n.º 75, de 4/04/1895, p. 901 ss.), passando esta proibição a constar da Lei de 21 de maio de 1896. Observe-se, ainda, que esta proibição de patenteabilidade já surgia no artigo 4.º do Decreto de 31/12/1852, sobre os “Privilegios de Invenção, ou de Introdução de Novos Inventos”, mas o artigo 615.º do Código Civil de 1867 apenas considerava como insucetíveis de proteção os inventos respeitantes a “indústrias ou objectos ilícitos”; isto embora o artigo 632.º do mesmo Código sancionasse com a *nulidade* as patentes julgadas prejudiciais “à segurança ou à saúde públicas”.

⁴³ A interpretação extensiva do n.º 2 do artigo 70.º, no sentido de a atendibilidade da proteção por direito de patente de uma invenção de produto químico ou farmacêutico ser mantida após a vigência do TRIPS, não obstante a circunstância de esse invento (de produto) ter sido descrito no pedido de patente de processo (como ocorreu no caso decidido pelo STJ), esvaziaria completamente de sentido o n.º 7 do artigo 70.º atrás analisado, cuja existência e função deixariam de se justificar, pois que o n.º 2 do artigo 70.º já passaria a consagrar o dever de estender a proteção ao produto químico ou farmacêutico. Neste sentido, C. LEMA DEVESA/A. TATO PLAZA, “Patentes Farmacéuticas y el Acuerdo ACPIC”, in: *Mercatuna, Colección de Estudios de Derecho Mercantil*, n.º 28, Granada, Comares, 2008, p. 32.

a pedidos de patente de processo de fabrico, a obtenção de produtos ou composições farmacêuticas, ou a transformação de reivindicações de processo em reivindicações de produto nos procedimentos administrativos pendentes na data da aplicação efetiva do TRIPS.

Postulando este problema a observância e o respeito pelas regras do direito internacional público, cogente ou costumeiro, e a sua vinculatividade perante as leis ordinárias e os decretos-leis emitidos pela Assembleia da República e Governo, a nossa discussão sobre a licitude do aditamento de reivindicações de produto químico ou farmacêutica pedidos pendentes na data de aplicação efetiva do Acordo TRIPS ganha uma nova dimensão. Este relevo problemático é enfocado, agora, à luz das vinculações a que os tribunais dos Estados Contratantes estão sujeitos, por mor da tutela dos interesses e valores da *saúde pública*. O acórdão em anotação também foi silente quanto a esta constelação de interesse e valores.

Na verdade, já sabemos que o *aditamento* daquelas reivindicações de produto ou a *substituição* de reivindicações de processo por reivindicações de produto impede a introdução do mesmo medicamento fabricado por processos diferentes do processo para que, nessa época de sucessão de regimes jurídicos no tempo, fora pedida a proteção. Esta proibição implica a comercialização desses medicamentos a preços substancialmente mais elevados – pelos menos a preços mais elevados cerca de 50%, numa fase inicial, caso a substância ativa (ou a combinação de substâncias ativas) pudesse ser livremente fabricada e comercializada em Portugal por meio de processos tecnicamente não equivalentes⁴⁴. Circunstância que – nestes tempos de continuada e perene escassez de recursos públicos – sobrecarrega o Sistema Nacional de Saúde, os orçamentos dos sistemas de segurança social públicos (Caixa de Previdência dos trabalhadores do sector privado, Assistência na Doença aos Servidores do Estado, Assistên-

⁴⁴ Não se esqueça que, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 112/2011, de 29 de novembro, o preço do medicamento genérico a introduzir no mercado nacional tem que ser inferior, no mínimo, em 50 % ao preço de venda ao público do medicamento de referência, com igual dosagem e na mesma forma farmacêutica, exceto quando o preço do medicamento de referência for inferior a 10 euros – eventualidade em que o preço do genérico deve ser inferior em 25% ao preço do medicamento de referência. Note-se, ainda que o preço de venda ao público do medicamento de referência, para efeitos do cálculo da mencionada redução de 50%, determina-se pela média do preço de venda ao público desse medicamento *nos dois anos imediatamente anteriores ao pedido de preço do primeiro medicamento genérico* (artigo 8.º, n.º 3, do citado Decreto-Lei n.º 112/2011, na redação do Decreto-Lei n.º 152/2012, de 12 de julho). O que mais acentua a fixação do preço máximo de venda do medicamento genérico num valor ainda mais baixo do que aquele que seria obtido na hipótese de ser usado como critério de fixação do preço do medicamento genérico o preço fixado do medicamento de referência que tivesse sido autorizado *há mais tempo em Portugal*, com base em documentação completa (ensaios farmacológicos, toxicológicos, pré-clínicos e clínicos).

cia na Doença aos Militares do Exército, etc.), bem como os seguros de saúde privados, com a imediata consequência do aumento dos prémios, por um lado, e a diminuição do acervo de meios medicamentos aos respetivos beneficiários, por outro. Os pacientes com menores rendimentos serão os mais penalizados.

12. A Declaração de Doha sobre o TRIPS e a tutela da saúde pública

Um marco decisivo para a *interpretação* das normas de direito internacional público ou costumeiro *em conformidade com a proteção da saúde pública* consistiu no parágrafo 4.º da Declaração de Doha relativa ao Acordo TRIPS e à Saúde Pública, adotada em novembro de 2001 pelos países membros da Organização Mundial do Comércio (O.M.C.).

Embora reconhecendo que a proteção da propriedade intelectual é importante para a pesquisa e desenvolvimento de novos fármacos, o parágrafo 3.º desta Declaração também constatou as preocupações respeitantes aos efeitos desta proteção sobre o *preço dos medicamentos*.

Decisivo parece, no entanto, ser o estatuído no referido parágrafo 4.º, segundo o qual o “Acordo [*scilicet*, o Acordo TRIPS] pode e deve ser interpretado e aplicado de uma maneira que apoie o direito dos Membros da O.M.C. protegerem a saúde pública e, em particular, facultar o acesso aos medicamentos para todos os cidadãos”.

A 2.ª parte deste parágrafo 4.º densifica, de uma forma genérica e na medida do consenso que então foi possível lograr, as vias de atuação abertas aos Estados contratantes da seguinte forma: “Reafirmamos o direito de os Estados-Membros da O.M.C. utilizarem, ao máximo, as disposições do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, que, para este efeito, prevêem flexibilidades”⁴⁵.

⁴⁵ Embora a Declaração de Doha não seja, formalmente, uma interpretação autorizada, nos termos do artigo IX, n.º 2 do Acordo de Marraquexe, pelo qual foi estabelecida a O.M.C., ela parece desfrutar do *mesmo efeito*, já que proporciona um entendimento consensual de certos aspetos do Acordo TRIPS, qual “interpretação vinculativa” do Acordo TRIPS, que é um Anexo ao Tratado Que Cria a O.M.C. (Artigo IX, n.º 2, deste Tratado)—STEVE CHARNOVITZ, “The Legal Status of the Doha Declaration”, in: *Journal of International Economic Law*, vol. 5, n.º 1, 2002, p. 7 ss. Aliás, há notícia de estes órgãos de resolução de litígios da O.M.C., no quadro do direito de autor, usarem o disposto nas Declarações introdutórias do Tratado Sobre o Direito de Autor, de 1996, como elemento interpretativo relevante, nos termos do n.º 3 do artigo 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados — p. ex., o caso *United States – Section 110(5) of U.S. Copyright Act*, Relatório do Painel, WT/DS160/R, de 15 de junho de 2000. Cfr., tb., neste sentido, JÉRÔME REICHMAN/CATHERINE HASENZAH, *Non-voluntary Licensing of Patented Inventions, Historical Perspective, Legal*

13. ***O valor da Declaração de Doha na interpretação do sentido e alcance do n.º 7 do artigo 70.º e os reflexos nos pleitos apreciados e julgados nos Estados contratantes do TRIPS***

Desde logo, surpreendemos nesta Declaração um critério interpretativo de que devem lançar mão os Painéis de Resolução de litígios e o Órgão de Apelação, quais órgãos jurisdicionais no seio da O.M.C., nas eventualidades em questões de saúde pública sejam objeto de discussão e julgamento⁴⁶. Trata-se de uma regra interpretativa que dá conteúdo aos princípios gerais da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁴⁷.

Outrossim, aquela Declaração densifica a *proclamação* contida no artigo 7.º do TRIPS, de harmonia com o qual o respeito dos direitos de propriedade intelectual deverá favorecer o *bem estar social e económico e o equilíbrio dos direitos e obrigações*. De resto, só por si, a parte final deste artigo 7.º fornece-nos um quadro geral para a interpretação e aplicação do Acordo TRIPS, no sentido em que estes objetivos devem determinar as bitolas de adequação e efetividade dos ordenamentos internos dos Estados Contratantes pelas quais deve ser reconhecida a proteção e a aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual⁴⁸.

Neste sentido, é possível extrair deste parágrafo 4.º da Declaração de Doha a seguinte ideia: nos casos em que exista um conflito entre os direitos

Framework under TRIPS, and an Overview of the Practice in Canada and the United States of America, UCTAD, ICTSD, setembro 2002, p. 14. (acessível em http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/reichman_hasenzahl.pdf). De resto, não é estultice sustentar que a Declaração de Doha deve ser qualificada como “decisão”, para efeitos do Artigo IV, n.º 1, e do Artigo IX, n.º 1, do Tratado Que Cria a O.M.C.: as suas disposições foram cuidadosamente negociadas, envolvem concessões recíprocas dos Estados contratantes e foi adotada por todos estes países membros. Pelo baixo, esta Declaração pode ser qualificada como acordo subsequente entre as Partes contratantes da O.M.C. sobre a interpretação deste Tratado ou a aplicação das suas disposições, para efeitos do disposto no artigo 31.º, n.º 3, alínea a), da mencionada Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Constitui, por isso, um dos elementos (entre potencialmente outros) a ser levados em conta, atendendo ao concreto contexto, na indagação do sentido e do alcance das normas. Cfr., neste sentido, HENNING GROSSE RUSE-KHAN, “Proportionality and Balancing within the Objectives for Intellectual Property Protection”, in: PAUL TORREMANS (org.), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law International, 2008, p. 161 ss., p. 183 ss.

⁴⁶ Assim, em caso de ambiguidade ou indeterminação do sentido das normas do Acordo TRIPS ou dos outros anexos ao Tratado Que Cria a O.M.C., estes órgãos jurisdicionais devem interpretar tais disposições de uma forma que permita aos membros da O.M.C. proteger a saúde pública.

⁴⁷ MOHAMED OMAR GAD, “TRIPS dispute settlement and developing country interest”, in: CARLOS M. CORREA/ABDULQAWI YUSUF (eds.), *Intellectual Property and International Trade*, 2.ª edição, London, Kluwer Law International, 2008, p. 331 ss., p. 352 ss.

⁴⁸ ABDULQAWI YUSUF, “Background, Principles, and General Provisions”, in CARLOS M. CORREA/ ABDULQAWI YUSUF (eds.), *Intellectual Property and International Trade*, 2008, cit., p. 3 ss., p. 13.

de propriedade industrial e a saúde pública, o exercício dos primeiros não deve constituir um obstáculo à realização dos interesses e valores atinentes à saúde pública. Pois, mesmo que o direito de patente (e o regime do certificado complementar de proteção) possam ser perspetivados como *direitos fundamentais* (de natureza análoga: art. 17.º da Constituição), a tutela da *vida humana e da integridade psico-física* impõem a realização de juízos de ponderação e *concordância prática*, que não sacrifiquem o “núcleo essencial” de cada um destes direitos e bens jurídicos protegidos.

Estes mesmos critérios devem ser convocados perante os tribunais dos Estados contratantes do TRIPS, quando se trate de aplicar, direta e imediatamente, uma norma deste Acordo aos casos concretos em apreciação e julgamento nesses tribunais.

14. Conclusão

Por tudo o que foi exposto, ao arrepio desta decisão do STJ, arregimentam-se ponderosos argumentos no sentido de afirmar a *nulidade* das patentes de produto químico e farmacêutico resultantes de *aditamento*, a partir de 1/06/1996, das correspondentes reivindicações em pedidos de patente nacional pendentes nessa data. Outrossim, são *nulas* as patentes de produto químico e farmacêutico resultantes da *conversão*, após 1 de janeiro de 1996, de patentes de processo *já concedidas* pela entidade administrativa competente do Estado contratante nesta data. Além disso, a falta de publicação das (novas) reivindicações no *Boletim* do INPI viola frontalmente a regra segundo a qual o direito de patente, enquanto direito subjectivo privado com tendencial oponibilidade *erga omnes*, deve ser provido de um âmbito de proteção claramente identificável por parte de terceiros. A *publicação* do pedido de patente provido das modificações alicerça-se numa ideia de *transparência* do procedimento administrativo constitutivo de direitos subjectivos privados dotados desta esfera de *oponibilidade a terceiros*. O que configura a *preterição de formalidade susceptível de por em causa o resultado final do procedimento de patenteabilidade* [artigo 32.º, n.º 1, alínea b), do CPI de 1940].

Salvo a existência de disposição transitória especial que tivesse previsto a aplicação do CPI de 1995 aos pedidos de patente pendentes na sua data da entrada em vigor – contanto que ficassem salvaguardados os *interesses de terceiros* que confiaram na livre utilização das invenções de produtos químicos ou farmacêuticos (p ex., permitindo a aplicação do novo regime aos pedidos pendentes cuja prioridade unionista fosse posterior ao dia 1/01/1994) insuscetíveis de patenteabilidade (à sombra do CPI de 1940) –, a referida faculdade de aditamento ou de conversão viola irremissivelmente o princípio da *não retroatividade da lei*.

A fase procedimental administrativa pela qual é exercido o *direito à patente* acha-se indelevelmente ligada ao momento subsequente ao da prolação do ato administrativo de concessão da patente, já que o *direito de patente* é um direito *in faciendo*; cura-se de um direito de *formação sucessiva*, cujas primícias – providas de inafastáveis *efeitos em relação a terceiros* –, não podem ser desconsideradas com base numa aparente e facilmente intuível ideia veiculada por este acórdão do STJ de que o *direito à patente* (exercido ao abrigo da *lei antiga*) é diferente do *direito de patente* (obtido à sombra da *lei nova*) e que a *falta de estabilização* da decisão do INPI permite o aditamento de reivindicações de produto químico ou farmacêutico em pedidos de patente inicialmente apenas providas de reivindicações de processo.

Ainda que se entenda que o artigo 70.º, n.º 7, do Acordo TRIPS se aplica direta e imediatamente no ordenamento jurídico português, ele não permite semelhante aditamento de reivindicações de produto em procedimentos administrativos que somente se completaram sob a égide do CPI de 1995. Isto por força da interpretação teleológica e sistemática deste n.º 7 face ao n.º 8 do mesmo artigo 70.º. De facto, se for admitido que o n.º 7 autoriza a substituição ou o aditamento de reivindicações de produto químico ou farmacêutico em procedimentos administrativos, que ainda não se achavam concluídos em 1/01/1996, então este n.º 8 perde qualquer razão de ser, sendo totalmente esvaziado de sentido. Pois, o n.º 8 do artigo 70.º do TRIPS admitiu exatamente o depósito de pedidos de patente de produto químico ou farmacêutico respeitantes a invenções cuja *novidade teve que ser aferida por referência ao dia 1/01/1995*. Neste caso, ocorreu a sustação do procedimento administrativo, o qual foi colocado numa situação de *pendência* até que o Estado Contratante previsse no respetivo ordenamento interno a patenteabilidade das invenções de produtos químicos e farmacêuticos – *norma, esta, que permitiu apenas a formulação de pedidos de patente de produto químico, farmacêutico cuja divulgação ocorreu a partir de 1/01/1994*, por força do direito de prioridade unionista.

Não é, destarte, razoavelmente crível que o legislador do TRIPS tivesse tido em mente uma tão díspar e incompreensível solução, segundo a qual, por um lado, *seria mantida (ou “revalidada”) a novidade de reivindicações de produto químico ou farmacêutico divulgadas antes de 1/01/1994, para o efeito de os requerentes de proteção de patente de processo operarem, querendo, a partir de 1/01/1996, o aditamento ou a substituição destas reivindicações de processo por aquelas reivindicações de produto; e, no anverso, por outro, seria exigida a novidade de semelhantes inventos de produto* (reportada, no mínimo, a divulgações verificadas a partir de 1/01/1994) para os países que não previam a proteção das invenções de produtos químicos e farmacêuticos em 1/01/1995 e que desejassem beneficiar do regime “mail box” instituído pelo referido n.º 8 do artigo 70.º. Motivo por

que, a prevalecer este entendimento do STJ, deverá entender-se que Portugal não cumpriu corretamente a obrigação de autorizar a proteção das invenções de produto químico ou farmacêutico, pois que permite o depósito de pedidos de patentes de invenções que não eram cognoscitiva ou tecnicamente novas na data da aplicação efetiva do TRIPS, ou seja, no dia 1 de janeiro de 1996.

ÍNDICE DO ANO 144.º (2012)

Editorial	5
ARTIGOS DOUTRINAIS	
ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO <i>A equidade como fonte de Direito</i>	9
RUI CARDONA FERREIRA <i>A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática</i>	29
IVO MIGUEL BARROSO <i>Anteprojecto de Lei da união civil registada</i>	59
AIRTON GUILHERME BERGER FILHO/GUSTAVO OLIVEIRA VIEIRA <i>O Direito internacional e a governança dos riscos ambientais das nanotecnologias</i>	67
BEATRIZ COSTA SIQUEIRA/HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS <i>Ministério Público Federal Local versus Ministério Público Federal Regional: um esforço de integração e de efetividade no processo – ou a relação processual como uma obrigação de resultado</i>	105
MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA <i>Participação negligente: esferas de competência como critério de imputação objetiva</i>	117
TIAGO VIANA BARRA <i>Breves considerações sobre responsabilidade e tutela dos direitos fundamentais</i>	131
J. O. CARDONA FERREIRA <i>A Psicologia, o Direito e os Julgados de Paz</i>	219
ANA MARIA MARTINHO <i>Análise bibliométrica da revista O Direito (1996-2008): contributo para o estudo da cultura jurídica em Portugal</i>	233

NUNO ANDRADE PISSARRA <i>Breves notas sobre os artigos 678.º, 691.º, 721.º e 721.º-A do Código de Processo Civil</i>	259
IVO MIGUEL BARROSO <i>Inconstitucionalidades das normas do Acordo Ortográfico, bem como das Resoluções da Assembleia da República, do Governo e dos órgãos regionais que o implementam (síntese)</i>	317
JOSÉ MANUEL GONÇALVES MACHADO <i>Questões polémicas da resolução do contrato de arrendamento urbano por falta de pagamento da renda nas vésperas da aprovação da Proposta de Lei n.º 38/XII</i>	325
MARTA MARQUES DA SILVA <i>Diversidade linguística no Direito da União Europeia</i>	351
RODRIGO DE ALMEIDA MAIA <i>Em nome da sociedade: o Ministério Público nos sistemas constitucionais do Brasil de Portugal</i>	373
TIAGO VIANA BARRA <i>Breves considerações sobre o Direito à Proteção da Saúde</i>	411
MANUEL CARNEIRO DA FRADA <i>Sobre a interpretação do contrato</i>	499
ANA MARIA MARTINHO <i>Análise bibliométrica da revista O Direito (1996-2008): contributo para o estudo da cultura jurídica em Portugal (Conclusão)</i>	509
CARLA AMADO GOMES/SANDRA LOPES LUÍS <i>O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal</i>	535
JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS <i>Questões relativas à Reforma do Código de Processo Civil</i>	569
ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ <i>A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa</i>	599
CATARINA MONTEIRO PIRES <i>Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie</i>	653

ANTÓNIO BRITO NEVES <i>Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional</i>	673
ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO <i>O clipping e o Direito de autor</i>	739
PAULO CARDINAL/YIHE ZHANG <i>Subnational Constitutionalism in the SARs of the People's Republic of China. An Exceptional Tailored Suit Model?</i>	789
VICTOR CORREIA <i>A judicialização e suas repercussões</i>	837
RICARDO PEDRO <i>“Salários de tramitação”: uma obrigação do Estado ... Brevíssima referência ao regime previsto no artigo 98.º-N do CPT</i>	851
ANDRÉ LAMAS LEITE <i>Direito Penal e discriminação religiosa – subsídios para uma visão humanista</i>	865
ANTÓNIO BAPTISTA <i>As constituições económicas portuguesa e espanhola em perspectiva comparada: transição democrática e abertura relativa dos sistemas económicos ibéricos</i>	909

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

<i>A aplicação extraterritorial da Convenção Europeia dos Direitos do Homem</i>	
Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 7 de julho de 2011	449
Anotação por Armando L. S. Rocha	454
<i>Sucessão de leis de patentes no tempo: a junção de reivindicações de produto químico ou farmacêutico a pedidos de patentes de processo nos procedimentos nacionais pendentes no INPI na data de início de vigência do CPI de 1995</i>	
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (2.ª Secção) de 27 de janeiro de 2010	953
Anotação por J. P. Remédio Marques	963

RESENHA DE JURISPRUDÊNCIA

JORGE MIRANDA <i>O Tribunal Constitucional em 2011</i>	167
---	-----





