

O DIREITO

Ano 144.º (2012), II

Director

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 144.º (2012), II

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

Inocêncio 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: G.C. – Gráfica de Coimbra, Lda.

Rua do Progresso, 13 – Palheira

3040-692 Assafarge

Telef.: 239 802 450 – Fax: 239 802 459

producao@graficadecoimbra.pt

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

ARTIGOS DOUTRINAIS

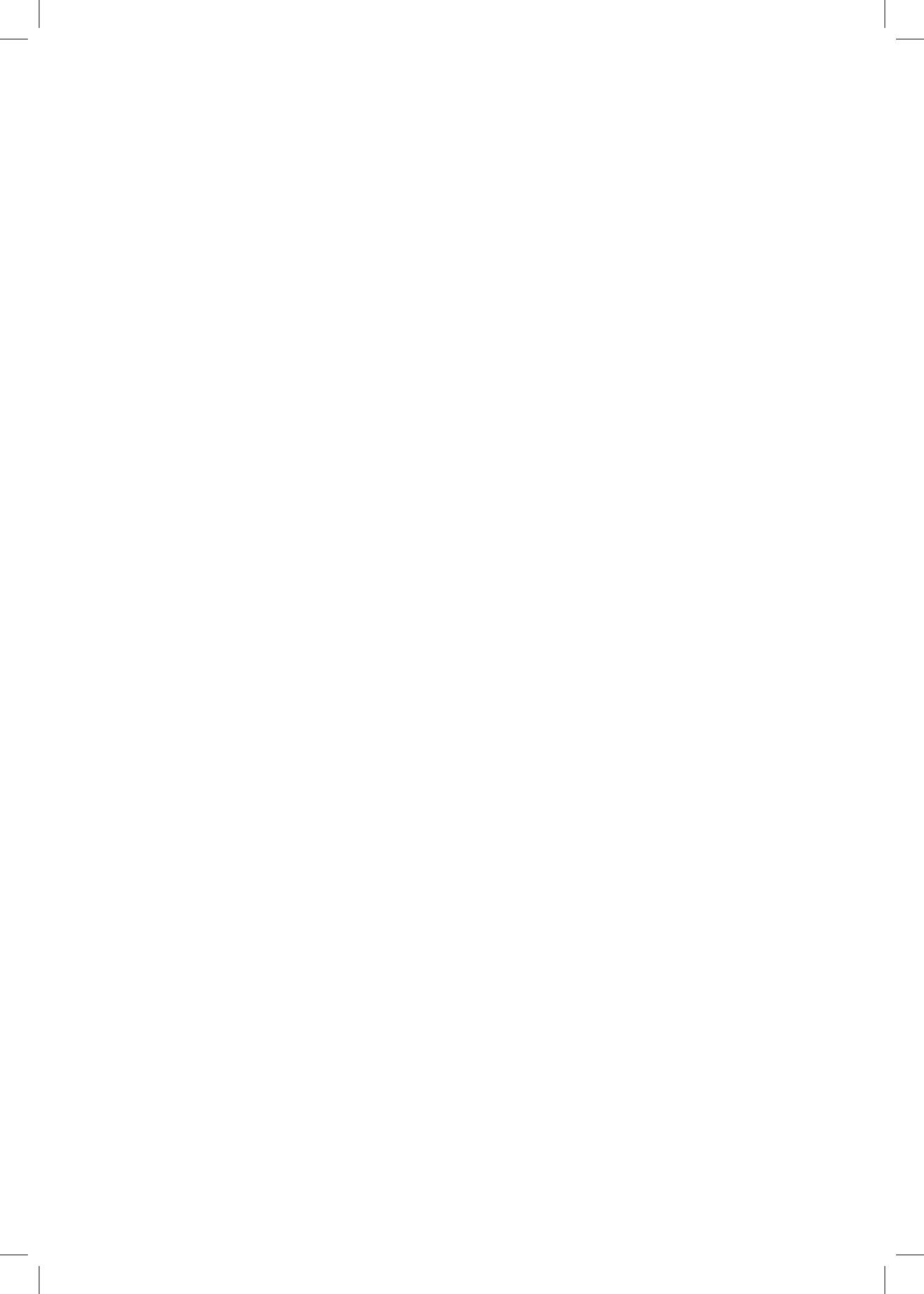
J. O. CARDONA FERREIRA <i>A Psicología, o Direito e os Julgados de Paz</i>	219
ANA MARIA MARTINHO <i>Análise bibliométrica da revista O Direito (1996-2008): contributo para o estudo da cultura jurídica em Portugal</i>	233
NUNO ANDRADE PISSARRA <i>Breves notas sobre os artigos 678.º, 691.º, 721.º e 721.º-A 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 e de Portugal</i>	373
TIAGO VIANA BARRA <i>Breves considerações sobre o Direito à Proteção da Saúde</i>	411

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

<i>“They have rights, don’t they?”: as fronteiras (da CEDH) também se abatem</i>	
Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 7 de julho de 2011	449
Anotação por Armando L. S. Rocha	454



ARTIGOS DOUTRINAIS



*A Psicologia, o Direito e os Julgados de Paz**

CONSELHEIRO J. O. CARDONA FERREIRA

I

É comum começar este tipo de intervenções por felicitações e agradecimentos. Hoje, faço-o com particular gosto. Felicito as Faculdades de Psicologia e de Direito da Universidade de Lisboa por este Seminário, e agradeço o amável convite para conversar um pouco com a distinta Assistência.

O Exmo. Director da egrégia Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professor Doutor Vera-Cruz Pinto – Faculdade onde me licenciiei; também Conselheiro do Conselho Superior da Magistratura – a que já presidi e de que dependo, como Conselheiro (Jubilado) do Supremo Tribunal de Justiça; também Conselheiro do Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz – a que tenho o gosto de presidir; etc, etc, etc!...; ia eu dizendo, o Professor Doutor Vera-Cruz Pinto, com o seu espírito sempre em movimento; com a sua vida cheia de capacidade de iniciativa e de dinâmica; em conjugação com a Faculdade de Psicologia, cuja Exma. Diretora, Professora Doutora Luísa Barros, é merecedora de idênticos encómios; em boa hora levaram a cabo este Seminário, muito mais importante do que possa parecer, a vários títulos.

Desde logo, é cada vez mais verdade que o saber universitário tem de ser interdisciplinar, quer no estudo académico quer na vivência prática; e, isto, com especial ênfase no que concerne ao Direito, relativamente à Psicologia mas, também, à História, à Sociologia, à Medicina, etc. A meu ver, andou-se para trás quando se eliminou, do curso de Direito, a obrigatoriedade de uma cadeira de Medicina Legal; que frequentei e em que aprendi na minha licenciatura em Direito, que obtive *nesta* Faculdade.

* Este texto é o que me serviu de guião num Seminário na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 12 de Janeiro de 2012.

De todo o modo, isto é especialmente exacto no que concerne ao Direito e à Psicologia. Dos meus mais de 40 anos de Tribunais – de cuja saudade não me canso de falar, em vez de “recalcar”... cá está a Psicologia...; ressalta a certeza de que, para se conhecer verdadeiramente, *para se compreender um ato, é necessário primeiramente conhecer, compreender, o seu autor*. Não se trata só de, à moda de Maigret, se descobrir o agente depois de compreender o tipo de pessoa que teria praticado o ato; trata-se de *valorar* o ato em função das características endógenas ou intrínsecas e das circunstâncias exógenas ou extrínsecas do seu autor. *Não é possível, à luz do Direito – que é muito mais do que a lei! – fazer um juízo de valor, sobre o ato ou a sua causalidade, sem o conhecimento – a valoração do agente. E isto significa que o entrosamento entre a Psicologia e o Direito não é exclusivo do Direito Penal ou do Direito Processual Penal. Também na civilística, essa interdisciplinariedade é fulcral. Estas minhas convicções vêm-me das memórias de todos os Tribunais onde trabalhei mas, especialmente, do Tribunal Central de Menores de Lisboa (que já nem existe!) e onde, para ser Juiz, tive de estudar psicologia, mormente infantil, juvenil e parental.*

Não sei o que se faz hoje, a este respeito, no Centro de Estudos Judiciários. Sei que, durante a dezena de anos em que por lá andei, fiz o melhor que pude, na docência do Direito civilístico, mas não creio que se fizesse o suficiente, pesem embora as boas vontades. Oxalá o futuro venha a ser melhor.

II

Seguindo o que ia dizendo, sei, por saber de experiência feito (como diria o mais Lusíada dos Lusíadas) que, sem algum conhecimento de Psicologia, não há jurista digno desse nome.

E, todavia, até no âmbito do curso de Direito está erradíssima a perspectiva hoje comum entre estudantes (só?...) de Direito segundo a qual cada cadeira, cada disciplina, cada unidade curricular, é ela própria um “curso” à parte, como se o Direito fosse cindível em Penal, ou Civil, ou Laboral, ou Fiscal, eu sei lá, tantos átomos do mesmo corpo!

Se isto fosse assim, não sei como iria saber alguma coisa de Direito estradal, de divórcio ou de Julgados de Paz, que nada disso conheci quando tirei o meu curso, naquele longínquo 26 de Julho... já nem digo de que ano...

E hoje, com o dilúvio legislativo, cada vez é mais verdade que uma Faculdade de Direito tem de ensinar ...a aprender...

E, neste ensinar a aprender, está comunicar que o conhecimento é multifacetado, é interdisciplinar, é próprio de uma *universitas*, é universal. Ou não é conhecimento.

III

E, todavia, diz-se que Psicologia e Direito são diferentes.

E são.

Só que é, exactamente, por serem diferentes que é preciso conhecer ambas e conjugar ambas as ciências – na parte que me toca – a bem da Justiça.

É que, como tenho dito, Lei, Direito e Justiça são realidades diferentes¹.

Sintetizando e só para dar uma ideia do que penso a este respeito, diria que: *Lei* é a regrinha, mormente no seu significado isolado e literal, é a velha *lex sed lex* e, sozinha, pouco é². É, todavia, o ideal para o formalismo e o tecnicismo mais reinantes do que seria desejável.

Direito já é muito mais. É um acervo de princípios, de dever ser, muitos pré-existentes às próprias leis e que devem integrar estas na sua lógica global, com especial prevalência dos valores culturais, mormente éticos, integrando naturalmente valores legais, que levam à construção societária do certo e do errado, *reto e não reto* e, daí, a origem no *directum*, donde provieram *Direito*, *Droit*, *Derecho*, *Diritto*, etc. Disto tudo, considero prevalecente o sentido da *Ética* perccionado num tempo e num espaço e gostaria de dizer, como disse, em meados do século XX, o Professor L. Cabral de Moncada³:

O direito...tem de se naturalizar primeiramente cidadão da república da *Ética*, se quiser conseguir aquele mínimo de validade e eficácia que lhe são necessárias para poder socialmente cumprir a sua missão.

E, face a isto tudo, onde fica *Justiça*?

A *Justiça*, com uma raiz em *Jus*, a meu ver tem abrangência que aproxima *Direito* de *Psicologia* e é, exactamente, aqui que quero chegar. Naturalmente, *Justiça* é a razão de ser do *Direito* e, como tal, é *um valor*, um objectivo que, independentemente das flutuações históricas e ideológicas, mantém *a raiz aristotélica de dar, a cada um, o que é seu*⁴.

¹ Entre outros textos do autor: *O direito fundamental à Justiça*, Revista Julgar, n.º 7, 28 ss.; *Os caminantes e os caminhos*, Revista O Direito, ano 142, 2010, V, 813 ss.

² Artigo 9 n.º 1 do C. Civil.

³ *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 2.º, 293.

⁴ Pese embora esta ideia não seja tão simples como parece. CHAIM PERELMAN perguntou (*Ética e Direito*, 18 ss.): A cada um, a mesma coisa? Ou, segundo os seus méritos? Ou, segundo as suas obras? Ou, segundo as suas necessidades? Ou, segundo a sua posição? Ou, segundo o que Lei lhe atribui?

Este *suum quique tribuere*, para encurtar razões e deixando, ainda, muitas pontas por discutir, diria que consiste, à luz do Direito, na atitude ética de dar ou de fazer, a uma pessoa, o que lhe é devido em função do que é e do que faz.

Nesta perspectiva há, tem de haver, uma valoração do bem e do mal, de acordo com princípios prevalentes numa época e num espaço⁵. Esta valoração tem de assentar, basicamente, na *Ética*, mas também tem de conferir *segurança* que permita a convivência humana e que ultrapasse os inevitáveis conflitos e litígios. Aliás, este entendimento já constituiu um grande avanço civilizacional, superando arbitrariedades, mais proximamente, do *ancien régime*.

E, isto tem de refletir-se na superação de diferendos⁶ concretos. Claro que falo de diferendos sócio – jurídicos e, daí, abrangíveis pelo Direito. Aliás, hoje, quase tudo é abrangido, diria submergido, pelas garras tentaculares do Direito.

E, com isto tudo, volto a perguntar-me onde entra a Psicologia e onde chegam os Julgados de Paz?

Espero dispor de uns instantes, para responder ao que me interrogo.

IV

Um diferendo não fica resolvido se nos limitarmos ao litígio e à segurança. Pode ficar resolvida a sua aparência – que *aparece* – mas não fica solucionado o que, verdadeiramente, motiva o litígio e, amanhã, motivará outro, o tal conflito gerador de litígios. Por exemplo, se alguém fez uma janela a menos de metro e meio de prédio alheio, porquê agiu assim? Se o pai ou a mãe não cumprem o decidido quanto à guarda do filho, porquê assim procedem?

Se quisermos encontrar soluções para os conflitos, não é, normalmente, o Direito a impedi-lo. Resta saber se chega. Magistrado judicial que sou, é com muita mágoa que oiço dizer – desejo que não seja verdade! – que, em Tribunais judiciais portugueses, está a cair em desuso a salutar prática da conciliação. Quando é certo que a estudada e firme tentativa de conciliação não só é um bom caminho

⁵ Tenho falado em princípios prevalentes numa época e num espaço. Distingo entre o *continente* que é o valor perene e universal de Justiça e, por outro lado, o seu *conteúdo* concreto que releva das idiosincrasias prevalentes em cada tempo e em cada espaço. Ou, como disse ALAIN SUPROT (*Homo Juridicus*, 19): “As concessões da Justiça mudam, evidentemente, de uma época para outra e de um país para outro, mas a necessidade de uma representação comum de Justiça num país e numa época determinados, quanto a ela, não muda”.

⁶ Utilizo a expressão *diferendo* – do latim *differendum* – para, na minha perspetiva, abranger *litígio* e *conflito*. Litígio será o desentendimento aparente (de *aparecer*) e conflito será o que lhe subjaz e, no fundo, explica o litígio. É o que, comumente se traduz pela imagem do iceberg, em parte **sobre** a água, em maior parte **sob** a água.

para se perceber o conflito, como é, para um Juiz, um ato, pelo menos, tão nobre como um julgamento. Aliás, até implica sentença⁷. E lembremo-nos de que, nos termos do artigo 248 do C. Civil, uma transação (logo, a meu ver, seguramente, uma conciliação) pode “envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido”, o que vale por dizer, que pode ultrapassar o litígio e resolver o conflito. Assim os interessados queiram resolver o diferendo. E, ao dizer isto, já me aproximo mais da Psicologia e dos Julgados de Paz. Aliás, designadamente na perspectiva de jurisdição *cooperativa*, de cooperação como factor de justo acordo, os Julgados de Paz têm mérito insuperável.

V

E todavia...o tempo move-se e chegarei ao fim sem dizer metade...É a minha psicologia, queria eu dizer, é o meu normal comportamento...

Não disse, ainda, de Justiça, o mais importante: para que serve?

Só para dar segurança? Só para se dizer que os Tribunais resolveram x% de causas ou que não resolveram y%, ou que custaram tantos milhões? Como se a Justiça fosse quantificável! A Justiça, enquanto valor social *inestimável*, principalmente em Democracia, é *qualificável*. Esta é uma visão humanística, cívica, civilizacional. Os valores não se quantificam: ou são e *valorizam-se*. Ou não são. O valor Justiça é o objecto privilegiado da *prudência do Direito*, a *jurisprudência*.

Não basta segurança, ia eu dizendo.

Separados por séculos, cito alguns testemunhos que suportam a minha posição.

Nascido no século XIII, o nosso Rei D. Dinis – muito mais poeta do que lavrador – dizia que a Justiça, *pacífica a vida*⁸.

Em 1519, o Rei D. Manuel I assinou uma Ordenação (“hordenação”), dita Regimento dos Concertadores de Demandas – que é o primeiro regulamento escrito de Juizes de Paz que se conhece em Portugal – e que lhe fora pedido em Cortes de Elvas de 1481⁹. Este Regimento, em saboroso Português daqueles tempos¹⁰, proclamava:

⁷ Artigo 300 do CPC.

⁸ RUI DE PINA, ut Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, I, 516.

⁹ Não se pode dizer que o Rei tenha agido em prazo razoável...Ver DIAS FERREIRA, em anotação ao artigo 134 da chamada “*Novíssima* Reforma Judiciária” de 1841. Como se há-de chamar a tantas reformas posteriores, à espera de uma refundação?

¹⁰ Ver, PESSOA VAZ, *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*, 437 ss. e, do autor, *Justiça de Paz*, 113 ss.

...dar ordem como nossos sobditos vyvam em paaz e sossego e evytem demandas e contendas quanto poder ser e quando as tiverem que nom durem muito tempo por muitos e grandes incomuinientes que se delas seguem...

...Ordenamos e mandamos que em cada cidade vila ou lugar aja huuma pessoa que pera yso será hordenada boã e vertuosa e bem entendida o qual terá carregno como for requerido por alguum letigante em causa cyuel ou crimee em que a justiça nom aja lugar ou posto que nom seja referido como ele souber que alguumas partes andam em demanda e discórdia ele fazer quanto poder e trabalhar por as concertar mamdando, chamar cada huuma das partes por sy e ajuntandoas ambas quando compryr ou indo a casa de cada huuma das ditas partes sendo, de tal qualidade para elo...

...E os iditos concertadores se farão em cada hu cidade vila ou lugar de nossos Reinos e Senhorios pelo modo seguinte.

A saber, o Juiz mais velho que sair de Juiz no anno passado, e se terá este caregno e officio e de comprir todo o conteúdo nesta nossa hordenaçam...

Que lição sobre Justiça de Proximidade¹¹ e Juízes de Paz do século XVI! Isto, num País onde tudo continua a discutir-se, principalmente quando não se sabe o que se discute. É tão fácil discutir quando nem se sabe o que se discute!

E, dando um salto no *tempo*, que o *tempo* vai escasseando, no nosso *tempo*, Paul Ricoeur¹² escreveu que "...parece que o ato de julgar é finalmente mais do que a segurança, a *paz social*".

Daqui, que concluir?

Muito simplesmente, que *o fim último do significado da Justiça é a paz*. Com o que continuamos a aproximarmo-nos dos Julgados de Paz... através da Psicologia.

Justiça é paz porque, a meu ver, a velha máxima *suum quique tribuere* não pode ser entendida, hoje, como um *fim*. Dar a cada um o que é seu (seja qual for o critério para tanto), não é um fim; tem de ser, apenas, o *meio* para se alcançar paz. Esta obtém-se através da ponderação da verdade, mas não como um valor absoluto e linear e, sim, como um *valor relativo a cada homem*. Voltamos a entrar pela Psicologia... Não nos esqueçamos de que "O Homem é a medida de todas as coisas", conforme ensinou Pitágoras. Mas o Homem, a meu ver, entendido como

¹¹ Sobre Justiça de Proximidade, o modo de fazer Justiça que procura os cidadãos carentes, em vez de se aborrecer quando eles aparecem, deixem-me lembrar os Juizados Especiais brasileiros utilizando rulottes para irem junto de quem precisa, bem como utilizando barcos no Amazonas ou o Juizado « do Torcedor » que se instala nos recintos desportivos, designadamente nos estádios de futebol, quando há jogos, para, *ali mesmo, no próprio momento*, resolver diferendos entre adeptos ("torcedores") rivais. Isto são os caminhos da modernidade e do futuro, que afinal já vêm do que, há séculos, já perspectivava quem procurava prestar Justiça a cidadãos carentes de paz.

¹² *O Justo ou a Essência da Justiça*, 167.

cada homem, cada pessoa. Como diria o moçambicano Mia Couto, cada pessoa é uma “humanidade individual”¹³.

Mas de que paz falamos? É que as palavras são uma coisa, a comunicação de ideias é outra. Não falo da paz do silêncio, da paz do nada, da paz dos cemitérios, à maneira cáustica de Voltaire e do seu *Candide; tout est bien quand tout est mal*. Falo da paz da tranquilidade, da paz do possível bem-estar humano, enfim, de *paz justa*. Falo de um sentimento, atravessar-me-ia a dizer, de um comportamento da *alma* ou do espírito, vale dizer, de algo valorável pela Psicologia. Enfim, daquilo que os constituintes norte-americanos, em 1776, chamaram o direito à felicidade, *the pursuit of happiness*.

VI

A Psicologia é, como o Direito, uma Ciência do comportamento¹⁴.

Mas poder-se-á dizer que o Direito procura regular as ações dos indivíduos, enquanto a Psicologia tende mais a compreender os comportamentos e as suas causas¹⁵.

Contudo, se conseguirmos, efetivamente, *ultrapassar conceptualismos* redutores e se atendermos à *globalidade dos valores* humanos que norteiam ambas estas ciências, vemos que, longe, de se distanciarem, Direito e Psicologia se casam perfeitamente.

Aliás, temos que algumas diferenças têm de existir. Caso contrário, ambas seriam, apenas, mais do mesmo.

Mas, em termos de essência, mal andaria quem pensasse que o Direito pode limitar-me a querer regular a vida real e que não é ele próprio também influenciado por essa realidade, para cuja compreensão a Psicologia é essencial. Mais: mal andarão quem confunda Direito com literalidade da regra e não perceba que, na aplicabilidade, como já afflorei, é indispensável valorar o ato à luz da pessoa, que não é compreensível sem a ponderação dos factores psicológicos do agente, do próprio ofendido, enfim de quem conflui, num ato.

Nem consegue ultrapassar um erróneo conceptualismo quem parta da ideia de que o Direito quer *certezas*, e a Psicologia se fica humildemente por probabilidades¹⁶.

¹³ *Cada Homem é uma Raça*, 9.

¹⁴ *Introdução à Psicologia*, de H. KENDLER, I.º vol, 5.ª ed., 9.

¹⁵ Veja-se, por exemplo RONALD BLACKBRUN, em *Psicologia Forense*, coordenação de António Fonseca e Outros, 25.

¹⁶ CARLA MACHADO e RUI GONÇALVES, *Psicologia Forense*, Coordenação dos próprios, 20.

*Tudo o que é humano, em termos decisórios, por regra, não ultrapassa, juridicamente, uma “prudente convicção”*¹⁷, o que não é o mesmo que certeza. O próprio caso julgado, segundo o qual os factos são tidos por verdadeiros, não equivale a, seguramente, certos.

“*Res judicata pro veritate habetur*” significa coisa julgada é coisa *tida por verdadeira*, em Direito antigo. Não se trata de afirmar que é verdadeira; trata-se de assumir que é *tida por*. Não é a mesma coisa, Nem de outra forma haveria recursos, inclusive, extraordinários, justamente sobre decisões transitadas...¹⁸.

Se estivéssemos à espera – permitam-me – de “certezas” propriamente, não haveria Juízes, nem Tribunais...Era o que eu tentava comunicar no Centro de Estudos Judiciários, embora naturalmente acrescentasse que o Juiz tem de ter a *sua* certeza, não *a* certeza, e a humildade de o reconhecer, embora deva tudo fazer para que a *sua* verdade seja, provavelmente, **a** verdade. Obviamente, também não pode tratar-se de indiferença acerca da ideia de Pirandello, no fundo teatral: para cada um, sua verdade. Verdade humana é, sempre, relativa. *Ainda que não possa confundir-se “verdade” com “opinião”*, como já frisava Parménides, na Antiguidade Clássica. Verdade, em termos humanos é uma conclusão insuscetível de dúvida razoável.

E aqui voltamos a falar de Psicologia, mormente de Psicologia Forense. Ramos de Psicologia há muitos, como há muitos ramos do Direito. Quanto à Psicologia, creio poder dizer que, ao Direito, interessam todos os ramos da Psicologia mas, em especial, a Psicologia Forense, em que o chamado “cliente” é o Tribunal – eu preferiria dizer, a Justiça –, e que se traduz por Psicologia **no** Direito, isto é, contribuições diretas de psicólogos como auxiliares de decisões jurídicas¹⁹.

E, como também acrescenta Ronald Blackburn, as contribuições da Psicologia, nesta área da colaboração para decisões jurídicas, não estão confinadas às áreas penalísticas, embora se deva reconhecer que, nessas áreas, são especialmente importantes. Mas também em matéria de Direito das Crianças e dos Jovens e de Família, de Direito laboral e, mesmo, em temáticas que envolvam sinistralidade, etc. etc. Aliás, quer o Direito, quer a Psicologia, são ciências sobre comportamentos e, portanto, não podem deixar de se encontrar.

Deixem-me lembrar, aqui, duas particularidades jurídicas, uma de carácter processual e, outra, mais abrangente e, mesmo, a montante de tudo o que é a decisão jurídica.

Por um lado, mais do que uma “testemunha pericial”, o psicólogo pode e deve ser um “conselheiro ou consultor” do Juiz. E o que é curioso é que o CPC

¹⁷ Artigo 655 do CPC.

¹⁸ Artigos 764 e 771 do CPC.

¹⁹ Cf., por exemplo, RONALD BLACKBURN, *Psicologia Forense*, 31.

português – tão carente de rutura e de verdadeira inovação – todavia já tem algumas regras muito positivas, mas as melhores não são aplicadas com a normalidade que seria desejável, ou porque a formação nem sempre é a melhor ou porque os volumes de trabalho criam rotinas generalistas, tendentes à estatística e não tanto à individualidade e ao humanismo. Lembro, designadamente, o artigo 265 – A (a propósito da possibilidade de adequação processual), o artigo 137 (contrário à prática de atos inúteis e, a *contrario sensu*, favorável à utilidade de atos) e, especialmente o artigo 649, cujo n.º 1 prescreve:

1 – Quando a matéria de facto suscite dificuldades de natureza técnica cuja solução dependa de conhecimentos especiais que o tribunal não possua, pode o juiz designar pessoa competente que assista à audiência final e aí preste os esclarecimentos necessários, bem como, em qualquer estado da causa, requisitar os pareceres técnicos indispensáveis ao apuramento da verdade dos factos.

2 – ...

Aprendi, nesta Faculdade, que o Juiz é o “perito dos peritos”. Mas, porque tive um excecional professor de Direito Processual Civil – o saudoso Professor Adelino da Palma Carlos que, como eu costume dizer, antes de doutorado pela Academia, foi doutorado pela vida, como Advogado e Bastonário da Ordem dos Advogados – dizia eu, aprendi que isso não significa que o Juiz saiba tudo de tudo mas, sim, que é a ele que compete decidir. Só que, para bem decidir, em muitas matérias tem de apoiar-se em quem tem conhecimentos especiais e, por isso, pode auxiliá-lo. E, ao Juiz, só fica bem reconhecer que não é omnisciente.

Mas eu queria referir-me a algo que está a montante disto tudo. É que só pode ser Juiz, *inclusive Juiz de Paz*, quem tenha, além do mais, conformação psicológica para tão aliciante como árdua tarefa. E isto exige análise rigorosa do ponto de vista psicológico, por psicólogos com conhecimentos da juridicidade e das dificuldades jurisprudenciais. Decerto isto merece a atenção de quem tem o dever de decidir.

VII

Tudo o que venho de reflectir é válido para os Julgados de Paz e para os Juízes de Paz.

Digo mais: *é ainda mais válido para estes do que para quaisquer outros Tribunais e quaisquer outros Juízes*, se possível.

Julgados de Paz. Juízes de Paz. De Paz.

Tudo aqui reflecte e frisa a vertente pacificante da ação dos Julgados de Paz e, portanto, a relevância da compreensão dos comportamentos anteriores e posteriores às decisões.

É por isto que, a meu ver, nunca um Juiz de Paz pode homologar só formalmente um acordo obtido em mediação. O acordo obtido em mediação num Julgado de Paz, em matérias da competência do Juiz de Paz, nunca por si só termina qualquer diferendo. O que o termina é a sentença homologatória do Juiz de Paz²⁰. Portanto, entendo que a homologação deve ser feita em ato para cuja presença o Juiz de Paz deve convidar os mediados e o mediador, para conversarem em termos de Justiça de Proximidade, sempre aliás *sem confundir* o ato com audiência de julgamento e sem poder entrar em matéria a coberto de *confidencialidade*, salvo acordo dos interessados.

Outrossim, se há função jurisdicional a cujo acesso tem de ser rigorosa uma selecção que releve a conformação psicológica do Juiz, é esta, a do Juiz de Paz. Mal da selecção que não tenha esse aspecto em grande atenção. E mais: mal da formação que não sublinhe elementos de Psicologia.

Pensemos na estratégia dos Julgados de Paz, artigo 2 n.º 1 da Lei 78/2001:

1 – A atuação dos julgados de paz é vocacionada para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes.

2 – ...

A abertura dos Julgados de Paz à *participação cívica* e à *justa composição* de cidadãos desavindos implica muito mais do que técnicas de comunicação que levem as pessoas a dizerem que já estão de acordo. Tudo isto implica *competência e sensibilidade* para *compreender* os comportamentos que já ocorreram, para entender o que é razoável fazer para *aproximar* quem está desavindo – porque, obviamente, se não houvesse desavença não teria ido para Tribunal! –, e para *perspetivar* o que *poderá vir a proporcionar verdadeira paz* a quem se apresentou sem ela.

Isto significa que, para além da já aludida necessidade de *análise psicológica* de quem quer ser Juiz de Paz (ou mediador) e da eventualidade de auxílio de psicólogo forense em casos concretos a decidir, é indispensável que os Juizes de Paz (e os mediadores) tenham *estudos de Psicologia nas suas formações*.

A paz que os Julgados de Paz devem proporcionar implica tranquilidade e esta, antes de se revelar perante soluções jurídicas concretas, ou assenta em comportamentos relacionais ou não existe. A Justiça de Proximidade, própria

²⁰ Artigo 56 n.º 1 da Lei 78/2001, de 13.07.

dos Julgados de Paz, é uma Justiça de respeito pelas convicções, culturas, personalidades diferenciadas.

Um Julgado de Paz não pode ser algo cujos resultados são, fundamentalmente, quantificáveis ou, sequer, analisados à luz de critérios estatísticos ou comparativos com outros Tribunais.

Concorrência entre Tribunais seria algo, para mim, absurdo e *contra natura*. Sou magistrado judicial e apaixonei-me pelos Julgados de Paz *sem deixar de ser quem sou*. Pelo contrário, é por ser quem sou que gostaria de ver os Julgados de Paz em maior ascensão no meu País.

Claro que, *do ponto de vista jurídico, os Tribunais judiciais podem e devem fazer serviço tão bom quanto os Julgados de Paz. Mas pôr a questão assim é desvirtuá-la*. O que importa é que os Julgados de Paz fazem de *modo diferente e, quanto mais eficientes puderem ser e forem, mais permitirão que as pessoas que trabalham nos judiciais se dediquem a causas juridicamente mais complexas*. E mais viabilizarão que, quem nunca se dirigiria a um Tribunal para que o seu diferendo fosse resolvido, o faça como é seu direito (artigo 20 da Constituição).

A *solução qualitativa* está em deixar as causas juridicamente mais simples para os Julgados de Paz, *de modo humanisticamente mais próximo*, e em concentrar os meios judiciais no que é, juridicamente, mais complexo.

Não se trata de considerar os Julgados de Paz um sub-degrau do Judiciário. Isso já aconteceu no século XX, nada beneficiou o Judiciário e fez morrer os Julgados de Paz. Já aconteceu com a Lei de Organização Judiciária de 1977 e levou à não ratificação do DL 539/79 sobre um certo tipo, a meu ver inadequado, de Julgado de Paz; e daí a revisão constitucional de 1997 e a Lei 78/2001²¹, embora esta, hoje, precise de atualização, para *otimização* dos Julgados de Paz.

Os Julgados de Paz *não* fariam sentido integrados em Lei de Organização e Funcionamento *dos Tribunais Judiciais, porque não são judiciais*. Foram recriados, e bem, na aurora do século XXI, como *jurisdição própria*, naturalmente complementar das outras, como têm de ser todas as jurisdições, *umas das outras*. Isto, aliás, é uma opinião comum, mormente na comunidade académica²².

Os Julgados de Paz têm um processado extremamente simples, centrado na Justiça de Proximidade, na simplicidade, diria na *“cumplicidade” com os cidadãos utentes*, para se procurar afastar o diferendo.

É a paz que está em causa. É o Direito. Mas também é, em grande relevância, a Psicologia.

Como tenho dito, a relevância de verdadeiros Julgados de Paz não é quantificável.

É qualificável.

²¹ Aprovada, na Assembleia da República, por *unanimidade*.

²² V.g. do autor, *Julgados de Paz*, 2.ª ed., 36 e 37 e nota 53.

Mas tudo isto pressupõe posições idênticas entre os cidadãos interessados. Já Jean Jacques Rousseau ensinou que “Entre le fort et le faible la liberté opprime. Seule la loi libère”. Se interpretarmos «la loi» como o Direito e, neste, a Ética, veremos como é fácil entender que o Juiz de Paz (como o mediador) tem de concorrer para igualar as posições dos interessados e que, para acordo válido, têm de haver, como *princípio de interesse e ordem pública*, situações tanto quanto possível idênticas de consciência, conhecimento, capacidade²³. Assim, bem se compreende que o artigo 38 da Lei 78/2001 preconize assistência forense para quem esteja em manifesta inferioridade perante a outra parte. *Tenho por seguro que um “sim” só é autêntico quando se pode dizer “não”*.

Há que pensar nas pessoas.

Parafraçando Paul Ricoeur, penso que os Julgados de Paz podem refletir que “*l’amour...est le gardien de la justice*”²⁴.

VIII

A latere destes tópicos que, demasiado longamente, enunciei – e tanto ficou por dizer! – deixem-me acrescentar um *post-scriptum*.

Os Julgados de Paz renasceram em Portugal graças, em grande parte, ao exemplo dos Juizados Especiais brasileiros. Honra lhes seja, aos Juizados Especiais brasileiros.

Mas renasceram em termos de parceria público – pública, entre o Estado e Municípios, nos termos da Lei 78/2001 e têm base, ainda, na Lei 159/99, de 14.09, artigo 8, em moldes próprios portugueses.

E, hoje, em que se notam, aliás naturalmente, certas dificuldades em algumas destas parcerias, para além de, a meu ver, essas dificuldades serem superáveis através de diálogo sem preconceitos; hoje, dizia, constato, com grande esperança, que os Julgados de Paz poderão estar em vias de encontrar mais uma ótima parceria, a das Academias.

Penso que não estou a revelar “nenhum segredo de Polichinelo”, mas apenas o que antevejo como muito positivo que, tanto quanto julgo saber, *pelo menos*, duas Escolas de Direito, de duas Universidades prestigiadas do meu País, a “minha” vetusta Universidade de Lisboa, através da dinâmica Faculdade de Direito, e a jovem e já notável Universidade do Minho, também através da sua Escola de

²³ Já CARLOS DA MOTA PINTO escreveu que a autonomia privada, o poder de autodeterminação nas relações inter-pessoais “supõe necessariamente a igualdade ou paridade de situação jurídica dos sujeitos” (*Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 42).

²⁴ *Amour et justice*, 9.

Direito, gostariam de motivar a criação e instalação de Julgados de Paz. Porque não? Em Lisboa, o Julgado de Paz abrange 53 freguesias com uma base semelhante à do tempo inicial de 3 freguesias, e está prevista a possibilidade de nova Secção ou Secções²⁵.

Devemos evitar ideias feitas, tabus, enfim, a ditadura de conceitos e de preconceitos. A vida deve ser dos valores.

Há que dar asas à imaginação, aproveitar as ideias de quem as tem, e inovar. A inovação é o que permite ultrapassar a fronteira do que já foi.

Ou há inovação ou as sociedades param. E parar é morrer.

Se for possível – e eu creio, firmemente, que é – respeitar a regra constitucional segundo a qual os Julgados de Paz são Tribunais como quaisquer outros Tribunais do Estado, que julgam em nome do Povo, *porque não dialogar e aceitar as iniciativas universitárias*, até porque, à ação jurisdicional, poderia juntar-se o estudo e o entusiasmo e dinâmica das Universidades e das suas juventudes?

Pensando em certo conservadorismo de pessoas do mundo forense, lembro-me de Galileu Galilei e do heliocentrismo: *Eppur si muove*. “E contudo (a Terra) move-se”. Quer os “velhos do Restelo” queiram, quer não, os caminhos da Justiça estão em movimento!

Um escritor brasileiro, hoje, universalmente conhecido, cujos livros podem não ser, globalmente, excepcionais mas têm, sempre, *frases que valem livros*, Paulo Coelho, escreveu²⁶ que “uma vida sem causa é uma vida sem efeito”. Parafraseando, diria que os Julgados de Paz têm uma *causa-final* que é a da Justiça pela Paz e da Paz pela Justiça. Oxalá tenham, também, mais um *efeito* que seja o de trazerem as Faculdades de Direito à realização prática daquilo que ensinam, de mãos dadas com as suas irmãs de Psicologia.

Muito Obrigado.

²⁵ Quanto a Lisboa: Decreto-Lei n.º 329/2001, de 20.12 (artigos 3 n.º 1 e 4 n.º 1); Decreto-Lei n.º 140/2003, de 02.07 (redacção do artigo 3 n.ºs 1, 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 329/2001).

Quanto ao Minho, sabe-se que não há Julgado de Paz, designadamente, em Braga e em Guimarães.

²⁶ *O Aleph*, 37.



*Análise bibliométrica da revista O Direito (1996-2008): contributo para o estudo da cultura jurídica em Portugal**

DOUTORA ANA MARIA MARTINHO**

SUMÁRIO: *Introdução. I PARTE – História e caracterização da revista O Direito: Objetivos; Estrutura interna; Diretores e colaboradores. Propriedade da revista; Divulgação externa: periodicidade e tiragem; registo bibliográfico em catálogos de bibliotecas; O Direito na Web; Editores e distribuidores; Sequência de publicação; Contexto histórico: períodos de vida de O Direito: O Direito da Monarquia (1868-1910); O Direito da primeira República, (1910-1926); O Direito do Estado Novo(1926-1974); O Direito da Democracia (1984-). Bibliografia.*

RESUMO: Após uma breve introdução ao tema das revistas jurídicas e aos motivos que nos levaram a seleccioná-lo, apresenta-se o conceito Bibliometria Jurídica e refere-se o carácter multidisciplinar desta investigação.

O artigo divide-se em duas partes: na primeira, é feita uma análise histórica de uma das revistas jurídicas portuguesas mais antigas e prestigiadas, ainda em publicação – a revista O Direito. São abordados diversos aspetos, desde os objetivos e estrutura interna aos principais colaboradores, bem como o contexto histórico em que viveu e se desenvolveu; em suma, procurámos identificar algumas características que a diferenciam face às restantes revistas jurídicas portuguesas.

Na segunda parte, apresentam-se os resultados de uma metodologia de análise bibliométrica da produção científica publicada naquela revista, ao longo de 13 anos (1996–2008), com base em indicadores de produtividade.

* Este artigo constitui parte integrante da tese de doutoramento apresentada pela autora à Universidade de Alcalá, Madrid, em Março de 2011, com o título “Contributo das revistas jurídicas para a comunicação e criação de conhecimento: uma perspectiva bibliométrica”. A sua publicação na revista O Direito tem como principal objetivo divulgar dados relevantes sobre uma das revistas jurídicas portuguesas mais conceituadas e de maior continuidade, os quais resultam de uma análise bibliométrica que cobre um período temporal recente de treze anos (1996–2008). Esperamos que os resultados obtidos possam contribuir para o estudo e o conhecimento da cultura jurídica em Portugal.

** Bibliotecária responsável pela Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa (2000–2011), a autora é atualmente docente no mestrado de Ciências Documentais.

Introdução

Projetos coletivos de grande relevância para os estudos jurídicos, fontes e simultaneamente canais de publicação de resultados de investigação, as revistas jurídicas são possuidoras de enorme riqueza histórica e científica; é aos seus conteúdos, conjuntos de saberes estruturados, publicados cumulativa e periodicamente e aos colaboradores responsáveis, que se deve esta riqueza, bem como a identidade própria que as individualiza.

Repositórios múltiplos e variados de conhecimento jurídico, as revistas jurídicas são também locais adequados ao debate e à criação de novas teorias. Paolo Grossi considerou-as “...coletividades empenhadas num trabalho comum, laboratórios experimentais, projetos em ação” (Grossi, 1987).

O tema das revistas jurídicas, que inclui as suas trajetórias de vida, a sua estrutura interna e respetivos critérios editoriais, além dos seus múltiplos colaboradores e das tendências e influências temáticas transmitidas nos inúmeros fascículos que compõem as suas coleções, não tem sido suficientemente tratado pelos intervenientes no processo de criação e comunicação da ciência jurídica em Portugal – juristas, investigadores, bibliotecários e editores jurídicos.

Foi esta escassez de estudos sobre o periodismo jurídico em Portugal¹, aliada a razões pessoais e profissionais, que nos motivou para esta temática; reforçadas por um interesse e uma curiosidade crescentes, estas motivações surgiram e desenvolveram-se à medida que, no desempenho da nossa prática profissional, fomos lidando com as revistas jurídicas nas diversas bibliotecas onde exercemos a nossa atividade.

A sua conhecida complexidade, causadora de inúmeras dificuldades no tratamento documental, desespero de tantos profissionais, aliada à riqueza adivinhada dos seus conteúdos e ao valor histórico das suas coleções, justificam o fascínio que nos aproxima destes documentos e nos atrai para o tema.

¹ Destacamos alguns dos trabalhos mais relevantes sobre o periodismo jurídico publicados em Portugal: CAETANO, Marcelo – O Direito e a imprensa portuguesa. In *O Direito*, Ano 100, 1968, n.º 2, p. 113-123; CRUZ, Guilherme Braga da – A Revista de Legislação e de Jurisprudência: esboço da sua história, publicada em volume comemorativo do centenário da revista (1868-1968), Coimbra, 1975; CHORÃO, Luís Bigotte – O periodismo jurídico português do século XIX: páginas de história da cultura nacional oitocentista, Lisboa, INCM, 2002; CHORÃO, Luís Bigotte – Periódicos jurídicos, da modernidade à pós-modernidade. In *Actas do III Encontro de Bibliotecas e Arquivos Jurídicos*, Lisboa: FDL, 2009; ALBUQUERQUE, Martim de – Nota prefacial in *Luís Bigotte Chorão. O periodismo jurídico português do século XIX: páginas de história da cultura nacional oitocentista*, Lisboa, INCM, 2002; MARCOS, Rui de Figueiredo – A fundação do Boletim da Faculdade de Direito e o periodismo jurídico em Coimbra. In *Boletim da Faculdade de Direito, volume Comemorativo do 75.º tomo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

O que são e que características possuem as publicações periódicas jurídicas face às restantes, que as distinguem e lhes conferem a identidade na diversidade e a dignidade, tantas vezes referidas e comprovadas através da dimensão das suas coleções em bibliotecas e da sua elevada taxa de procura por parte dos utilizadores? Esta é uma das questões que pretendemos investigar.

Também a vontade de conhecer a realidade nacional das revistas jurídicas, face a outros títulos estrangeiros, possuidores de prestígio e impacto científico comprovados, constituiu para nós motivação suficiente. Seleccionámos em primeiro lugar *O Direito* para esta análise, por se tratar de uma das revistas jurídicas mais conceituadas e de maior permanência publicadas em Portugal. Pretendemos, assim, conhecer alguns aspetos da publicação científica de carácter jurídico em Portugal, começando por estudar e caracterizar um título relevante que consideramos significativo nesta área, analisando as suas características internas, bem como a sua história e articulação com a sociedade; a análise bibliométrica a que procedemos na segunda parte visa, além deste objetivo inicial, conhecer a sua produtividade e as tendências temáticas refletidas ao longo do período estudado.

Designa-se por Bibliometria a disciplina ou ramo destacado do saber, pertencente às Ciências da Informação e Documentação, que estuda, mede e avalia os resultados da Ciência, através da aplicação de leis e indicadores próprios, calculados a partir de resultados da investigação publicados em artigos de revistas científicas. Permite conhecer a produtividade dos autores, instituições, países ou regiões, compará-la e avaliá-la, conhecer os temas investigados, a sua evolução ao longo de períodos temporais determinados, em suma, conhecer a evolução da Ciência e o desempenho dos investigadores, individualmente ou de forma agregada, por instituições ou países; permite, ainda, através da análise de citações aos artigos publicados em revistas, avaliar a qualidade dos mesmos, ou melhor, o seu impacto na investigação; principalmente e, em função dos indicadores bibliométricos, a Bibliometria revela-se ferramenta indispensável para a definição e aplicação de linhas de política científica. Considerada como uma “ciência adjetiva”, pois os dados que fornece e as conclusões que deles podem retirar-se apenas terão validade se forem devidamente aplicados ou conjugados com outras áreas científicas ou domínios do conhecimento, permite, tal como a Estatística, definir comportamentos e atribuir propriedades aos ramos do conhecimento a que se aplica. A Bibliometria não pode, por si só, considerar-se portadora de verdade científica, mas sim como um meio para alcançar conclusões que fazem avançar o conhecimento.

Matéria pouco abordada e insuficientemente conhecida a sua designação, a *Bibliometria Jurídica* tem por base a aplicação de indicadores bibliométricos ao estudo da Ciência do Direito. São as revistas jurídicas e os trabalhos nelas publicados que constituem a matéria-prima para o cálculo destes indicadores – é a

partir das revistas jurídicas e dos seus elementos mais relevantes, autores, artigos, citações, que se constroem os indicadores de produtividade e de qualidade que fundamentam as análises bibliométricas. Através da Bibliometria Jurídica é possível conhecer as taxas de produtividade de revistas jurídicas, instituições, autores, países ou regiões; a análise de citações constitui, hoje em dia, a aplicação mais frequente desta disciplina – ela permite identificar as revistas de maior impacto, os autores que mais influenciaram os estudos jurídicos em determinados períodos ou ainda comprovar a influência exercida pela doutrina na prática dos tribunais.

Convém destacar, no entanto, não se tratar de uma área nova ou introduzida apenas após a sua aplicação às restantes áreas científicas. Shapiro (1992) considera que a origem dos estudos de citações está no Direito, pois as análises bibliométricas e os índices de citações foram utilizados no meio jurídico muito antes da sua aplicação à restante literatura científica. Segundo Shapiro, as primeiras análises bibliométricas baseadas na aplicação de indicadores de produtividade ao Direito, a partir da contagem de publicações, datam dos inícios do século XIX².

O *Shepard's Citations*³, um dos primeiros índices conhecidos de citações jurídicas, é também considerado ter influenciado o *Science Citation Index de Eugene Garfield*⁴. A publicação das decisões judiciais nos Estados Unidos, que se estendem por largos volumes, acompanhadas por tabelas de casos citados, deu origem, segundo aquele autor, à elaboração de índices que tinham por objetivo permitir a sua fácil localização. Um dos índices de citações mais antigo para Shapiro é o *Raymond's Reports* (1743), de origem inglesa.

De cariz multi e interdisciplinar, este estudo procura ser um contributo da Ciência da Informação e Documentação (CID) para o desenvolvimento da investigação e para o conhecimento de certos aspetos do Direito; os processos e

² Shapiro refere a obra de James Humphreys, *Observations on the actual state of the English laws of real property*, 1826, em que este efetua uma contagem das coletâneas de jurisprudência e outras publicações jurídicas publicadas até à época; também Stephen B. Griswold, 1876, é referido por Shapiro, pelo cálculo que efetuou de todos os volumes publicados de coletâneas de jurisprudência inglesas e americanas, anteriormente àquela data.

³ Frank Shepard deu início à publicação de volumes de citações de jurisprudência do Supremo Tribunal de Illinois em 1873; esta obra, conhecida como *Shepard's Citations*, tornou-se mais tarde num sistema nacional de citações, composto por livros e suplementos, contendo listas de citações a decisões judiciais, estatutos e outras fontes jurídicas.

⁴ Eugene Garfield foi fundador do Institute for Scientific Information, atualmente Thomson Reuters, presidente e fundador da revista *The Scientist*; responsável por vários projetos no âmbito das Ciências da Informação, Garfield desenvolveu inúmeros estudos relacionados com a pesquisa e recuperação da informação científica e técnica; o seu *Science Citation Index*, um relevante índice multidisciplinar de literatura científica, constitui uma ferramenta inovadora aplicada às Ciências da Informação e Comunicação.

métodos utilizados pertencem ao âmbito daquela disciplina e permitem alcançar resultados e conclusões que interessam ao estudo do Direito⁵.

Concordamos com López-Cózar que a investigação em CID deve ser interdisciplinar, nos objetivos, nas metodologias, nos temas e nas equipas de trabalho, promovendo o estreitamento de relações com outras áreas do conhecimento; o lugar privilegiado que ocupa, de proximidade com as restantes disciplinas científicas, facilita o cumprimento destes desígnios (López-Cózar, 2002, 229).

Vários autores que se dedicam à investigação das Ciências da Informação e Documentação defendem essa necessidade de interdisciplinaridade. Grover y Greer reconhecem, nomeadamente, que a investigação nesta disciplina deve basear-se no conhecimento e na aplicação dos resultados da investigação de outras disciplinas, entre as quais mencionam a Bibliometria, (Grover; Greer; 1991, 101-113).

Ora o âmago deste trabalho consiste exatamente na aplicação das Ciências da Informação e Documentação e da Bibliometria, das suas teorias e metodologias a uma área distinta do saber que é o Direito.

É nossa opinião ainda que a investigação em CID necessita, não só de recolher o conhecimento proveniente de outras áreas científicas, mas de com ele formar o seu próprio corpo teórico, ajustando-o no aperfeiçoamento da prática e colocando-o à disposição de outros ramos do saber. Para Brier, esta disciplina deve gerar conhecimento teórico a partir de outras áreas de investigação, de forma a que este possa interagir com a experiência prática (Brier, 1992, 97-108).

⁵ Veja-se a este propósito, a obra de Eduardo Alves de Sá, *Bibliographia Jurídica Portugalensis*, Lisboa, Typographia Christovão Augusto Rodrigues, 1898, um dos primeiros trabalhos de cariz interdisciplinar, que envolveu as Ciências da Informação e Documentação e o Direito; nela o autor faz a apologia da classificação decimal universal de Melville Dewey e dos seus princípios, promovendo a sua aplicação ao Direito, nomeadamente à Bibliografia jurídica. Definindo-a como “*classificação única, uniforme, aplicável a todas as ciencias, adoptada por todos os paizes e universalmente entendida*”, o autor desfaz a ideia da sua demasiada complexidade – Paul Otlet e Lafontaine consideraram-na a verdadeira linguagem científica internacional – e apresenta os princípios gerais da classificação das matérias jurídicas, da sua divisão em classes e sub-classes. Inserida na *Bibliographia Universalis*, da responsabilidade do Office Internationale de Bibliographie, que procurou reunir bibliografias e repertórios específicos em todas as áreas científicas, a *Bibliographia Jurídica Portugalensis* empreendida pelo autor, além de aplicar os princípios da classificação decimal de Dewey à ciência do Direito, reflete a cooperação portuguesa num projeto internacional de grande vulto, de características interdisciplinares. O objetivo desta obra em que o autor pretendeu traçar *as linhas geraes da literatura jurídica portuguesa*, consistiu na inventariação, classificação e descrição, segundo o sistema Dewey, de toda a produção científica jurídica portuguesa editada até à data; procurou, ainda, através do sistema de fichas móveis e da sua utilização pelas bibliotecas possuidoras de documentação jurídica, propor uma nova organização dos catálogos, de modo a permitir uma localização perfeita das matérias, propósito defendido por Lafontaine e Otlet e que consistia, segundo o autor, no *princípio fundamental da ordem na Bibliographia*.

E tal como afirmaram Armando Malheiro da Silva e Fernanda Ribeiro, em assinalável estudo sobre a temática da Ciência da Informação e Documentação, há que procurar “...descobrir se há um efetivo substrato teórico subjacente ao saber acumulado ao longo de uma intensa prática. Não se trata obviamente de negar a importância da praxis, mas tão só de lhe encontrar a teoria correlativa, sem a qual o fazer – qualquer fazer – não pode, no mínimo, ser compreendido e melhorado” (SILVA; RIBEIRO, 2002, 22).

O tema selecionado para esta investigação e a metodologia adotada para o seu desenvolvimento procuraram corresponder a estes princípios e encontrar neles justificação para a sua seleção.

I Parte

História e caracterização da revista *O Direito*

Objetivos

A revista *O Direito* é considerada uma das revistas jurídicas nacionais possuidoras de maior riqueza de passado histórico, maior longevidade e continuidade de publicação. Editado o seu primeiro número em 3 de Dezembro de 1868, foi em Maio do mesmo ano também editado o primeiro número de outra importante revista jurídica nacional – a Revista de Legislação e Jurisprudência. De facto, o período que sucedeu à promulgação do primeiro Código Civil português, o chamado Código de Seabra, em 1867, caracterizado por intensa produção legislativa, foi pródigo no desenvolvimento de literatura jurídica em Portugal, dando origem nomeadamente ao aparecimento de diversas revistas jurídicas. A este propósito, Rui de Figueiredo Marcos afirmou que: “A necessidade de uma informação especializada no domínio jurídico, que, acima de tudo, se pautasse pela candente exigência de actualidade, sobrepunha-se a um nível até então ignorado. A resposta em forma periodista estável chegou” (Marcos, 2003, 16).

Não cabe nos nossos objetivos enumerar exaustivamente as primeiras revistas jurídicas portuguesas, no entanto não podemos deixar de assinalar os dois títulos atrás referidos, pela relevância que possuem no meio jurídico nacional, pela longevidade e pela continuidade do seu percurso editorial, que atinge em 2012, 144 anos.

No editorial do Número Um, intitulado Aos Nossos Leitores, a revista *O Direito* assumiu-se como uma revista de jurisprudência e legislação, nova no país pelos objetivos enunciados: “consubstanciar n’um só jornal as mais ponderosas questões de direito civil e criminal, de direito administrativo e administração pública, e de direito fiscal

e administração da fazenda, sem esquecer a crítica judiciária, e a chronica dos mais notáveis sucessos e resoluções dos tribunaes do paiz e estrangeiros.”⁶.

Trata-se, de facto, de revista jurídica generalista, que integra trabalhos de diversos ramos do Direito, sem vinculação direta a qualquer instituição académica, muito embora grande parte dos colaboradores, “*alguns dos nossos mais prestimosos escriptores e jurisconsultos*”⁷, ao longo da sua existência, se tenham dedicado ao ensino do Direito e colaborado igualmente em revistas académicas, entre as quais destacamos a Revista da Faculdade de Direito de Lisboa.

A já referida publicação do Código Civil em 1867 e as alterações daí resultantes, designadamente nos domínios da jurisprudência nacional, das tradições do Direito e da prática dos tribunais, a par da necessidade de as divulgar e comentar, são também apontadas neste editorial como factos que justificam o aparecimento deste novo veículo de comunicação do Direito.

Foram fundadores, proprietários e redatores de *O Direito*, conforme indicado nas folhas de rosto dos seus primeiros números, o advogado em Lisboa António Alves da Fonseca⁸ e o seu amigo jornalista político, José Luciano de Castro⁹, cuja “*intensa actividade de homem público não o distraiu dos interesses pelos temas jurídicos*”¹⁰.

Tendo sido colegas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e embora procedendo de cidades diferentes – o primeiro nasceu em Lisboa, exerceu advocacia nesta cidade à data da fundação da revista, enquanto que o segundo, natural de Aveiro, desempenhou cargos no Porto e instalou-se em Lisboa poucos anos antes da fundação de *O Direito* – ambos residiam e trabalhavam nesta cidade em 1868.

Não obstante a origem dos seus fundadores, podemos considerar a revista como uma publicação da cidade de Lisboa, pois aí se situava a sede inicial da redacção, que correspondia ao escritório de Alves da Fonseca, bem como a tipografia responsável pela composição e impressão.

Os objetivos de *O Direito*, definidos no já referido editorial do primeiro número – “*Entra em nova epoca a publicação do código civil, que operou larga revolução nas tradições do direito e na praxe forense. Importa fixal-a e regular-a. Para isso nos é mister*

⁶ Aos nossos leitores. In *O Direito: revista de jurisprudência e legislação*. Lisboa, 1868, n.º 1, 1.

⁷ *Idem*, 1

⁸ António Alves da Fonseca (?- 1894), advogado, funcionário superior das obras públicas, foi também membro do Partido Progressista e deputado.

⁹ José Luciano de Castro (1834-1914), deputado, Ministro da Justiça e do Reino, Presidente do Conselho, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo, Conselheiro de Estado e Par do Reino, lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tendo sido seu aluno António Alves da Fonseca; foi também jornalista, tendo colaborado em diversos jornais, entre os quais *O Nacional*, o *Comércio do Porto* e o *Jornal do Porto* que fundou.

¹⁰ CHORÃO, 2002, 182.

o auxílio de todos”¹¹ – eram consagrados à jurisprudência – “não só no sentido amplo do termo, como na acepção restrita dos casos julgados e decididos pelas autoridades judiciais e administrativas”¹².

O subtítulo inicialmente apostado a *O Direito* de “*revista de jurisprudencia e legislação*”, usado até 1947, ano em que foi alterado para “*revista de ciências jurídicas e de administração pública*”, apontava já para aqueles objetivos – a publicação e a análise crítica da jurisprudência nacional.

Tendo em conta estes objetivos, podemos afirmar que a revista procurou, desde o seu início, assumir um carácter essencialmente prático, não obstante determinadas características teóricas. Assim, logo no oitavo ano da sua publicação, em 1876, é apresentado como objetivo de *O Direito* “*apenas interpretar as leis e estudar as questões, que provocam o seu exame, com o modesto intuito de oferecer aos seus leitores soluções racionáveis, uteis, eminentemente práticas*”¹³. Também no editorial do número correspondente ao ano de 1885, o então Diretor refere que “*O Direito aspira a ser um repositório de trabalhos e subsídios para a solução dos grandes problemas jurídicos, e não um curso regular e methodico de princípios apurados e de doutrinas assentes nos domínios da sciencia. Estuda como os que pretendem saber, não ensina como sábios*”¹⁴.

O Direito assumiu sempre um papel relevante como instrumento de discussão, impulsionador da “*liberdade de discussão das provas e do direito ...por muito que às vezes, em tempos de predomínio do espírito autoritário, possa chocar os estranhos ao meio*”¹⁵.

Os responsáveis sempre manifestaram a intenção de que, por um lado, reflectisse a atualidade jurídica e, por outro, através do debate, constituísse impulso ao surgimento de novas ideias e princípios jurídicos. Marcelo Caetano¹⁶ afirmou, no célebre discurso proferido no Grémio Literário, em comemoração do centenário da revista e, a propósito do seu percurso de cem anos no meio jurídico nacional, que “*...falando desassombadamente sempre, sem temor de discutir leis ou de criticar decisões que as aplicam, alguma coisa pode ter contribuído para o esclarecimento da verdade, para o melhoramento da justiça, para a dignificação do País*”¹⁷.

¹¹ Aos nossos leitores. In *O Direito: revista de jurisprudência e legislação*. Lisboa, 1868, n.º 1, 1.

¹² No ano do centenário. In *O Direito: revista de ciências jurídicas e de administração pública*. Lisboa, 1968, Ano 100, 2.

¹³ *O Direito: revista de jurisprudência e legislação*. Lisboa, 1876, Ano 8, n.º 1, 1.

¹⁴ *O Direito: revista de jurisprudência e legislação*. Lisboa, 1885, Ano 17, n.º 1, 1.

¹⁵ No ano do centenário. In *O Direito: revista de ciências jurídicas e de administração pública*. Lisboa, 1968, Ano 100, 3.

¹⁶ Marcelo Caetano, que iniciou a sua colaboração na revista em 1931, com um artigo intitulado “*Competência contenciosa em matéria de contratos administrativos*”, assumiu, em 1939, a responsabilidade pela parte redatorial, tendo sido nomeado diretor em 1947, cargo que ocupou até assumir as funções de Presidente do Conselho de Ministros, em 1968.

¹⁷ CAETANO, 1968, 123.

O carácter teórico-prático de *O Direito*, patente na tipologia de artigos publicados, constituiu desde sempre objetivo dos responsáveis que, ao pretenderem que esta fosse uma revista útil à comunidade jurídica, a transformaram num órgão de elaboração e análise crítica de doutrina, de seleção e anotação de jurisprudência, capaz de permitir “a verificação da verdade das teorias e a formação de novas”¹⁸.

Por outro lado, fez sempre também parte dos seus objetivos a adequação dos conteúdos às necessidades e solicitações dos juristas, às novas problemáticas do Direito. Segundo Inocêncio Galvão Telles, na qualidade de Diretor, “*A revista ... afirmou-se como uma publicação particularmente atenta às exigências da vida real e, ao mesmo tempo, dos fundamentos científicos que lhe estão na base, numa visão teórico-prática do mundo jurídico e aberta à colaboração dos vários sectores profissionais desse mesmo mundo*” (Telles, 1974/1987, 6.).

Por fim, mais recentemente, no editorial do volume de relançamento, correspondente aos anos 134 e 135, de 2002–2003, após um período editorial crítico, é apresentado o quadro deste relançamento, caracterizado por uma alteração a nível da estrutura interna ou editorial e tendo em conta o acompanhamento da evolução legislativa e jurisprudencial. Os novos objetivos não divergem muito dos inicialmente apresentados. São estes, essencialmente, apresentar a panorâmica da jurisprudência e legislação nacionais, a par dos desenvolvimentos doutrinários subsequentes; perpetuar a ciência do Direito português e contribuir para a regeneração do país. Objetivo novo, ou pelo menos, só agora anunciado, é a sua intenção de ligação aos direitos de língua portuguesa, a propósito da publicação do novo Código Civil brasileiro e das havidas ou projetadas reformas legislativas dos países africanos de língua oficial portuguesa. É ainda referida neste número a intenção dos seus responsáveis de continuar a manter uma linha editorial independente, guiada por critérios exclusivamente científicos.

Da análise do percurso desta revista jurídica, que atravessou vários períodos da história do Direito nacional e da sociedade portuguesa, verifica-se que os responsáveis se mantiveram sempre fiéis aos princípios e objetivos inicialmente enunciados, tendo mantido praticamente inalterada a sua linha de rumo, sistematicamente apresentada aos leitores, no início de cada ano.

Para Marcelo Caetano, *O Direito* era sem dúvida uma revista científica, muito embora derivada do jornalismo, pelo prolongar da experiência colhida nas redações dos jornais quotidianos por parte de alguns dos seus colaboradores, jornalistas práticos do Direito¹⁹.

¹⁸ ABREU, 1968, 388.

¹⁹ “Hoje o semanário de 1868 é uma grave publicação trimestral que foi perdendo o carácter de jornal das atualidades judiciais e legislativas para se tornar, cada vez mais, em arquivo de produções doutrinárias e de comentários à jurisprudência dos tribunais. Podemos considerá-la uma revista científica.” Cf. CAETANO, 1968, 122.

Salientamos, ainda, em abono da relevância de *O Direito* para o ambiente jurídico interno e seus atores, as inúmeras referências à revista existentes na literatura jurídica nacional, algumas citadas ao longo deste estudo. Mas é essencialmente nos artigos nela publicados, que a história da revista nos é relatada por quem a viveu, investigou e ajudou a construir – os seus colaboradores. Destes, não podemos deixar de destacar Eridano de Abreu, advogado e membro da Comissão de Redação, cujo trabalho publicado por altura do centenário da revista, compilou e destacou os factos mais relevantes e os colaboradores que mais se destacaram durante os primeiros cinquenta anos da sua vida editorial²⁰. É de assinalar que, por parte dos responsáveis, sempre existiu um elevado apreço por este periódico e a consciência do seu peso no contexto da literatura jurídica nacional, o que justificou a necessidade de a perpetuar para as gerações futuras e a luta permanente por estes travada para atingir este objetivo.

Estrutura interna

A estrutura atual de *O Direito* apresenta uma divisão dos artigos em diferentes secções, onde se tratam temas de Jurisprudência, Doutrina e Legislação e onde se incluem Recensões Bibliográficas e Pareceres. No entanto, esta não corresponde à sua estrutura inicial, pois várias secções foram introduzidas e subsequentemente retiradas, em resultado da vontade de adaptar os conteúdos veiculados aos interesses dos leitores e de lhe conferir a dinâmica editorial que desde sempre a caracterizou. É de destacar, no entanto, que os números iniciais publicaram apenas secções contendo Jurisprudência Comentada, Respostas a Consultas Jurídicas e Legislação.

A publicação de jurisprudência dos tribunais, considerada como referimos anteriormente, desde o seu primeiro número, um dos principais objetivos da revista, “...acolheremos com grande fervor os trabalhos, *allegações, sentenças ou accórdãos dos tribunaes, que mereçam publicação*”²¹, continua ainda hoje a ser objeto de uma das secções principais, designada por Jurisprudência.

Podemos afirmar que as primeiras revistas jurídicas publicadas em Portugal possuíam também um carácter essencialmente prático, pois dedicavam-se, prioritariamente, à divulgação de legislação e jurisprudência recentes e à sua análise crítica, sendo a doutrina considerada secundária. Esta tese foi defendida por Guilherme Braga da Cruz²², que afirmou que “...as revistas lançadas nesse período ...enfermam

²⁰ ABREU, 1968, 385-449.

²¹ Aos nossos leitores. In *O Direito: revista de jurisprudência e legislação*. Lisboa, 1868, n.º 1, 1.

²² CRUZ, 1975, 31.

do vício endêmico de encher colunas com diplomas legislativos e com sentenças dos tribunais, à míngua de colaboração doutrinária suficiente para aguentar a respectiva publicação regular”.

A introdução de uma secção designada Secção Doutrinária teve lugar apenas no n.º 55, respeitante ao ano de 1923. No entanto, não sendo a publicação de doutrina, de início, considerada uma prioridade para os responsáveis de *O Direito*, é certo que se publicaram sempre artigos doutrinários, da autoria de juristas de renome, alguns professores de Direito, mas “...nunca se prendendo os seus autores com investigações doutrinárias, que não calhavam, realmente, com a índole da Revista”²³.

Com a publicação de jurisprudência, *O Direito* pretendia abrir caminho para a reflexão sobre a verdade das teorias, para a sua análise e, daí para a formação de novas ideias. Marcelo Caetano considerava que “...a Revista deverá sobretudo ser o repositório dos casos seleccionados, um órgão de crítica e elaboração doutrinária: assim se tornará útil à cultura jurídica portuguesa”²⁴. Este Professor ressalta neste artigo a importância da função de uma revista jurídica; compete-lhe a seleção e anotação de “factos, a revisão das ideias que nortearam o juiz, a destruição do feiticismo do precedente, a verificação da verdade das teorias e a formação de novas, erguidas sobre o sólido alicerce da massa de factos e experiências submetida à decantação da crítica”.

A relevância da seleção e crítica de jurisprudência, correspondendo a papel ativo da revista, sobrepunha-se, para aquele Professor, à função passiva assumida pela secção de respostas a consultas. Esta secção, cujo desenvolvimento dependia da procura dos leitores e das questões que estes lhe colocassem, foi, no entanto, de uma importância primordial, pois contribuiu para a fidelização de inúmeros leitores e para a sua acentuada divulgação e procura no meio jurídico e fora deste. Refletia, também, o carácter de aplicação à prática pretendido e enunciado pelos seus responsáveis. Com início no primeiro número de *O Direito*, foi anunciada no respetivo editorial: “As nossas columnas ficam abertas a todas as consultas de empregados ou particulares, nas diferentes secções do jornal. Serão prontamente respondidas”; deixou de fazer parte da estrutura da revista em 1925.

Sob a responsabilidade de Alexandre Seabra²⁵, iniciou-se, no Ano 9.º, uma secção destinada especificamente a consultas sobre o Código de Processo Civil; esta iniciativa reforçou amplamente o cumprimento do objetivo inicialmente assumido de esclarecimento e divulgação das questões jurisprudenciais.

O primeiro número de cada ano passou a incluir no seu Editorial, uma análise do ano jurídico anterior, da responsabilidade do Diretor. Era aqui, anualmente, posta à prova a capacidade de síntese e de análise dos Diretores, que informavam

²³ ABREU, 1968, 387.

²⁴ CAETANO, 1933, 37.

²⁵ Alexandre Ferreira de Seabra, 1818-?, autor do Projecto de Código de Processo Civil Português, terminado em 1869, foi advogado, jurista e presidente da Câmara de Anadia.

os leitores sobre os recentes desenvolvimentos do Direito e sobre a atualidade jurídica nacional.

Da mesma forma, a secção que dava início a cada número de *O Direito* e a que se deu a designação, ora de *Editorial* ora de *Introdução*, possuía também uma finalidade informativa e assumia o papel de elo de comunicação com os leitores a propósito de assuntos diversos – justificar qualquer interrupção na publicação da revista, informar os leitores sobre o falecimento de algum dos seus colaboradores, ou sobre qualquer outro dado ou acontecimento de relevância. É o caso, além do referido primeiro número, referente ao ano de 1868, do número 100, comemorativo do centenário da revista, publicado em 1968, em que no seu editorial, a que é dado o título *No ano do Centenário*, é feito pequeno historial da vida deste periódico. Mais tarde, o número referente aos anos 106.º a 119.º, que abrangeram o período compreendido entre 1974 e 1987, publicado após uma interrupção de doze anos, justificava no editorial intitulado *Ressurgimento de O Direito* as razões dessa interrupção e as futuras linhas editoriais. É de realçar, também, a homenagem prestada nesta secção da revista a João Tello de Magalhães Colaço²⁶, seu ilustre colaborador, por ocasião da sua morte. Atualmente, a partir da reformulação ocorrida no número referente aos anos de 2002-2003, parte relevante deste editorial é reproduzida no verso da capa de todos os fascículos referentes ao mesmo ano.

Com o objetivo de divulgar factos relevantes da vida jurídica nacional e documentos importantes para a atividade jurídica, surgiu pela primeira vez no número 66.º, referente ao ano de 1934, uma secção intitulada *Factos e Documentos*. Nela se incluíam documentos importantes, desde circulares da administração pública, pareceres da Procuradoria-Geral da República, notícias e outros que pela sua envergadura constituíam matéria de discussão e análise.

Relendo O Direito foi uma secção criada no primeiro número publicado após a interrupção ocorrida em 1974, era então Diretor o Professor Inocêncio Galvão Telles²⁷. O seu objetivo consistia em destacar e divulgar aos leitores trabalhos publicados em números anteriores, considerados pela direção como artigos relevantes para o meio jurídico e que porventura tivessem contribuído para o desenvolvimento do Direito e para o renome da revista. Destacam-se os primeiros artigos

²⁶ João Maria Telo de Magalhães Colaço, 1893-1931, professor de Direito Administrativo, primeiro na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e mais tarde na Faculdade de Direito de Lisboa, foi um académico reputado, autor de vasta obra de grande relevância para o Direito Administrativo.

²⁷ Inocêncio Galvão Telles (1917-2010), foi advogado, Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa e juriconsulto; Procurador à Câmara Corporativa, Ministro da Educação Nacional, de 1962 a 1968, foi colaborador assíduo de *O Direito*, tendo sido seu diretor de 1968 até à data de sua morte; foi também autor de extensa e notável bibliografia.

publicados nesta secção, estudos de Marcelo Caetano e de Paulo Cunha²⁸, antigos professores da Faculdade de Direito, falecidos durante o período de interrupção da revista, o que, de certa forma, constituiu uma homenagem a estes colaboradores. Na rubrica *Factos e Documentos* do referido número de relançamento foram também publicados dois artigos de homenagem a Marcelo Caetano e a Paulo Cunha, da autoria de André Gonçalves Pereira e Inocêncio Galvão Telles, respetivamente²⁹.

Também a secção intitulada *Questões Práticas da Administração Local*, criada no ano 79.º, se revelou de grande interesse e nela se publicaram estudos de Marcelo Caetano e de José Filipe Rebordão; após a morte deste, em 1949, que fora seu assíduo colaborador, esta secção deixou de figurar na revista.

Questões Coloniais é o título de uma nova secção, surgida no ano 80.º³⁰ e publicada apenas no primeiro fascículo desse ano. Nela se trataram, conforme a designação, matérias de Direito colonial, nomeadamente um parecer do Conselho do Império Colonial, relativo ao Empréstimo à Colónia de Moçambique, da autoria de José Bacelar Bebiano, um Despacho do Ministro das Colónias proferido sobre esse parecer e um Acórdão do Conselho Superior de Disciplina das Colónias, de 3 de Dezembro de 1947.

Mais recentemente, no início em 2007, assinala-se a publicação de uma série monográfica ligada à revista *O Direito*, designada por *Cadernos O Direito*, de características temáticas e de participação coletiva. Na Apresentação do primeiro número, refere-se que: “Os *Cadernos O Direito* visam um espaço novo de literatura jurídica portuguesa. Irão reunir escritos de qualidade que, pelas suas dimensões ou pela conveniência de agrupamentos temáticos, não se coadunem com a inserção nos números comuns da revista”. É igualmente referida a continuidade da linha editorial seguida³¹.

²⁸ CAETANO, Marcelo – O problema do método no Direito Administrativo português. *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública*. Lisboa, Ano 106.º, 1974/1987, 479-512, inicialmente publicado em *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública*. Lisboa, Ano 80.º, 1948, n.ºs 1,2; CUNHA, Paulo – Do Código Civil: (meditações sobre a lei mais importante do país). *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública*. Lisboa, Ano 106.º, 1974/1987, 513-522, inicialmente publicado em *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública*. Lisboa, Ano 98.º, 1966, 313 e ss. e Ano 99.º, 1967, 8 e ss.

²⁹ PEREIRA, André Gonçalves – Homenagem ao Professor Marcelo Caetano: palavras proferidas por André Gonçalves Pereira. In *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública*. Lisboa, Anos 109.º-122.º, 1974-1987, 463-467; TELLES, Inocêncio Galvão – Homenagem ao Professor Paulo Cunha: palavras proferidas por Inocêncio Galvão Telles. In *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública*. Lisboa, Anos 109.º-122.º, 1974-1987, 469-467.

³⁰ *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública*. Lisboa, Ano 80.º, 1948.

³¹ Destacam-se os seguintes números de *Cadernos de O Direito*, publicados entre 2007 e 2010: *Cadernos O Direito: Temas de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, n.º 1, 2007; *Cadernos O Direito: Contratos públicos*. Coimbra: Almedina, n.º 2, 2007; *Cadernos O Direito: Temas de direito da energia*. Coimbra: Almedina, n.º 3, 2008; *Cadernos O Direito: Temas de direito comercial*. Coimbra: Almedina, n.º 4, 2009; *Cadernos O Direito: O Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, n.º 5, 2010.

Diretores e colaboradores. Propriedade da revista

Foram diretores da revista, desde o seu número inaugural, em 1868, o já mencionado José Luciano de Castro, um dos fundadores, ao qual se seguiu o Visconde de Carnaxide (António Baptista de Sousa)³², Fernando Martins de Carvalho³³, Marcelo Caetano e, a partir de 1969, Inocêncio Galvão Telles³⁴. São, atualmente, diretores-adjuntos António Menezes Cordeiro, Jorge Miranda e Mário Bigotte Chorão, os dois primeiros professores catedráticos da Faculdade de Direito de Lisboa e o último da Universidade Católica. Aos primeiros diretores competia não só apresentar e publicar em Editorial, no início de cada ano, a análise do ano jurídico anterior, como também coordenar os conteúdos, selecionar os colaboradores e garantir a continuidade da publicação da revista, mantendo, em simultâneo, a linha de intenções inicialmente traçada.

Os fundadores de *O Direito*, José Luciano de Castro e António Alves da Fonseca, foram também os primeiros proprietários; pertenceu-lhes a autoria de alguns artigos, embora, na sua maioria e nos primeiros números, estes fossem anónimos³⁵. Referindo-se a José Luciano de Castro, Luís Bigotte Chorão (2002), no seu já mencionado estudo sobre o periodismo jurídico do século XIX, comenta: “...a circunstância de um grande número de colaborações não ser assinada impossibilita a identificação dos seus autores, designadamente para apreciarmos, o que seria do maior interesse, os textos publicados no jornal redigidos por José Luciano de Castro”.

António Baptista de Sousa, Visconde de Carnaxide, foi o segundo diretor, após a morte de José Luciano de Castro, em 1914. Assíduo colaborador, destacam-se os editoriais de sua autoria, análises relevantes da vida jurídica nacional, bem como a renovação do corpo redatorial da Revista, que incluiu durante a sua vigência os nomes mais conceituados do Direito nacional.

Foi, em parte, devido ao prestígio destes colaboradores, cujos nomes mudaram ao longo dos anos, que foi possível a *O Direito* impor-se rapidamente no meio

³² António Baptista de Sousa, Visconde de Carnaxide, 1848-1935, advogado, jurisconsulto e escritor, foi o segundo diretor da revista, de 1914 até à data da sua morte.

³³ Fernando Martins de Carvalho, 1872-1947, sucedeu ao Visconde de Carnaxide na direção da revista, jurisconsulto, académico e político.

³⁴ Em 26 de Fevereiro de 2010, faleceu Inocêncio Galvão Telles, tendo sido substituído nas funções de direção da revista por Jorge Miranda, professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa.

³⁵ Veja-se a propósito do anonimato no jornalismo, o artigo “anónimo”, intitulado *Legal Journalism*, publicado em “número histórico” da revista *The Western Jurist*, referente ao Ano de 1874, em que o autor apresenta as vantagens do jornalismo jurídico anónimo, argumentando que ao leitor deve ser dada a liberdade de formar a sua opinião de forma isenta e sem qualquer influência do nome do autor. No mundo da ciência em geral, verificamos que também as revistas científicas optaram nos seus primeiros números pelo anonimato dos artigos, pela convicção de que a ciência se fazia desta forma, através da participação de todos.

jurídico e aí permanecer, mantendo a credibilidade necessária à sua continuidade. Destacam-se, entre aqueles, nos primeiros anos da sua publicação, nomes como o de Alexandre Seabra, autor do Projeto do Código do Processo Civil Português e que tratou sobretudo temas de Direito civil e Processo civil, Emygdio Navarro³⁶, Veiga Beirão³⁷, Barbosa de Magalhães³⁸ e Paulo Cancellata de Abreu.³⁹ De facto, são colaboradores como estes, a par da influência exercida pelos seus trabalhos, que trazem à revista a constante renovação e prestígio que a caracterizam. Recentemente, o número 134-135, de 2002-2003, no editorial, referia também o carácter ilustre dos colaboradores de *O Direito*: “...o *Direito* deu voz, ao longo dos últimos 136 anos a juristas de formações distintas: todos ilustres. A sua preservação constitui, só por si, um dado fundamental”.

Após a morte do Visconde de Carnaxide, segundo Diretor de *O Direito*, em 1935, foi o jurisconsulto e advogado, Fernando Martins de Carvalho⁴⁰ quem o substituiu na direção. Durante este período, são assinaláveis os seus estudos sobre Direito das sociedades, assim como os novos colaboradores provenientes do corpo docente da Faculdade de Direito de Lisboa, que dão seguimento à interligação previamente iniciada entre aquelas duas instituições. Entre estes, destacam-se os nomes de Paulo Cunha⁴¹, autor de artigos doutrinários e crónicas legislativas, Cavaleiro Ferreira⁴², Luís Pinto Coelho⁴³, entre outros.

³⁶ Emygdio Júlio Navarro, 1844-1905, advogado, político e jornalista, foi também deputado e Ministro das Obras Públicas.

³⁷ Francisco António da Veiga Beirão, 1841-1916, jurisconsulto e político, foi professor, deputado e Par do Reino; foi Ministro da Justiça e Ministro dos Negócios Estrangeiros e Presidente do Conselho de Ministros; foi autor do projeto do Código Comercial de 1888 e de um projeto sobre a organização judiciária, não aprovado por razões políticas e que previa a criação da Ordem dos Advogados.

³⁸ José Maria Vilhena Barbosa de Magalhães, 1878-1959, jurisconsulto e político, foi professor da Faculdade de Direito de Lisboa entre 1914 e 1941, Bastonário da Ordem dos advogados, deputado, Ministro da Justiça, da Instrução Pública e dos Negócios Estrangeiros; é autor de vasta bibliografia.

³⁹ Paulo Cancellata de Abreu, 1885-?, advogado, publicista e político, foi também deputado; colaborador de *O Direito*, foi também seu co-proprietário, editor e redator.

⁴⁰ Fernando Martins de Carvalho, 1872-1947, jurisconsulto e político, licenciou-se na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, exerceu a advocacia, foi deputado e Ministro da Fazenda; depois de um período no Brasil, regressou a Portugal, onde exerceu o cargo de bastonário da Ordem dos Advogados. Foi diretor de *O Direito* a partir de 1935 e *Doutor Honoris Causa* pela Universidade de Coimbra.

⁴¹ Paulo Cunha, 1908- 1986, advogado e Professor Catedrático de Direito Público na Faculdade de Direito de Lisboa, foi Ministro dos Negócios Estrangeiros e Reitor da Universidade de Lisboa

⁴² Manuel Gonçalves Cavaleiro Ferreira, 1911-1992, Professor Catedrático na Faculdade de Direito de Lisboa e na Universidade Católica, destacou-se no ensino do Direito penal, foi Procurador da República e Ministro da Justiça

⁴³ Luís da Camara Pinto Coelho, 1912-1995, Advogado, Professor Catedrático na Faculdade de Direito de Lisboa, embaixador de Portugal em Madrid.

Marcelo Caetano iniciou a colaboração na revista em 1931, quatro anos após ter terminado o curso de Direito com elevada classificação. A partir de 1933, foi integrado na Comissão de Redação tendo passado a colaborar assiduamente em todas as secções da revista. No entanto, o aspeto mais relevante desta colaboração consistiu nos artigos doutrinários sobre Direito administrativo e Direito corporativo e em inúmeras anotações a acórdãos, as quais contribuíram para manter o cariz prático do periódico.

A atividade de Marcelo Caetano na Comissão de Redação foi considerada de enorme relevância para a vida da revista e caracterizou-se por uma acentuada produção científica jurídica e por uma nova dinâmica que lhe conferiu; em artigo publicado no ano de início da sua colaboração na referida Comissão de Redação, intitulado *A cultura jurídica em Portugal e a função de O Direito*⁴⁴, este professor definiu as linhas orientadoras da revista, face à realidade da cultura jurídica portuguesa. Os novos colaboradores, surgidos a partir do ano 65.º, em que *O Direito* sofreu considerável incremento, passaram novamente a ser recrutados maioritariamente na Faculdade de Direito de Lisboa, por influência daquele. Retomou-se ou acentuou-se a ligação anteriormente estabelecida entre as duas instituições, principalmente através da publicação dos artigos doutrinários de Marcelo Caetano.

Em 1947, após a morte de Martins de Carvalho, Marcelo Caetano assumiu o lugar de Diretor da revista *O Direito*. Nesta data, foi alterada a periodicidade de mensal para trimestral, alteração que foi acompanhada de remodelação, quer em termos do formato, quer dos colaboradores, quer ainda dos seus rumos. Foi também nesta data, conforme referimos já, que o título, inalterado ao longo de toda a vida editorial da revista, sofreu uma mudança apenas no subtítulo, passando a designar-se “*Revista de ciências jurídicas e de administração pública*”.

Dos novos colaboradores, destacam-se Inocêncio Galvão Telles, a partir do 85.º ano, colaboração apenas interrompida quando este foi chamado a ocupar a pasta da Educação, em 1960. Eridano de Abreu destaca-se igualmente entre os colaboradores deste período. Em 1969, no Ano 101 de *O Direito*, foi Inocêncio Galvão Telles investido no cargo de diretor, por motivo da indigitação de Marcelo Caetano para Presidente do Conselho.

Após a interrupção ocorrida durante o período revolucionário iniciado em Abril de 1974, que durou catorze anos, a publicação de *O Direito* retomou a normalidade, tendo sido convidado para continuar na direção um dos seus colaboradores mais ilustres e assíduos – o Professor Inocêncio Galvão Telles; segundo este: “*O Direito havia conquistado um lugar muito próprio no conjunto das nossas publicações periódicas de carácter jurídico e cabe-lhe retomar esse espaço, para que não permaneça vazio*” (Telles, 1974/1987, Anos 106-119, 6).

⁴⁴ CAETANO (1933).

A estreita ligação que se foi estabelecendo entre a Faculdade de Direito de Lisboa e *O Direito*, acentuadamente reforçada a partir da direção de Marcelo Caetano, manteve-se até aos dias de hoje, não só através da atual direção, mas também de muitos dos colaboradores habituais, docentes daquela instituição. Esta opinião é igualmente expressa por Guilherme Braga da Cruz, no já referido trabalho sobre o periodismo jurídico do século XIX, inserido na publicação comemorativa do centenário da Revista de Legislação e de Jurisprudência: "...*O Direito ficou sempre mais ou menos ligado, na sua orientação doutrinal e na sua mais valiosa colaboração, ao professorado daquela Faculdade*" (Cruz, 1975, 26).

Esta ligação, acompanhada pela preocupação da atual direção em assegurar a continuidade da revista, no reconhecimento de que esta constitui uma instituição jurídica nacional com mais de cem anos, de reconhecida reputação, levou recentemente à assinatura de um acordo entre os seus atuais responsáveis, segundo o qual a revista será transmitida aos herdeiros dos atuais proprietários após o seu falecimento, os quais, por sua vez, acordaram doá-la, posteriormente, à Faculdade de Direito de Lisboa; em resultado deste acordo, esta instituição será a futura proprietária da revista *O Direito*, encontrando-se o seu arquivo atualmente à guarda daquela.

Divulgação externa: periodicidade e tiragem; registo bibliográfico em catálogos de bibliotecas; *O Direito* na *Web*

A análise da periodicidade e tiragem da revista contribuiu para o conhecimento do seu nível de divulgação editorial direta e externa. Do mesmo modo, a sua existência em bibliotecas nacionais e estrangeiras, comprovada através dos respetivos registos bibliográficos em catálogos *Web*, revelou-nos também o alcance da difusão de *O Direito*.

De início, a periodicidade de *O Direito* foi semanal, tendo passado a quinzenal e posteriormente a mensal no Ano 63.º; mais tarde, em 1947, isto é, no seu 79.º ano, a revista passou a publicar-se trimestralmente; esta alteração da periodicidade foi acompanhada de uma remodelação, quer em termos de formato, quer dos colaboradores, quer ainda dos seus rumos.

Atualmente, são editados cinco números da revista por ano, com uma tiragem de 500 exemplares.

É de salientar que todas as alterações ocorridas na periodicidade foram sempre anunciadas previamente e totalmente cumpridas pelos responsáveis.

A revista *O Direito* consta das coleções de periódicos da maior parte das bibliotecas jurídicas nacionais, estando disponível o registo bibliográfico nos respetivos catálogos, pesquisáveis através dos respetivos *sites Web*; no entanto, nem sempre se verifica a existência nestas bibliotecas da coleção completa, a qual compreende,

devido à elevada antiguidade, um número considerável de fascículos – até à data, são cerca de 2 780 os fascículos publicados de *O Direito*.

Igualmente, através da consulta dos respetivos catálogos e sua divulgação na *Web*, verificamos que esta revista existe em grande número de bibliotecas estrangeiras⁴⁵.

O Direito encontra-se atualmente acessível na *Web*, no endereço da sua atual editora e distribuidora, a Almedina⁴⁶; estão disponíveis, neste endereço, o texto integral dos editoriais e os índices correspondentes a todos os fascículos publicados a partir dos anos 134.º e 135.º, referentes a 2002–2003, bem como a respetiva ficha técnica.

Editores e distribuidores

A sede inicial da redação da revista situava-se em Lisboa, conforme já referimos, mais concretamente na Rua Nova do Almada, n.º 24, 2.º, correspondendo esta morada ao escritório de um dos seus fundadores – Alves da Fonseca. Os primeiros números foram compostos e impressos na Tipografia Lisbonense, no Largo de S. Roque, n.º 7 e distribuídos na loja de José Martins Lavado, na Rua Nova do Almada, 68.

Atualmente, é a Almedina, editora jurídica sediada em Coimbra, a responsável pela edição e distribuição de *O Direito*. Constam da ficha técnica os dados referentes à execução gráfica, da competência da Gráfica de Coimbra, os números de Depósito Legal 229122/05 e de inscrição no ICS 124475. O ISSN e ISBN constam do verso da capa como compete.

É de salientar que a atual sede da redação da revista está localizada na Faculdade de Direito de Lisboa, o que constitui mais um elemento da ligação referida existente entre estas duas instituições.

Sequência de publicação

O Direito foi publicado sem interrupções durante os cem primeiros anos da sua vida editorial, isto é, entre 1868 e 1968, publicaram-se todos os números

⁴⁵ Da pesquisa efetuada e confirmada em Julho de 2009, mencionamos, a título de exemplo, a existência deste título nas seguintes bibliotecas e catálogos coletivos estrangeiros: Biblioteca do Congresso, Biblioteca do Institute of Advanced Legal Studies, Biblioteca do Departamento de Direito Público da Universidade de Pisa, Biblioteca delle Università di Bologna, Staatsbibliothek de Berlin, bibliotecas do Max Planck Institute, de Heidelberg, Hamburg e Frankfurt, biblioteca da Freie Universität de Berlim, Staats und Universitätsbibliothek de Hamburg, Universitätsbibliothek de Osnabrück, CRUE, Catálogo Coletivo de REBIUN, Cujas.

⁴⁶ <http://oDireito.almedina.net/>

referentes aos respetivos anos, o que constitui um exemplo notável no curso de vida de qualquer publicação periódica. De facto, grande parte dos periódicos sofre, durante os anos em que é publicada, interrupções várias e mudanças de rumo, determinadas por fatores diversos, que podem ser de carácter económico ou provocadas por simples alterações nos seus corpos diretivos e que conduzem, por vezes, a um final prematuro da sua existência. Estas interrupções são também devidas à inconstância e mutabilidade da sociedade e do meio em que se inserem. As revistas são documentos que comunicam de forma dinâmica com a sociedade a que se dirigem, refletindo a sua influência a nível das mutações e de condicionalismos diversos. Manter a continuidade e o prestígio de uma revista ao longo dos anos representa um esforço que merece reconhecimento e que deve constituir um fator positivo na sua avaliação.

A continuidade de *O Direito*, aliada à longevidade, foram devidamente assinaladas e comemoradas no já referido 100.º número pelos seus responsáveis e colaboradores, através da edição de vários números especiais – além dos quatro números referentes ao 100.º ano, foi também editada uma Antologia em dois volumes⁴⁷. Tornada possível graças ao apoio financeiro do Instituto de Alta Cultura⁴⁸, esta Antologia reuniu setenta e cinco artigos, selecionados com base no seu interesse histórico ou doutrinário, da autoria de cada um dos colaboradores que acompanharam *O Direito* até àquela data; no último número comemorativo do centésimo ano foi publicado um artigo especial, da autoria de Eridano de Abreu, advogado pertencente à Comissão de Redação, que compilou dados relevantes sobre os últimos cinquenta anos da história da revista⁴⁹; a história dos primeiros cinquenta anos, embora prometida, nunca chegou a ser publicada, devido ao facto, posteriormente justificado, de o seu autor, à data Diretor da revista, o Professor Marcelo Caetano, ter sido chamado a exercer as funções de Presidente do Conselho de Portugal, situação que já foi referida anteriormente.

A primeira e única interrupção na sequência da publicação de *O Direito* ocorreu entre 1974 e 1987⁵⁰, durante os anos conturbados para a sociedade portuguesa do chamado *período revolucionário de Abril*; reiniciada a edição da revista em 1988,

⁴⁷ *O Direito*: revista de jurisprudência e legislação (1868-1968): Antologia de estudos jurídicos publicados nas suas páginas. Lisboa: s.l., 1968. vol. 1: (1868-1919); vol. 2: (1919-1943).

⁴⁸ O Instituto de Alta Cultura foi uma instituição do Estado Novo, que funcionou entre 1952 e 1976, responsável pela política cultural portuguesa e de investigação científica e pela divulgação da língua e cultura portuguesas no estrangeiro; sucedeu à Junta de Investigação Nacional, (1929-1936) e ao Instituto para a Alta Cultura, (1936-1952), que possuíam as mesmas atribuições.

⁴⁹ ABREU, 1968, p. 385-449

⁵⁰ Consideramos interrupção, o período de treze anos em que não foi publicado qualquer número de *O Direito*; ao longo da vida deste periódico, registaram-se, no entanto, alguns atrasos na sua publicação, embora pouco significativos e sempre retomados.

com um volume que correspondeu aos anos desta interrupção, mantiveram-se inalterados, quer a periodicidade trimestral anterior, quer o nome do seu Diretor. Num texto publicado como editorial, designado por *Ressurgimento de O Direito*, Inocêncio Galvão Telles, já então seu Diretor, apresentou uma resenha da sequência editorial da revista e dos factos que a acompanharam, regozijando-se pelo restabelecimento da normalidade da publicação: “*Ainda bem que assim acontece, pois seria forte lástima que empreendimento de tão grande projecção científica e interesse profissional e de tão vasta tradição ...se perdesse irremediável e definitivamente, deixando de vez mais pobre o universo jurídico português*”⁵¹.

São estas características de continuidade e longevidade, aliadas ao prestígio dos seus colaboradores, que justificam a relevância desta revista no ambiente jurídico nacional como fonte para a história do Direito português.

Contexto histórico: períodos de vida de *O Direito*

A fim de procedermos à contextualização de *O Direito* nos diversos períodos da história e da sociedade portuguesas, que nos permitirá melhor caracterizar esta revista jurídica, tivemos em conta determinados acontecimentos que podem ter contribuído para influenciar o seu desenvolvimento, a produção científica nela publicada e a articulação com o ambiente jurídico nacional.

São os seguintes os períodos em que, a partir do primeiro ano de publicação de *O Direito*, optámos por dividir a história desta revista:

- ***O Direito da Monarquia (1868-1910)***

O período que decorreu entre o primeiro ano da publicação de *O Direito* e o ano da instauração da República, (1868-1910), que designámos por *O Direito da Monarquia*, coincide com o final da monarquia constitucional e o começo da primeira República, é um período de grandes agitações políticas e sociais; *O Direito* publicado durante estes anos distingue-se pelo cabal cumprimento dos objetivos de carácter prático que lhe foram conferidos pelos fundadores e do papel que lhe foi inicialmente destinado, de *revista de jurisprudência, redigida por práticos e para os práticos*⁵².

⁵¹ TELLES, 1974/1987, Anos 106-119, 6.

⁵² Várias foram as referências feitas, ao longo dos anos, ao objetivo essencialmente prático de *O Direito*, algumas das quais citadas neste estudo, como a própria definição dos seus objetivos iniciais; destacamos, no entanto, a este propósito, Eridano de Abreu, em *O Direito*, Ano 100.º,

No âmbito da atividade jurídica, caracterizou-se por ser um período de grande criatividade, intensa elaboração legislativa e de codificação do Direito. Data deste período a publicação das primeiras revistas jurídicas portuguesas⁵³, do primeiro código civil português, o já referido Código de Seabra (1867), do primeiro código comercial (1833), conhecido por Código Ferreira Borges por ter sido este jurista um dos seus principais autores e do primeiro código penal (1852).

O Direito não possui ainda, neste período, a visão académica que caracterizou mais tarde as suas edições; é objeto de uma intervenção jurídica não universitária, composta essencialmente por políticos e advogados.

• O Direito da primeira República (1910-1926)

É este antes de mais um período híbrido, que contém muitas das características da primeira fase e que possui, em simultâneo, alguns aspetos novos. Continua a caracterizar-se por grandes convulsões sociais e políticas e por uma grande produção legislativa. É *O Direito* do Visconde de Carnaxide, personagem que marcou de forma significativa a revista e que foi seu diretor de 1914, data em que sucedeu ao fundador José Luciano de Castro, a 1935, data da sua morte e em que foi substituído por Fernando Martins de Carvalho. Eridano de Abreu destaca os artigos do Visconde de Carnaxide, com que este iniciava cada ano da revista, que qualifica como análises relevantes dos factos da vida jurídica e política, ocorridos no ano anterior e que são hoje importantes fontes para o estudo do Direito nacional e da sociedade portuguesa, (Abreu, 1968, 396). Durante este período, *O Direito* efetua uma viragem para novos temas e dá início à colaboração com a

1968, 386-387: “o carácter predominantemente prático que sempre teve em vista, sem contudo esquecer a utilidade que aos práticos advém do conhecimento da teoria” e , também, a referência feita em No ano do centenário, em *O Direito*, Ano 100.º, 1968, 3, “Pode dizer-se que *O Direito* nasceu como revista de advogados e, em grande parte, por eles tem sido colaborado”.

⁵³ Além das três primeiras revistas jurídicas portuguesas publicadas em 1835, 1836 e 1841, respetivamente *Annaes da Sociedade Jurídica*, *Revista Jurídica* e *Gazeta dos Tribunaes*, publicaram-se os seguintes títulos jurídicos durante o período decorrido entre 1868 e 1910: *O Direito* (1868), *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (1868), *Jornal de Legislação* (1868), *Gazeta da Associação dos Advogados de Lisboa* (1873), *Revista de Jurisprudência Geral e Legislação* (1879), *Boletim do Foro Portuguez* (1885), *Revista do Foro Portuguez* (1885), *O Mundo Legal e Judiciário* (1886), *Gazeta dos Tribunaes Administrativos* (1887), *Gazeta da Relação de Lisboa* (1885), *A Jurisprudência dos Tribunaes em Ultima Instância* (1892), *Annaes do Notariado Portuguez* (1893), *Do Notariado* (1894), *Revista de Direito e Jurisprudência* (1898), *Revista do Foro Portuguez* (1899), *Estudos Jurídicos* (1903), *Gazeta de Direito Administrativo* (1903), *Archivo de Legislação* (1905), *Revista de Direito* (1905), *Consultor Jurídico*. Lisboa (1907), *Revista Judicial*. Lisboa (1908), *A Justiça* (1909), *Boletim da Relação do Porto*. Porto (1910).

academia, que mais tarde vem a constituir uma das suas características mais marcantes. Impulsionada por Magalhães Collaço, esta colaboração, segundo Eridano de Abreu, não lhe retirou, no entanto, a feição prática que constava dos objetivos iniciais e que acompanhou a revista ao longo dos anos, “*Os homens do foro haviam sido os grandes obreiros da revista e, não obstante terem passado a colaborar nela eminentes professores de Direito, nunca perdeu a sua feição prática, mesmo quando foi fortemente influenciada por Magalhães Collaço ou mesmo quando passou a ser dirigida, mais tarde, pelo Professor Marcelo Caetano ...*” (Abreu, 1968, 386).

É de salientar, no entanto, que a estreita colaboração existente entre a revista *O Direito* e o corpo docente da Faculdade de Direito de Lisboa, que aliás ainda hoje se mantém, teve início logo nos anos que se seguiram à fundação da escola, no ano letivo de 1913-1914. No âmbito da referida colaboração, destaca-se a publicação na revista de resultados dos exames⁵⁴ e de alguns dados estatísticos⁵⁵ da Faculdade de Direito, bem como a reforma da Lei Orgânica das Faculdades de Direito⁵⁶.

É grande a variedade temática dos artigos publicados no período da primeira República – religião, Direito colonial, Direito da família, contratos, reforma penal, organização judiciária, Direito administrativo são alguns dos temas que, a par da jurisprudência e dos diplomas legislativos, encheram as páginas da revista.

No entanto, a entrada de Magalhães Collaço, em 1923, para a redação de *O Direito* é considerada por Eridano de Abreu como um acontecimento marcante definindo uma fase importante da vida deste periódico: “...*não admira, pois, que a Revista com a sua entrada houvesse criado uma alma nova*” (Abreu, 1968, 396). De facto, não foi só através dos artigos deste administrativista, do saber por eles transmitido e da sua orientação que *O Direito* sofreu um aumento de qualidade; este Professor foi também responsável por um acréscimo do número de colaboradores da revista, alguns nomes relevantes da literatura jurídica portuguesa⁵⁷.

• **O Direito do Estado Novo (1926-1974)**

O período designado por *O Direito da primeira República* deu lugar, em 1926 e por via do golpe militar ocorrido em 28 de Maio desse ano, ao período a que chamámos *O Direito do Estado Novo* e que coincidiu com este período da vida

⁵⁴ Ano 59.º, 211 e 258.

⁵⁵ Ano 59.º, 143 e 260.

⁵⁶ Ano 59.º, 206.

⁵⁷ Eridano de Abreu, na obra supra citada, refere os seguintes nomes, dos quais a maior parte pertencia ao corpo docente da FDL: José Tavares, Paulo Merêa, Armindo Monteiro, Lobo de Ávila, Martinho Nobre de Melo, Tavares de Carvalho, Pedro Pitta, José Osório, João Eloy, Carlos Zeferino Pinto Coelho, Júlio Martins, Manuel Rodrigues, Abranches Ferrão, Caetano Gonçalves.

política nacional. De cariz híbrido, tal como a fase anterior, pois conserva muitas das suas características a par de novos fatores, *O Direito do Estado Novo* é marcado pela colaboração intensa do professor Marcelo Caetano, iniciada em 1931⁵⁸, pela sua orientação enquanto diretor da revista, a partir do ano de 1947, e pelo aumento da colaboração do corpo docente da Faculdade de Direito de Lisboa, iniciada por Magalhães Collaço. Eridano de Abreu (1968, 422, 423) refere a abundância de artigos de Marcelo Caetano e o incontestável interesse jurídico dos seus artigos doutrinários e das anotações a jurisprudência. O período da revista caracterizado pela direção de Marcelo Caetano é considerado de renovação e melhoria, a nível da alteração do seu formato, da introdução de novos colaboradores e dos novos rumos que lhe foram atribuídos. São deste período os inícios de colaborações relevantes, como a de Inocêncio Galvão Telles e a de Adriano Moreira. Manifesta-se também aqui a ligação dos colaboradores de *O Direito* à vida política do país, a qual, na maioria das vezes, conduz à interrupção dessa colaboração⁵⁹.

Nesta fase, *O Direito* é considerado como um prolongamento da Revista da Faculdade de Direito, devido à intensa colaboração dos docentes da FDL na produção científica publicada naquele periódico. Por este facto e, tendo em conta a irregularidade na edição da Revista da Faculdade existente neste período, podemos afirmar que *O Direito* e a *RFDUL* se complementam no sistema de comunicação científica de âmbito jurídico da região de Lisboa.

- *O Direito da Democracia (1984-)*

O Direito do Estado Novo culminou em 1974 com a Revolução do 25 de Abril, que afastou Marcelo Caetano definitivamente da redação e da direção da revista. O novo período, iniciado em 1984 e que se prolonga até aos nossos dias, seguiu-se à única interrupção ocorrida na publicação da revista motivada pela Revolução de Abril de 1974; é também uma fase de grandes mutações, devido aos acontecimentos da sociedade portuguesa que podemos ver refletidos na temática dos artigos publicados. Inocêncio Galvão Telles⁶⁰ afirmou que “*todo o ordenamento jurídico, mormente no sector do direito público, sofreu como é natural, a forte influência das grandes*

⁵⁸ CAETANO, Marcelo – Competência contenciosa em matéria de contratos administrativos. *O Direito*, Ano 63.º, 1931, p. 194

⁵⁹ Assinala-se a interrupção da colaboração de Inocêncio Galvão Telles, em 1962, quando foi chamado para a pasta do Ministério da Educação Nacional, a interrupção de Adriano Moreira, em 1960, quando foi chamado para integrar o Governo e, em 1955, a de Marcelo Caetano, quando foi designado Ministro da Presidência do Conselho de Ministros de Portugal e, mais tarde, em 1969, para Presidente do Conselho.

⁶⁰ TELLES, 1974/1987, Anos 106-109, 9.

transformações operadas no plano constitucional, atravessando o Direito administrativo, muito em particular, uma fase de acentuado desenvolvimento” (Telles, 1974/1987, Anos 106–109, 9). Em abono desta afirmação, assinalamos a identificação, posteriormente apresentada neste trabalho⁶¹, das áreas temáticas mais vezes abordadas nos artigos analisados referentes aos últimos treze anos.

Durante este período, a revista tenta abrir-se novamente à advocacia continuando, no entanto, a ser a revista dos académicos, mas pretendendo regressar à sua origem de periódico jurídico generalista, preocupado em cumprir objetivos de servir a prática jurídica, através da publicação de jurisprudência e legislação críticas. É *O Direito da democracia*, a revista dos mestres de Lisboa, ligada à Faculdade de Direito, instituição à qual pertence a maior parte dos seus colaboradores. Revela preocupações em acompanhar os acontecimentos sociais e políticos recentes, através de crítica legislativa e jurisprudencial e de artigos doutrinários.

(*Continua*)

Bibliografia

- ABREU, Eridano de (1968) – Os últimos cinquenta anos da revista *O Direito*: alguns subsídios para a sua história. In *O Direito*, Ano 100.º, 1968.
- ALBUQUERQUE, Martim de (2002) – Nota prefacial in *Luís Bigotte Chorão – O periodismo jurídico português do século XIX: páginas de história da cultura nacional oitocentista*. Lisboa: INCM, 2002.
- BRIER, S. (1992) – A philosophy of science perspective: on the idea of a unifying information science. In Vakkari, P.; Cronin, B. – *Conceptions of library and information science*. London: Taylor Graham, 97–108.
- CAETANO, Marcelo (1933) – A cultura jurídica em Portugal e a função d’ *O Direito*. In *O Direito: Revista de Jurisprudência e de Legislação*. Lisboa: Ano 65.º, 1933, 34–37.
- CAETANO, Marcelo (1968) – *O Direito e a imprensa portuguesa*. In *O Direito*, Ano 100, 1968, n.º 2, 113–123.
- CHORÃO, Luís Bigotte (2002) – *O periodismo jurídico português do século XIX: páginas de história da cultura nacional oitocentista*. Prefácio de Martim de Albuquerque. Lisboa: INCM, 2002
- CHORÃO, Luís Bigotte (2009) – Periódicos jurídicos, da modernidade à pós-modernidade. In *Actas do III Encontro de Bibliotecas e Arquivos Jurídicos*. Lisboa: FDL, 2009, 49–62.
- CRUZ, Guilherme Braga da (1975) – *A Revista de Legislação e de Jurisprudência: esboço da sua história*. Coimbra: Coimbra Editora, 1975. Publicação Comemorativa do Centenário da Revista (1868–1968). Sep. de Rev. de Legislação e de Jurisprudência, Ano 101.º (1968–1969) ao Ano 107.º (1974–1975)

⁶¹ Veja-se a Tabela 38 – Distribuição dos trabalhos por áreas temáticas, incluída na II Parte, na Secção Linhas de investigação: orientação temática dos artigos.

- O Direito: revista de jurisprudência e legislação (1868-1968): Antologia de estudos jurídicos publicados nas suas páginas. Lisboa: s.l., 1968. vol. 1: (1868-1919); vol. 2: (1919-1943).
- GROSSI, Paolo (1987) – Página introdutiva. In *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Firenze, vol. 16, 1987, 1-5.
- GROVER, R.; GREER, R. C. (1991) – The cross-disciplinary imperative of LIS research. In McClure, C. R.; HERNON, P. – *Library and information science research: perspectives and strategies for improvement*. Norwood, New Jersey: Ablex, 1991, 101-113.
- Legal journalism (1874). In *The Western Jurist*, 8 1874, 215-217.
- LÓPEZ-CÓZAR, Emilio Delgado – La investigación en biblioteconomía y documentación. Gijón, Trea, 2002.
- MARCOS, Rui de Figueiredo (2003) – A fundação do Boletim da Faculdade de Direito e o periodismo jurídico em Coimbra. In *Boletim da Faculdade de Direito*, volume Comemorativo do 75.º tomo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- SHAPIRO, Fred (1992) – Origins of bibliometrics, citation indexing and citation analysis: the neglected legal literature. In *Journal of the American Society for Information Science*, June 1992, 43 (5), 337-339.
- SILVA, Armando Malheiro da; RIBEIRO, Fernanda – Das “ciências” documentais à ciência da informação: ensaio epistemológico para um novo modelo curricular. Porto: Edições Afrontamento, 2002.
- TELLES, Inocêncio Galvão (1974-1987) – Ressurgimento de O Direito. In *O Direito: revista de jurisprudência e legislação*. Lisboa:, 1974/1987, Anos 106-119, 5-9.



Breves notas sobre os artigos 678.º, 691.º, 721.º e 721.º-A do Código de Processo Civil*

MESTRE NUNO ANDRADE PISSARRA**

SUMÁRIO: I. Introdução. II. O artigo 691.º do Código de Processo Civil: A) Aspectos gerais; B) Artigo 691.º, n.º 3: impugnação ou apelação das decisões interlocutórias? C) Artigo 691.º, n.º 3: apelação não autónoma das decisões interlocutórias; D) Artigo 691.º, n.º 3: decisões interlocutórias impugnáveis e decisão final inapelável; E) Artigo 691.º, n.º 3: significado da expressão “no recurso que venha a ser interposto da decisão final ou do despacho previsto na alínea l) do n.º 2”): a) Impugnação com o recurso subordinado; b) Decisões interlocutórias insusceptíveis de apelação autónoma instrumentais de decisões interlocutórias susceptíveis de apelação autónoma; F) Artigo 691.º, n.º 3: decisões interlocutórias proferidas em incidentes ou em procedimentos cautelares; G) Artigo 691.º, n.º 3: decisões interlocutórias susceptíveis de apelação autónoma instrumentais de decisões interlocutórias insusceptíveis de apelação autónoma; H) Decisões interlocutórias (aparentemente) abrangidas pelo n.º 2 e pelo n.º 3 do artigo 691.º; I) Impugnação de decisões interlocutórias pela parte vencedora a final. III. Os artigos 721.º e 721.º-A do Código de Processo Civil: A) Aspectos gerais; B) Artigo 721.º, n.º 2: acórdão interlocutório recorrível e acórdão final irrecorrível. C) Artigo 721.º, n.º 3: decisões a que se reporta a dupla conforme e noção de dupla conforme. D) Relação entre os artigos 721.º, n.º 3, e 721.º-A, n.º 1, e o artigo 678.º, n.º 2. IV. O artigo 721.º-A, n.º 1, do Código de Processo Civil: A) Artigo 721.º-A, n.º 1, al. a); B) Artigo 721.º-A, n.º 1, al. b); C) Inconstitucionalidade do artigo 721.º-A, n.º 1

I. Introdução

1. O Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto, introduziu profundas alterações no regime dos recursos em processo civil. Os objectivos foram, diz-se no

* O presente estudo foi concluído no fim de Julho de 2011 e destinou-se aos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Espinosa Gomes da Silva.

** Advogado. Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa.

Preâmbulo, três: “simplificação, celeridade processual e racionalização do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, acentuando-se as suas funções de orientação e uniformização da jurisprudência”.

Em homenagem à simplificação e à celeridade acabou-se, no domínio dos recursos ordinários, com o agravo de 1.^a instância – que se dissolveu na apelação – e com o agravo de 2.^a instância – que foi integrado na revista – e, bem assim, consagrou-se a regra geral de impugnação das decisões interlocutórias com o recurso da decisão que põe termo ao processo.

Já a racionalização do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça esteve na base da alteração do valor das alçadas e da introdução da regra da dupla conforme.

Concomitantemente, foi alterado o teor dos artigos 691.º e 721.º do Código de Processo Civil e foi aditado o artigo 721.º-A¹. O artigo 678.º foi mais arrumado do que alterado.

2. É sobre algumas questões colocadas pela actual redacção dos artigos 678.º, 691.º, 721.º e 721.º-A do Código de Processo Civil que nos debruçaremos nas linhas seguintes.

Está fora do objectivo do presente artigo – e da nossa ciência – a discussão de todos os problemas por eles suscitados².

II. O artigo 691.º do Código de Processo Civil

A) *Aspectos gerais*

3. No quadro do artigo 691.º, a distinção fundamental a fazer é entre decisões que põem termo ao processo e decisões que não põem termo ao processo (interlocutórias ou intercalares).

Decisões que põem termo ao processo são decisões que *acabam totalmente* com a acção ou com a reconvenção³. Não acabam com a acção ou a reconvenção as decisões intercalares parcialmente condenatórias no pedido ou parcialmente absolutórias do pedido, nem as decisões intercalares parcialmente absolutórias da

¹ São do Código de Processo Civil os artigos referidos sem indicação da fonte.

² Alguns dos quais se encontram tratados nas obras gerais – todas de grande categoria – que têm sido publicadas em matéria de recursos no processo civil.

³ Não constitui decisão que põe termo ao processo o despacho do juiz que rejeita a reconvenção por desrespeito por alguma das alíneas do artigo 274.º, n.º 2. Não é despacho que acaba com a instância reconvençional, antes a impede de começar.

instância, porque um dos pedidos não pode, por exemplo, ser cumulado com outro (artigos 470.º e 31.º) ou porque um dos réus não pode estar coligado (artigo 31.º).

Não cabe distinguir entre decisões de mérito e decisões de forma. É por exemplo decisão que põe termo ao processo tanto a que, a final, condena no pedido como a que absolve totalmente da instância.

A todas estas decisões se aplica o artigo 691.º, n.º 1. Delas cabe apelação, que subirá nos próprios autos [artigo 691.º-A, n.º 1, al. a)] com efeito em princípio meramente devolutivo (artigo 692.º, n.º 1).

4. Às decisões interlocutórias aplica-se o artigo 691.º, n.ºs 2 a 4.

As decisões interlocutórias são todas as que são tomadas ao longo processo e não põem termo à instância.

Delas pode caber apelação autónoma ou não autónoma.

São apeláveis autonomamente, em primeiro lugar, as decisões interlocutórias referidas nas als. a) a m) do n.º 2 do artigo 691.º. Como é bom de ver, trata-se de decisões que tanto podem ser de mérito como de forma e tanto podem ser anteriores à decisão final como posteriores.

São apeláveis autonomamente, em segundo lugar, as decisões interlocutórias referidas no n.º 4 do artigo 691.º, mas só depois de transitada a decisão final.

E são-no ainda, de harmonia com o artigo 691.º, n.º 2, al. n), as decisões de que a lei prevê, especialmente, a possibilidade de contra elas recorrer autonomamente.

São apeláveis não autonomamente as demais decisões interlocutórias proferidas antes da decisão final, nos termos do artigo 691.º, n.º 3.

B) Artigo 691.º, n.º 3: impugnação ou apelação das decisões interlocutórias?

5. O artigo 691.º, n.º 3, refere-se a *impugnação* das restantes decisões interlocutórias *no recurso* que venha a ser interposto da decisão final ou do despacho previsto na al. l) do n.º 2. Diz-se que podem ser *impugnadas*, não que são *apeláveis*. Diz-se que podem ser impugnadas *no recurso* interposto da decisão final ou do despacho da al. l) do n.º 2, não que podem ser impugnadas *antes* desse recurso ou *no prazo* para ele.

Que alcance terão estes dizeres?

6. O Prof. Miguel Teixeira de Sousa, num dos primeiros textos sobre o novo regime dos recursos⁴, afirma ser de distinguir, por força do artigo 691.º, *apelação*

⁴ “Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 20, 2007, 5 e 6.

com subida *imediate* (a do n.º 2) de “apelação que só sobe em conjunto com o recurso que venha a ser interposto da decisão final” (a do n.º 3). Ou seja: tanto as decisões do n.º 2 como as do n.º 3 do artigo 691.º estariam sujeitas a apelação, só que a subida seria imediata naquele primeiro caso e diferida neste último.

Já o Desembargador Brites Lameiras, criticando este entendimento do Prof. Miguel Teixeira de Sousa, defende não poder falar-se de apelação com subida imediata ou apelação com subida diferida, pela razão de que “a generalidade das decisões interlocutórias são hoje insusceptíveis de recurso, e apenas podem – como diz a lei – *ser impugnadas no recurso que venha a ser interposto da decisão final*”. As decisões referidas no n.º 2 do artigo 691.º seriam (verdadeiramente) apeláveis, autónoma e imediatamente, ao passo que as do n.º 3 seriam meramente *impugnáveis*, mas irrecuráveis (ou inapeláveis). Estas “não merecem [recurso de apelação], se bem que se possam impugnar no recurso da decisão final, se o houver (artigo 691.º, n.º 3); certo que, se este não for interposto, nem impugnáveis tais decisões podem ser”⁵.

A restante doutrina, embora não chegue a afirmar a *irrecorribilidade* das decisões interlocutórias previstas no n.º 3 do artigo 691.º (por contraposição à mera *impugnabilidade*), tem entendido que a sua impugnação deve ser feita juntamente com a decisão final, vale dizer *no e com o* recurso interposto da decisão final⁶.

7. Do nosso ponto de vista, quando a lei diz que a decisões interlocutórias não referidas no n.º 2 do artigo 691.º podem ser impugnadas está a prescrever que são *recorríveis* – e que o são por via de *apelação*. Impugnar, no artigo 691.º,

⁵ *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, 83, 84, 95, 139 a 141 e 146, e “A marcha dos recursos ordinários”, em *As recentes reformas na acção executiva e nos recursos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 35, 36 e 51. A impugnação das decisões interlocutórias constituiria uma “figura híbrida”, que o Desembargador da Relação de Lisboa apelida de “sub-recurso”, porquanto, “reunindo algumas das características do recurso, não pode ser tido como tal, por lhe faltar a devida autonomia processual”.

⁶ V. JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 3.º, t. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 82 (referem-se a impugnação *no âmbito do recurso da decisão final*), AMÂNCIO FERREIRA, *Manual dos recursos em processo civil*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, 196, CARDONA FERREIRA, *Guia de recursos em processo civil*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 201 (refere-se a recurso *inserível no recurso da decisão final*), ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Recursos em processo civil. Reforma de 2007*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, 127 (fala de decisões *impugnáveis sem autonomia*), ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil. Novo regime*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 213 (refere-se igualmente a impugnação *no âmbito do recurso da decisão final*), e LUÍS CORREIA DE MENDONÇA e HENRIQUE ANTUNES, *Dos recursos (Regime do Decreto-Lei n.º 303/2007)*, Lisboa, Quid Juris, 2009, 228 (referem-se a *inimpugnabilidade autónoma imediata* e a *impugnação diferida e concentrada com o recurso interposto da decisão final ou em recurso único interposto depois do trânsito desta*).

n.º 3, é recorrer, é atacar a decisão junto de um tribunal superior, e é recorrer *antes do trânsito em julgado*, é impugnar por recurso ordinário – numa palavra, é *apelar*. Não quis a lei introduzir neste ponto qualquer meio atípico de impugnação das decisões judiciais (como resulta da inserção sistemática e epígrafe do artigo 691.º).

Isto tem, pelo menos, três corolários importantes.

Primeiro, se se trata de verdadeira apelação, as decisões interlocutórias em apreço, para serem impugnadas, têm de obedecer aos pressupostos gerais da apelação: a decisão tem de ser recorrível em função dos valores da alçada e da sucumbência (artigo 678.º, n.º 1); não pode tratar-se de decisão de que a lei vede recurso (*v.g.*, artigo 679.º); o recorrente tem de ter legitimidade e interesse em recorrer (artigo 680.º)⁷.

Segundo, se se trata de verdadeira apelação, deve o recorrente observar a forma de impugnação prevista no artigo 684.º-B, com as adaptações determinadas pelo artigo 691.º, n.º 3 (que veremos adiante), e nos artigos 685.º-A e 685.º-B.

Terceiro, a afirmação da irrecorribilidade das decisões interlocutórias referidas no artigo 691.º, n.º 3, pode trazer dificuldades para a interpretação e aplicação do artigo 668.º, n.º 4 (*ex vi* artigo 666.º, n.º 3). Diz este preceito que as nulidades prescritas pelo n.º 1, *als. b) a e)*, devem ser arguidas perante o tribunal *a quo* se a decisão não admitir recurso. Significaria isso que, perante uma decisão interlocutória desfavorável e nula, deveria o interessado arguir sempre a nulidade perante o tribunal que a proferiu? Sendo a decisão irrecorrível, a resposta só podia ser afirmativa, a não ser que se enveredasse por uma duvidosa interpretação extensiva do artigo 668.º, n.º 4, no sentido de vedar a arguição perante o tribunal *a quo* não só nos casos de a decisão ser recorrível (por recurso ordinário) como ainda nas hipóteses de ser por qualquer forma impugnável junto de tribunal superior.

Afirmando-se a apelação *tout court* das decisões interlocutórias em causa, a aplicação do artigo 668.º, n.º 4, não põe problemas: se a decisão for nula, deve a nulidade ser arguida, aquando da impugnação, perante o tribunal *ad quem*. É certo que a interpretação contrária traria a vantagem de facultar ao tribunal *a quo* a reparação imediata do vício e talvez com isso se pudesse evitar a inutilização de actos processuais posteriores. Mas isso afrontaria a razão pela qual a lei de 2007 optou por impor a impugnação da generalidade das decisões interlocutórias apenas a final (a celeridade processual, o evitar escolhos impugnatórios surgidos ao longo do processo), bem como introduziria uma artificial fragmentação da competência para conhecer dos vícios das decisões interlocutórias.

⁷ V. ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 213 e 217 ss., e BRITES LAMEIRAS, *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 139 ss., e “A marcha dos recursos ordinários”, 35, 36 e 51.

Enfim, impugnada a decisão interlocutória, terá também aplicação, quanto ao recurso delas interposto, o artigo 685.º-C e, se a impugnação se fundar na nulidade, o artigo 670.º.

Em suma, parece seguro dizer-se que as decisões interlocutórias referidas no artigo 691.º, n.º 3, são apeláveis.

C) *Artigo 691.º, n.º 3: apelação não autónoma das decisões interlocutórias*

8. Embora *apeláveis*, tais decisões *não são autonomamente* apeláveis. Devem sê-lo *no recurso* da decisão final ou do despacho previsto na al. l) do n.º 2 do artigo 691.º.

Isso significa que não vale, quanto a elas, a regra do artigo 685.º, n.º 1, segundo a qual o prazo para a interposição de recurso se conta a partir da notificação da decisão. Se a impugnação deve ter lugar *no recurso* de uma outra decisão, então o prazo só pode contar-se a partir da data da notificação desta outra decisão e há-de coincidir com o previsto pela lei para a sua impugnação.

Não há espaço, por conseguinte, para a interposição de apelação imediata e autónoma das decisões em apreço, com subida diferida, por muitas vantagens que isso trouxesse no plano da estabilidade da instância. O que a lei processual prevê no n.º 3 do artigo 691.º é, salvo melhor opinião, uma *apelação diferida (não autónoma) com subida imediata* (por oposição à apelação imediata com subida imediata das decisões interlocutórias do n.º 2 do artigo 691.º).⁸

Está então vedada a interposição de recurso *antes* do momento processual próprio para o fazer previsto no artigo 691.º, n.º 3º. Não vale neste domínio qualquer argumento tirado do facto de a lei dizer que as decisões *podem* ser impugnadas com a decisão final. O Código diz *podem* porque o recurso (e não o momento para recorrer) está na disponibilidade do vencido. A regra geral, convém não olvidar, é impugnar as interlocutórias a final, por mor da simplificação e celeridade processuais (v. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 303/2007).¹⁰

⁸ JOSÉ MIGUEL ALVES BRITO refere-se a *recorribilidade diferida* (“Notas soltas sobre a reforma do regime dos recursos em processo civil”, *Scientia Iuridica*, n.º 311, 2007, 528).

⁹ Ou, como diz o Dr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, é proibida a apresentação de “reclamação” ou de uma “declaração de reserva de futura impugnação” (“Do dualismo ao monismo – a eliminação dos recursos de agravo na reforma de 2007”, em *As recentes reformas na acção executiva e nos recursos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 315).

¹⁰ Se acaso for interposta apelação fora do momento processual devido, deve o juiz rejeitá-la, nos termos do artigo 685.º-C, n.º 2, al. a), por inadmissibilidade do recurso (sem prejuízo da ulterior impugnação com a decisão final). V. J. F. SALAZAR CASANOVA e NUNO SALAZAR CASANOVA, “Apontamentos sobre a reforma dos recursos (Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto)”, *ROA*, I, 2008, 84, e BRITES LAMEIRAS, *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 84,

9. A circunstância de a impugnação ter de ser feita *no recurso* da decisão final obriga, por outro lado, a uma interpretação cuidada do artigo 684.º-B.

Sem dúvida que este preceito se aplica, por isso que o recorrente deve indicar no próprio requerimento de interposição de recurso as decisões interlocutórias de que recorre¹¹, bem como apresentar as respectivas alegações e conclusões (artigos 685.º-A e 685.º-B).

Mas não está o recorrente adstrito a indicar a espécie, o efeito e o modo de subida do recurso, porque esses são os da apelação da decisão final; nem está obrigado a apresentar um requerimento de recurso e umas alegações de recurso (com conclusões) por cada decisão interlocutória impugnada¹², porque a impugnação é feita *no recurso* da decisão final, isto é, *no âmbito do recurso da decisão final*, e não *no prazo* para o recurso da decisão final. Basta-lhe, pois, individualizar de forma clara e expressa a decisão interlocutória *no requerimento*, nas *alegações* e nas *conclusões* do recurso de apelação da decisão final.

Enfim, o *modo de interposição* da apelação das decisões interlocutórias previsto no artigo 691.º, n.º 3, implica ainda que a taxa de justiça a pagar seja a reportada simplesmente à apelação da decisão final.

nota 86. Em sentido contrário, mas sem amparo na letra e espírito da lei, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de Fevereiro de 2011, proc. n.º 19641/09.4YIPRT.L1-6, acessível em <http://biblioteca.mj.pt>: foi admitido o recurso logo interposto na sequência da notificação da interlocutória, por se entender ser legítimo ao recorrente não querer aproveitar “a faculdade de impugnar o despacho apenas no recurso interposto da decisão final, concedida pelo n.º 3 do artigo 691.º do CPC”. O prazo para o fazer, dada a lacuna legal, seria de 15 dias, por aplicação analógica do artigo 691.º, n.º 5.

¹¹ Contra, BRITES LAMEIRAS, *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 85 e 86, para quem o recorrente não tem de fazer referência às decisões interlocutórias no requerimento de interposição do recurso. “Neste tipo de situações – que se elegem como de *regra geral* – a parte há-de interpor, normalmente, o seu recurso de apelação da decisão que põe termo ao processo, apresentando o requerimento acompanhado da alegação. Faz depois o levantamento das várias decisões interlocutórias, que foram sendo proferidas ao longo do processo, e que também quer ver reapreciadas no tribunal superior; e faz acrescentá-las na sua alegação, autonomizando-as nas respectivas conclusões”. Será nas alegações do recurso da decisão final, e também nas conclusões, que o recorrente “há-de manifestar o seu propósito impugnativo – que não recursivo – fundamentado”, através de “uma indicação clara, precisa e separada” das decisões impugnadas (p. 84).

¹² No sentido de que o apelante não pode apresentar requerimento de interposição de recurso autónomo no que toca às decisões interlocutórias do artigo 691.º, n.º 3, v. BRITES LAMEIRAS, *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 140.

D) Artigo 691.º, n.º 3: decisões interlocutórias impugnáveis e decisão final inapelável

10. Ao estatuir que as decisões interlocutórias podem ser impugnadas no recurso da decisão final ou do despacho referido na al. l) do n.º 2 do artigo 691.º, o Código põe a apelação daquelas decisões *na dependência* da apelação desta decisão final ou deste despacho. Pelo que, faltando esta, não é viável aquela. Pode a decisão final ser atacada independentemente da impugnação das interlocutórias, mas já parece inconcebível a impugnação destas a descoberto da apelação principal.

Assim, se o recorrente desistir da apelação da sentença, ou a ela renunciar, ou perder a legitimidade para dela recorrer, ou ficar deserto o recurso da sentença (*v.g.*, o recorrente nada diz quanto a ela nas alegações que apresenta), caduca a apelação das interlocutórias¹³.

11. Mas pergunta-se agora: que acontece se houver motivo para apelar da decisão interlocutória mas não houver para apelar da decisão final? No saneador, o tribunal absolveu da instância o réu quanto ao pedido principal e, na sentença, julgou a acção improcedente quanto ao pedido subsidiário. Que deve fazer o autor se pretender recorrer do despacho saneador mas não tiver qualquer fundamento para, à face dos elementos dos autos, atacar a sentença em si mesma? O tribunal indeferiu a excepção de ilegitimidade deduzida pelo réu e veio depois, na sentença, julgar a acção procedente. Que deve fazer o réu se a sentença for, à face dos elementos constantes dos autos, inatacável, mas for censurável o indeferimento da excepção? No âmbito da oposição à execução, o tribunal considerou não padecer o requerimento executivo de ineptidão e vem depois, na sentença, a julgar improcedente a oposição à execução. Que deve fazer o executado se quiser impugnar a decisão sobre a ineptidão do requerimento mas não tiver qualquer fundamento para apelar da decisão final?

Mais genericamente: como deve proceder-se quando o único fundamento para obter a revogação ou alteração da decisão final, em si mesma inexpugnável, for a violação da lei por uma decisão interlocutória anterior?

Certamente que não é de vedar à parte interessada o direito de recorrer nestes casos. Isso chocaria frontalmente com a consagração da recorribilidade (embora não autónoma) das decisões interlocutórias no artigo 691.º e com a regra geral de recorribilidade das decisões judiciais estabelecida no artigo 676.º, n.º 1, bem como com o artigo 678.º, n.º 1. E seria francamente incompreensível que se não pudesse

¹³ V., embora com outra linha de argumentação, J. F. SALAZAR CASANOVA e NUNO SALAZAR CASANOVA, “Apontamentos sobre a reforma dos recursos (Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto)”, 84.

impugnar uma decisão prévia por ser inatacável a decisão dela dependente, ou que a lei desse primeiro para tirar depois.¹⁴⁻¹⁵

Não parece admissível, pelo menos em geral, recorrer ao artigo 691.º, n.º 4. Por certo que, naquelas hipóteses, não cabe recurso da decisão final (correcta em si mesma), mas a revogação da decisão interlocutória não tem interesse para o apelante *independentemente da decisão final*. Bem pelo contrário, o interesse na revogação está em ela poder ditar outro destino à decisão final. E, uma vez transitada em julgado a decisão final, perderia o recorrente todo o interesse na impugnação da interlocutória¹⁶.

Também se nos afigura de excluir a ideia de aceitar, para estas situações, uma apelação autónoma da decisão intercalar a interpor no prazo da apelação da decisão final. É solução que carece de um mínimo de correspondência verbal com a letra da lei e contraria o seu espírito (de aversão às apelações autónomas).

Sem prejuízo de melhor reflexão, julgamos que é de aceitar a interposição de recurso de apelação da decisão final com fundamento na sua *potencial* anulação total ou parcial por virtude da impugnação da interlocutória¹⁷. Ou seja, o interessado deve apelar da decisão final e, nesse recurso, impugnar a interlocutória que pode ditar a sua sorte. O apelante não apontará vícios à decisão final em si (dirá apenas que não subsistirá caso proceda o recurso da interlocutória), mas a forma mais expedita de assegurar eficácia à impugnação da decisão interlocutória é permitir que a Relação retire logo do julgamento sobre a interlocutória eventuais consequências relativamente à decisão final. Por analogia com o artigo 684.º-B, n.º 1,

¹⁴ Incompreensibilidade que se avoluma na proporção da gravidade do vício da decisão interlocutória (*v.g.*, quando é nula de harmonia com os artigos 668.º, n.º 1, e 666.º, n.º 3).

¹⁵ Nem a aplicação de um regime *análogo* ao anteriormente previsto no artigo 735.º, n.º 2 (em vez da *caducidade* do agravo estaria em causa a *caducidade* do direito de recorrer da interlocutória), faz qualquer sentido. Já antes havia quem sublinhasse que o artigo 735.º, n.º 2, valia somente para as situações de perda do direito de recorrer da decisão final imputável à parte (*v. infra* nota 53).

¹⁶ Dois exemplos que, porém, talvez possam ser resolvidos por via do artigo 691.º, n.º 4: o autor faz dois pedidos cumulados sem qualquer dependência ou conexão objectiva entre eles (o artigo 470.º não remete para o artigo 30.º); no saneador, o juiz absolve o réu da instância quanto a um deles; na sentença, o réu é absolvido do outro pedido. Não tendo motivo para impugnar a sentença, poderá o autor impugnar o saneador depois de transitada esta. Ou então: o réu deduz reconvenção, que o tribunal rejeita por falta de cabimento em alguma das alíneas do artigo 274.º, n.º 2; é depois condenado no pedido formulado pelo autor. Se a reconvenção tiver sido feita para a hipótese de proceder o pedido principal, pode o réu impugnar a interlocutória sem apelar da decisão final, ao abrigo do artigo 691.º, n.º 4.

¹⁷ De outra forma estaria a incentivar-se o apelante, contra tudo o que no processo civil impõe a lealdade e a celeridade, a imputar vícios *forçados* (para não dizer *inventados*) à decisão final e, com isso, a obrigar o tribunal *ad quem* a pronunciar-se sobre fundamentos de recurso completamente infundados.

talvez se deva exigir do apelante a indicação, no requerimento de apelação, de que o seu fundamento reside na impugnação da decisão interlocutória.

12. Outros casos há em que a impossibilidade de apelar da decisão final advém do facto de esta não ser recorrível nos termos gerais (por exemplo, o valor da causa é inferior ao da alçada da 1.^a instância). Em semelhantes casos, como pode garantir-se a impugnação das decisões interlocutórias?

Por regra, se a decisão final for irrecorrível, irrecorríveis serão as decisões interlocutórias. Vimos que também em relação a estas é de exigir a verificação dos pressupostos gerais de recorribilidade.

Mas nem sempre é assim, porque há decisões intercalares que podem ser recorríveis independentemente do valor da alçada e da sucumbência. Por exemplo: se em processo sumaríssimo forem tomadas decisões interlocutórias violadoras de caso julgado formal [artigo 678.º, n.º 2, al. a)], como pode essa decisão ser impugnada se a lei veda o recurso da decisão final?

Há três respostas possíveis para esta questão.

13. A primeira passa por sustentar que as decisões interlocutórias de que cabe sempre recurso devem ser impugnadas autonomamente, ao abrigo do artigo 691.º, n.º 2, al. n). É tese defendida pelo Conselheiro J. F. Salazar Casanova e pelo Dr. Nuno Salazar Casanova, pelo menos quanto às decisões contempladas no artigo 678.º, n.º 2¹⁸. Por este caminho, sendo a apelação obrigatoriamente autónoma, a questão referida nem chega a pôr-se: quando é proferida a decisão final, já a interlocutória deve estar impugnada.

Mas não parece que o artigo 691.º, n.º 2, al. n), ao determinar dever ser a apelação autonomamente interposta *nos demais casos expressamente previstos na lei*, tenha em vista todos e quaisquer casos em que uma norma especial autoriza a apelação. Parece-nos que a remissão é somente para as situações em que norma especial prevê o direito de apelar *imediate e autonomamente* de certa decisão. É o que sucede quando a lei admite especialmente a apelação com efeito suspensivo (*v.g.*, artigos 154.º, n.os 5 e 6, e 186.º, n.º 3) ou com subida em separado. De outra forma, perderia sentido a inclusão no n.º 2 do artigo 691.º de decisões interlocutórias cuja impugnação é especialmente prevista por outra norma do Código – é porque a remissão do artigo 691.º, n.º 2, al. n), não chega para assegurar a apelação autónoma que a lei processual, apesar do disposto no artigo 123.º, n.º 5, prevê expressamente, na al. a) do n.º 2 do artigo 691.º, ser autonomamente apelável o despacho que aprecia (mesmo indeferindo) o impedimento do juiz; é porque o

¹⁸ “Apontamentos sobre a reforma dos recursos (Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto)”, 80, nota 16.

recurso de apelação das interlocutórias sobre competência relativa da 1.ª instância não sobe imediata e autonomamente, apesar de expressamente previsto no artigo 111.º, n.º 4 [por via do artigo 691.º, n.º 2, al. n)], que o Código o inclui na al. b) do n.º 2 do artigo 691.º. E o mesmo se diga com respeito ao recurso do despacho de indeferimento liminar de procedimento cautelar, especialmente referido no artigo 234.º-A, n.º 2, e ainda assim autonomizado na al. l) do artigo 691.º, n.º 2; ou ainda ao despacho que considera absolutamente competente o tribunal, especialmente referido no artigo 678.º, n.º 2, al. a), e não obstante autonomizado na al. b) do n.º 2 do artigo 691.º.

De resto, tenha-se presente que é o n.º 3 do artigo 691.º que contém, no dizer declarado do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 303/2007, a “regra geral de impugnação de decisões interlocutórias”, tudo com o objectivo de “simplificar profundamente o regime de recursos”.

A simples circunstância de a lei prever expressamente a apelação (ou o recurso) para certo caso não implica, portanto, que a apelação seja autónoma¹⁹. A impugnação diferida é a regra²⁰.

14. A segunda resposta possível à questão formulada passa ainda pela ideia de que o Código determina a impugnação autónoma e imediata das decisões

¹⁹ No sentido de que o n.º 2, al. n), do artigo 678.º não torna as decisões nele referidas imediata e autonomamente recorríveis, v. ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 45, 50 e 51-52 (“Não pode, contudo, confundir-se a admissibilidade da impugnação da decisão com a recorribilidade imediata sujeita ao regime previsto no artigo 691.º”), e BRITES LAMEIRAS, *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 87 ss. (“Como emerge do texto da lei, o que é excepcionado é meramente o valor da causa e a sucumbência; ou seja, o que o artigo 678.º estabelece é o panorama geral das decisões que admitem recurso, seja por via geral do critério do valor e da sucumbência (n.º 1), seja por via particular de um dos casos particularmente descritos (n.º 2 e n.º 3). [...] Num caso de decisão interlocutória, fora do elenco do artigo 691.º, n.º 2, que viole o caso julgado, ou contrarie jurisprudência uniformizada, certamente que será passível de impugnação, mas não de recurso”), e “A marcha dos recursos ordinários”, 31 e 32.

²⁰ Regra que é levada ainda mais longe – permita-se-nos o parêntesis – nos enxertos declarativos do processo executivo referidos no artigo 922.º-B, n.º 1, nos quais só é susceptível de apelação autónoma e imediata a decisão que lhes põe termo. As decisões, todas as decisões – e não as restantes, como se diz no artigo 691.º, n.º 3 –, interlocutórias proferidas no âmbito desses incidentes devem – por oposição ao podem do mesmo artigo 691.º, n.º 3, com isso pretendendo a lei vincar bem que a impugnação é autorizada, sim, mas sempre a final – ser impugnadas com a decisão final do incidente. Note-se que o artigo 922.º-A estende à acção executiva as disposições sobre a apelação aplicáveis ao processo de declaração “salvo o que vai prescrito nos artigos seguintes” e o artigo 922.º-B briga claramente com todo o artigo 691.º. Compreende-se que assim seja, ponderada a celeridade com que se quer seja tramitada a acção executiva e o princípio geral da irrecorribilidade autónoma das decisões interlocutórias. O artigo 691.º continua a aplicar-se às decisões tomadas na instância executiva propriamente dita.

intercalares do tipo das que estão em apreço, não por via da al. n) do n.º 2 do artigo 691.º, mas sim por virtude da al. m)²¹.

Com efeito, se a impugnação da decisão final não é admissível, então a única solução viável consistiria em admitir a impugnação das decisões intercalares nos termos do artigo 691.º, n.º 4, isto é, depois de transitada em julgado a decisão final. Só que depois do trânsito desta tornar-se-ia inútil o que viesse a ser decidido pela Relação quanto ao despacho intercalar. Por isso que talvez se devesse equiparar esta hipótese à da al. m) do n.º 2 do artigo 691.º: caberia apelação autónoma da decisão por poder ser inútil, por poder ser absolutamente irreversível, o resultado da apelação autónoma diferida²².

É proposta tentadora, mas também insatisfatória. Por um lado, implica abrir mais uma exceção à regra de que as decisões intercalares são impugnadas a final e não imediatamente. Por outro lado, não é de certeza essa espécie de casos que a al. m) tem em vista, a qual pressupõe a impugnação (conjunta) da decisão final.

15. É preferível seguir por outro caminho.

A lei não pode consagrar o direito de recorrer de uma decisão interlocutória para situações especiais de um lado e, de outro, retirá-lo quando regula o modo de exercê-lo. Não pode dar com uma mão e tirar com a outra.

Se é reconhecido o direito de recorrer sempre da decisão interlocutória e se não está em parte alguma prevista a impugnação com independência da decisão final, mas somente com essa mesma decisão final, então há-de admitir-se a impugnação conjunta desta última com fundamento na ilegalidade da decisão interlocutória. O recorrente há-de, por exemplo, poder impugnar a interlocutória com base na violação do caso julgado e, simultaneamente, a decisão final com fundamento em que seria outra não fosse a interlocutória tomada, facultando-se

²¹ Alínea m) cuja interpretação deve continuar a obedecer à seguida pela jurisprudência formada à luz do anterior artigo 734.º, n.º 2. V. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Outubro de 2009, proc. n.º 224298/08.4YIPRT-B.L1-8, e de 5 de Março de 2010, proc. n.º 265853/08.6YIPRT-A.L1-6, acessíveis em www.dgsi.pt.

²² O Desembargador ABRANTES GERALDES defende solução equivalente a esta, no domínio do recurso de revista, para a hipótese de serem proferidas decisões interlocutórias, em si mesmas recorriáveis, mas insusceptíveis de impugnação com o acórdão final por causa da dupla conforme (*Recursos em processo civil*, 386, nota 526). Parece-nos, no entanto, difícil de sustentar o ónus de impugnar autonomamente uma decisão interlocutória para a hipótese de não vir a assistir ao recorrente o direito de impugnar a decisão final. Com efeito, em tais hipóteses não sabe o apelante se vai ou não haver dupla conforme e, portanto, se lhe será ou não aberto o caminho da impugnação da decisão final da Relação (v. *infra* n.º 32.). É distinta a situação acima abordada no texto, porque aí o recorrente sabe de antemão que lhe está vedado o recurso de apelação da decisão final (ou o recurso de revista).

assim à Relação revogar a decisão interlocutória e anular, revogar ou alterar a decisão final em conformidade. Por aplicação analógica do artigo 684.º-B, n.º 1, talvez se deva exigir do apelante a indicação, no requerimento de interposição do recurso, de que o fundamento para a apelação reside na impugnação da decisão interlocutória.

E) Artigo 691.º, n.º 3: significado da expressão “no recurso que venha a ser interposto da decisão final ou do despacho previsto na alínea l) do n.º 2”

16. Outro problema que o artigo 691.º, n.º 3, suscita prende-se com a identificação do recurso com o qual devem ser impugnadas as decisões interlocutórias.

Diz o preceito que se trata *do recurso da decisão final ou do despacho previsto na al. l) do n.º 2*. Mas que recurso é este? E as decisões não poderão ser outras, mesmo interlocutórias?

São várias as considerações a tecer a este propósito.

a) *Impugnação com o recurso subordinado*

17. A primeira é esta: a impugnação tanto pode ser feita no recurso independente que venha a ser interposto da decisão final como no recurso subordinado.

O autor pediu a condenação do réu a pagar 50.000,00 euros. O réu é condenado a pagar 30.000,00 e absolvido quanto aos restantes 20.000,00. Perante um caso destes, o réu pode apelar da sentença na parte relativa aos 30.000,00 euros e o autor nada fazer ou pode o autor apelar da sentença quanto à absolvição dos 20.000,00 euros e o réu nada fazer, conformando-se com a sentença. Em ambos os casos, há um só recurso, designado independente. Mas também pode suceder que autor e réu recorram, embora independentemente um do outro: o autor da parte da sentença que absolveu o réu e o réu da parte que o condenou. Nesta espécie, há dois recursos, ambos independentes (artigo 682.º, n.º 1). E é possível ainda que ocorra uma terceira situação: o réu apela da sentença quanto aos 30.000,00 euros em que ficou condenado e o autor recorre subordinadamente quanto aos 20.000,00 euros; ou o autor recorre independentemente quanto aos 20.000,00 euros e o réu subordinadamente quanto aos 30.000,00.

Ora, em qualquer destas hipóteses o recorrente, independente ou subordinado, pode impugnar as decisões interlocutórias que lhe são desfavoráveis. Se o réu se queixa, por exemplo, da decisão errada sobre uma exceção dilatória

por ele invocada e o autor de um despacho que rejeitou a ampliação da causa de pedir, tanto um como o outro podem impugnar, no respectivo recurso, a decisão desfavorável²³⁻²⁴.

b) *Decisões interlocutórias insusceptíveis de apelação autónoma instrumentais de decisões interlocutórias susceptíveis de apelação autónoma*

18. A segunda é mais complexa.

Tem sido posta a questão de saber se não deveria ser admitida a impugnação de decisões interlocutórias com outras decisões que não as decisões finais ou as decisões referidas na al. l) do n.º 2 do artigo 691.º.

Por exemplo, se no saneador for o réu absolvido da instância quanto a um pedido e for parcialmente absolvido de outro pedido, cabendo desta última decisão apelação autónoma [artigo 691.º, n.º 2, al. h)], não deverá o autor, se dela apelar, impugnar logo com ela a decisão de absolvição da instância (insusceptível de impugnação autónoma)? Ou se o tribunal, tendo indeferido a excepção de ilegitimidade do réu, vier mais tarde a julgar-se competente, não deverá o réu, interpondo recurso desta última decisão [artigo 691.º, n.º 2, al. b)], impugnar com esse recurso a decisão sobre a legitimidade?

A doutrina tem entendido que a lei não dá guarida à impugnação com outros recursos que não os das decisões referidas no n.º 3 do artigo 691.º²⁵. E não parece que se deva aqui defender o contrário, sempre que a decisão interlocutória imediatamente impugnável for *independente* da decisão interlocutória não autonomamente apelável.

Todavia, já foi sufragado existir pelo menos mais uma hipótese que deve ser acrescentada ao artigo 691.º, n.º 3, qual seja a do recurso de decisões que ponham

²³ Trata-se de posição sustentada por ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Do dualismo ao monismo – a eliminação dos recursos de agravo na reforma de 2007”, 317, BRITES LAMEIRAS, *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 70, e LUÍS CORREIA DE MENDONÇA e HENRIQUE ANTUNES, com base no princípio da igualdade das partes (*Dos recursos (Regime do Decreto-Lei n.º 303/2007)*, 131). Na jurisprudência, v. o assinalável Acórdão da Relação de Lisboa relatado pelo Dr. BRITES LAMEIRAS, de 9 de Novembro de 2010, proc. n.º 1807/08.6TVLSB-B.L1-7, acessível em www.dgsi.pt, que, em *obiter*, sublinha nada impedir a impugnação, “em recurso subordinado, de decisões interlocutórias distintas das impugnadas pelo recorrente principal, a coberto do artigo 691.º, n.º 3”.

²⁴ Se for o caso, há-de aplicar-se às interlocutórias impugnadas com o recurso subordinado o disposto no artigo 682.º, n.º 5, embora o preceito apenas se refira em primeira linha à decisão objecto do próprio recurso subordinado.

²⁵ V. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (logo em finais de 2007), “Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil”, 5 e 6, e ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 203 e 204.

termo a incidentes da instância. Sendo esse o caso, diz-se, é com esse recurso e não com o recurso da decisão final da acção que devem ser impugnadas as decisões interlocutórias respeitantes ao incidente. É a posição acolhida por J. F. Salazar Casanova e Nuno Salazar Casanova²⁶ e por Abrantes Geraldès²⁷.

É tese sem dúvida interessante, que, acrescentamos, parece de seguir, por paridade de razões, sempre que esteja em causa decisão interlocutória *instrumental* de uma decisão passível de apelação autónoma, de maneira a que tal decisão seja impugnada com o recurso interposto desta última.

É verdade que isso não resulta, literalmente, do artigo 691.º, n.º 3. Mas não pode ser de outra forma. Fará algum sentido que, por exemplo, o recorrente deva impugnar uma decisão interlocutória instrumental em relação ao despacho sobre o impedimento do juiz apenas com o recurso da decisão final e não com o recurso deste mesmo despacho? Ou fará sentido que o recorrente deva impugnar a decisão interlocutória instrumental em relação ao despacho sobre a competência do tribunal apenas com o recurso da decisão final e não com o recurso daquele despacho?

Ou então suponha-se que o autor requer a ampliação do pedido fora dos termos permitidos por lei e que o tribunal, apesar disso, a admite, vindo depois, no saneador, a julgar procedente o pedido nessa parte. Fará algum sentido que o réu, ao interpor recurso do saneador-sentença parcial, de harmonia com o artigo 691.º, n.º 2, al. *h*), só possa impugnar a decisão que admitiu a ampliação do pedido a final?²⁸

A alternativa seria o réu apelar autonomamente do saneador na parte em que o condenou parcialmente no pedido e, a final, no recurso da sentença, impugnar o despacho que admitiu a ampliação do pedido! Ao que acresce que, a levar à letra o artigo 691.º, n.º 3, podia a parte vencida impugnar, a final, a decisão sobre a ampliação do pedido sem ter apelado autonomamente do despacho saneador

²⁶ “Apontamentos sobre a reforma dos recursos (Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto)”, 83.

²⁷ *Recursos em processo civil*, 207 e 213.

²⁸ Para J. F. SALAZAR CASANOVA e NUNO SALAZAR CASANOVA, “Apontamentos sobre a reforma dos recursos (Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto)”, 80, 81 e 84, certas decisões interlocutórias serão ainda impugnáveis no recurso previsto na al. *h*) do n.º 2 do artigo 691.º, no que parece encontrar-se “um desvio à implícita regra de que a subida imediata de uma apelação (que não seja decisão final) não “atrai” as decisões interlocutórias proferidas anteriormente”. Manifestou-se contra este entendimento, por a solução “não ter arrimo na lei”, ARMINDO RIBEIRO MENDES (*Recursos em processo civil. Reforma de 2007*, 139, nota 121). BRITES LAMEIRAS, por seu turno, depois de se interrogar se a impugnação das decisões interlocutórias instrumentais do conhecimento de mérito não deveria aderir à apelação do saneador, responde também negativamente, mas sempre vai ressaltando que “os resultados perversos a que esta solução pode conduzir devem fazer reflectir sobre se não será de proceder a uma *interpretação correctiva* do regime, de maneira a admitir aquela adesão” (“A marcha dos recursos ordinários”, 43).

que julgou procedente o pedido ampliado. Estava transitado o saneador sentença [por falta de impugnação ao abrigo do artigo 691.º, n.º 2, al. *h*)], mas não estava a decisão interlocutória sobre o objecto nele decidido...

Vale tanto por dizer que ou se impõe a impugnação das decisões interlocutórias instrumentais às decisões interlocutórias susceptíveis de apelação autónoma com estas mesmas, ou tem de se defender que a impugnação daquelas a final depende da interposição de apelação contra estas no momento próprio, apelação que, para evitar o trânsito, só poderia ser decidida depois de julgada a impugnação da interlocutória. Mas isto contraria o sentido da apelação imediata e em qualquer caso significa não levar à letra o artigo 691.º, n.º 3.

F) Artigo 691.º, n.º 3: decisões interlocutórias proferidas em incidentes ou em procedimentos cautelares

19. Também é lícito perguntar se estão abrangidas pelo artigo 691.º, n.º 3, as decisões interlocutórias enunciadas no n.º 2 proferidas fora do processamento *dos autos da acção declarativa* propriamente dita (nos incidentes ou nos procedimentos cautelares).

Na verdade, podia ser-se levado a pensar que o n.º 2 do artigo 691.º não permite a impugnação autónoma das decisões nele referidas quando tomadas no quadro de incidentes da instância ou de procedimentos cautelares, fora, portanto, da tramitação dos autos principais. Uma decisão interlocutória aplicando uma multa no âmbito de um incidente deveria, por exemplo, ser impugnada apenas com o recurso da decisão final do incidente, e não autonomamente.

E até era essa uma solução compreensível, atentos os objectivos de celeridade e simplificação visados pelo legislador.

Não obstante, a letra do artigo 691.º, n.ºs 2 e 3, não dá hipótese para outra interpretação que não a de que todas as decisões interlocutórias referidas no n.º 2 são autonomamente apeláveis, independentemente de terem sido tomadas no processo principal ou não.

Com respeito às adoptadas em procedimentos cautelares, o artigo 691.º, n.º 3, é expresso²⁹. Quanto às interlocutórias em incidentes, tem de fazer-se apelo à letra do proémio do n.º 2, que abrange as “decisões do tribunal de 1.ª instância” *em geral*, e do n.º 3, que inclui as “*restantes* decisões proferidas pelo tribunal da 1.ª instância”³⁰.

²⁹ V. ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 210 e 211.

³⁰ São bastante diferentes as coisas, por determinação expressa da lei, nos enxertos declarativos do processo executivo referidos no artigo 922.º-B, n.º 1, onde se exclui a impugnação autónoma das decisões intercalares (v. *supra* nota 20).

G) Artigo 691.º, n.º 3: decisões interlocutórias susceptíveis de apelação autónoma instrumentais de decisões interlocutórias insusceptíveis de apelação autónoma

20. Questão diferente é a de saber se não terá o recorrente a faculdade de não apelar autonomamente de alguma das decisões interlocutórias referidas no artigo 691.º, n.º 2. Isto é, poderá ele não apelar delas nos termos e prazo do n.º 2 e do n.º 5 do artigo 691.º e, não obstante isso, elas não transitarem em julgado?

A resposta óbvia é não, atento o princípio da preclusão.

Mas pode haver decisões interlocutórias susceptíveis de apelação autónoma que são *instrumentais* de decisões interlocutórias insusceptíveis de apelação autónoma. Se for esse o caso, será defensável a apelação da decisão interlocutória desacompanhada da impugnação da interlocutória dependente?

Figure-se o exemplo espantoso dado pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa³¹: o réu invoca a excepção de ilegitimidade; requer, *para prova da excepção*, a junção de documento; o tribunal rejeita a junção do documento e julga improcedente a excepção. Em semelhante espécie, o réu pode apelar autonomamente do despacho que indeferiu a junção do documento à luz do artigo 691.º, n.º 2, al. *i*), mas não pode apelar autonomamente do despacho que o julgou parte legítima. “Quer dizer: no recurso interposto vai-se discutir a admissibilidade de um meio de prova que é necessário, na perspectiva do réu, para provar a sua ilegitimidade enquanto o recurso da decisão de ilegitimidade fica retido. Portanto, se a Relação se pronunciar pela admissibilidade do meio de prova, ela mesma está impedida de extrair dele o fundamento para decretar a ilegitimidade do réu, porque essa questão, que só pode ser discutida no recurso que venha a ser interposto da decisão final, não constitui o objecto da apelação pendente. Em conclusão: o réu tem de aguardar até à decisão final para poder fazer valer a sua ilegitimidade com base no documento que a Relação considerou ser um meio de prova admissível”³².

21. A solução legal para este tipo de casos contraria a simplificação e celeridade processuais tão almejadas pela reforma de 2007: complica-se a resolução da questão, porque repartida por dois actos, e emperra-se o processo com dois recursos, com duas impugnações diferentes.

Afigura-se-nos, por conseguinte, de defender uma de duas coisas: ou que a decisão interlocutória instrumental, apesar de autonomamente impugnável, pode ser impugnada só com a decisão interlocutória dependente, isto é, a final, interpretando-se correspectivamente de forma restritiva o artigo 691.º, n.º 2; ou

³¹ “Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil”, 6.

³² *Ibidem*.

que a decisão interlocutória dependente, apesar de somente apelável a final, pode ser impugnada juntamente com a decisão interlocutória instrumental passível de apelação imediata, interpretando-se de forma restritiva o artigo 691.º, n.º 3.

A segunda solução favorece a simplificação, mas não a celeridade. A primeira favorece a simplificação e a celeridade. Quadra melhor com o espírito das alterações de 2007.

H) *Decisões interlocutórias (aparentemente) abrangidas pelo n.º 2 e pelo n.º 3 do artigo 691.º*

22. Afim dos problemas acabados de analisar, mas deles diferente, é estoutro: que regime recursório segue a decisão que simultaneamente cai na previsão das alíneas do n.º 2 do artigo 691.º e na previsão do n.º 3?

Sirva este exemplo: o autor apresenta articulado superveniente e, nos termos dos artigos 506.º, n.º 5, e 523.º, n.º 1, junta um documento e arrola duas testemunhas para prova dos factos constitutivos alegados; o tribunal rejeita o articulado, o que implica, evidentemente, a rejeição dos meios de prova oferecidos. O despacho de rejeição do articulado superveniente preenche, a um tempo, a previsão do n.º 2, al. i), do artigo 691.º, na parte reportada aos meios de prova, e a previsão do n.º 3, na parte que julga da inadmissibilidade da apresentação.

Deverá o autor apelar autonomamente desse despacho [artigo 691.º, n.º 2, al. i)] ou deverá, antes, impugná-lo a final (artigo 691.º, n.º 3)?

A resposta intui-se: deve impugná-lo a final, porque na economia do despacho domina necessariamente a decisão de rejeição do articulado, sendo seu simples corolário a não admissão da produção da prova.

I) *Impugnação de decisões interlocutórias pela parte vencedora a final*

23. Um derradeiro problema que nos propomos abordar relativamente ao artigo 691.º, n.º 3, é o que respeita à impugnação de decisões interlocutórias pela parte vencedora a final em caso de interposição de apelação pelo vencido.

Impõe-se fazer uma primeira distinção, consoante a decisão interlocutória fosse susceptível de apelação autónoma ao abrigo do artigo 691.º, n.º 2, ou não.

Se o era, então devia ter sido impugnada em tempo (n.º 5 do artigo 691.º), não podendo a parte vencedora pretender reapreciá-la a coberto de um recurso subordinado (artigo 682.º) ou de uma ampliação do âmbito do recurso interposto pela parte vencida (artigo 684.º-A). Por exemplo, não pode o autor, vencido no saneador quanto a um dos pedidos deduzidos mas vencedor na sentença quanto

ao outro pedido, pretender, na sequência da apelação interposta pelo réu contra a sentença, recorrer subordinadamente do saneador que julgou improcedente o primeiro pedido, ou requerer a ampliação a ele do âmbito da apelação interposta pelo réu. Se quisesse rebelar-se contra o saneador, na parte em que absolveu o réu, devia tê-lo feito nos termos do artigo 691.º, n.º 2, al. h), e n.º 5. Não o fez – pois transitou em julgado o despacho.

Já se a decisão interlocutória, embora recorrível, não for susceptível de impugnação autónoma, por se não enquadrar na previsão do artigo 691.º, n.º 2, se assim for, então como poderá a parte vencedora a final, mas vencida na interlocutória, impugná-la, para a hipótese de proceder a apelação?

Por exemplo: em processo ordinário, o juiz rejeita uma tréplica ou um articulado superveniente apresentado pelo réu; não obstante, o réu sagra-se totalmente vencedor a final; o autor interpõe recurso; terá o réu direito a impugnar, na condição de proceder a apelação do autor, as decisões que rejeitaram a tréplica e o articulado superveniente?

São decisões interlocutórias recorríveis, mas o réu não pôde delas apelar autonomamente; nem parece que possa impugná-las *no recurso* da decisão final (artigo 691.º, n.º 3), porquanto saiu vencedor e, como tal, não lhe reconhece a lei legitimidade para interpor recurso. Quer dizer: são decisões apeláveis, mas quanto a elas não se acha no artigo 691.º a via para exercer o direito de recorrer.

Também não é caso de aplicação do artigo 684.º-A, n.º 1, pelo menos directamente, porque o réu não ficou vencido quanto a *fundamento* da sua defesa e, muito menos, do artigo 691.º, n.º 4, porque este pressupõe a não interposição de recurso da decisão final³³.

Estará então o réu privado do direito de impugnar as decisões interlocutórias que nunca teve oportunidade de impugnar?

24. A doutrina encontrou já resposta para este caso.

O Desembargador Abrantes Gerales propôs o recurso, *por analogia*, ao artigo 684.º-A, n.º 1, em face do qual, afirma, “não poderá deixar de se considerar a possibilidade de a parte interessada aproveitar a interposição de um recurso para nele *enxertar*, por via das contra-alegações, a impugnação das decisões que a desfavoreceram, mas cujo resultado continue a interessar-lhe, tanto mais que a alternativa que expressamente resulta do n.º 4 de interposição de recurso depois de transitada a decisão final se revela de todo inadequada à concreta situação”. Invoca ainda “motivos de ordem racional”, o princípio da igualdade, a necessidade de evitar que a justiça seja afectada por razões de ordem formal e o artigo 725.º, n.º 1,

³³ V. ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 113.

al. d), o qual “determina que é impeditivo do recurso *per saltum* a impugnação «*pelas partes*» de «*quaisquer decisões interlocutórias*»³⁴.

Esta opinião generalizou-se. Seguem-na José Lebre de Freitas e Armindo Ribeiro Mendes³⁵, Amâncio Ferreira³⁶ e Armindo Ribeiro Mendes³⁷⁻³⁸.

Posição sensivelmente diferente assumiu o Conselheiro Cardona Ferreira³⁹, para quem não se justifica o recurso ao artigo 684.º-A, pois que a resolução do problema se basta com a aplicação do artigo 691.º, n.º 3, o qual “não exige, necessariamente, que o apelante da decisão final seja quem tem interesse na impugnação da decisão interlocutória”⁴⁰. A solução é a mesma, como o próprio Conselheiro Cardona Ferreira admite, mas o caminho que a ela conduz é diferente, “até porque [o artigo 684.º-A] tem outra amplitude: a de fundamentos, nulidades ou factualidades subjacentes ao *objecto do recurso pendente*. A questão [...] não é de *questões* a decidir; é de *objecto* de recurso (ou seja, decisão impugnada)”⁴¹. Certo é que, designadamente por virtude do princípio da igualdade, decorrência da equidade processual, se teria de aceitar o recurso da parte vencida a final contra as interlocutórias desfavoráveis em caso de apelação interposta pela contraparte vencedora⁴².

25. Perante isto, não resta dúvida de que a impugnação das decisões interlocutórias pela parte vencedora a final no contexto do recurso interposto pelo vencido deve ter lugar. Perante tão boa doutrina a defendê-la – e com toda a razão –, não nos atrevemos a sufragar outra posição.

A dúvida está tão-só na via por que se há-de fazer a impugnação – por aplicação do artigo 691.º, n.º 3, por aplicação analógica do artigo 684.º-A, n.º 1, ou mediante recurso subordinado?

³⁴ *Recursos em processo civil*, 224, 225 e 113.

³⁵ *Código de Processo Civil anotado*, vol. 3.º, t. I, 46.

³⁶ *Manual dos recursos em processo civil*, 165.

³⁷ *Recursos em processo civil. Reforma de 2007*, 86, e “Do dualismo ao monismo – a eliminação dos recursos de agravo na reforma de 2007”, 318, lembrando, no entanto, que é defensável que o n.º 3 do artigo 691.º comporta solução directa para o problema.

³⁸ O Desembargador BRITES LAMEIRAS, *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 89, e “A marcha dos recursos ordinários”, 36, invoca o artigo 691.º, n.º 3, e o princípio da igualdade substancial das partes para admitir a impugnação de decisões interlocutórias na contra-alegação pelo recorrido.

³⁹ *Guia de recursos em processo civil*, 202 ss.

⁴⁰ *Ibidem*, 204.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² O Distinto Conselheiro propõe todavia, “para se acabar com qualquer dúvida”, que se inclua no artigo 691.º preceito a resolver expressamente a questão, cuja redacção sugere (*ibidem*, 206).

Não nos parece que o artigo 691.º, n.º 3, tenha em vista estes casos. Neste preceito regula-se simplesmente a interposição de apelação das interlocutórias conjuntamente com a interposição de apelação da decisão final, vale dizer, a impugnação das interlocutórias pela parte vencida a final, pelo *apelante*. Está em causa a impugnação *no recurso que venha a ser interposto*... E estranho seria que a lei previsse directamente, naquele normativo de ordem geral, uma impugnação para ter lugar *nas contra-alegações de um recurso interposto por outrem*. Em primeira linha teve-se em mente a impugnação por quem interpõe recurso e o instrui – e não a impugnação *a título subsidiário*.

26. É igualmente de excluir a impugnação através de *recurso subordinado*, pelo menos tendo em consideração os moldes em que a nossa lei processual vigente o configura.

É pressuposto para a interposição de recurso subordinado que ambas as partes tenham ficado vencidas pela mesma decisão ou por partes distintas da mesma decisão (que julgou um só pedido ou vários pedidos). Se *ambas as partes ficarem vencidas*, prescreve o artigo 682.º, n.º 1, cada uma delas pode recorrer *na parte* que lhe seja desfavorável. Note-se: pode recorrer *de parte* da decisão, isto é, *de parte da mesma* decisão e não de decisão distinta daquela que a outra parte impugnou. Mas alguma doutrina, embora acentuando este requisito, tende a admitir o recurso subordinado em face de decisões distintas ligadas por uma relação de prejudicialidade⁴³ ou mesmo em hipóteses de decisões não conectadas⁴⁴. É duvidoso que se

⁴³ V. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lisboa, Lex, 1997, 496, e LUÍS CORREIA DE MENDONÇA e HENRIQUE ANTUNES, *Dos recursos (Regime do Decreto-Lei n.º 303/2007)*, 131.

⁴⁴ BRITES LAMEIRAS, *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 70, defendeu num primeiro momento dever trata-se do *mesmo acto decisório do juiz, do mesmo despacho ou da mesma sentença*. Veio, porém, alterar a sua posição no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de Novembro de 2010 por si relatado e acima referido (v. *supra* nota 23), onde escreve: “Miguel Teixeira de Sousa sustenta que os recursos principal e subordinado devem ter por objecto partes distintas de *uma mesma decisão*, ou então de *decisões distintas* apenas no caso de se verificar uma *relação de prejudicialidade* [...]. Contudo, pensadas bem as coisas, *não vemos razão legal para esta doutrina*; e daí que também tenhamos revisto a opinião que antes deixámos manifestada no nosso texto “Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil”, 2.ª edição, página 70”. “Assim – acrescenta o Ilustre Desembargador –, quanto ao respectivo objecto, parece-nos que nada exige a verificação de um qualquer particular *nexo de dependência*; podendo dar-se o caso de o principal ter por objecto o decaimento na acção, sendo o decaimento na reconvenção o objecto do subordinado”.

E não é outra a posição propugnada por JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 3.º, t. I, 36, para quem nada impede que seja interposto recurso subordinado relativo à reconvenção no âmbito de um recurso independente contra a sentença na

possa ir tão longe. Mas, seja como for, tem de pelo menos convir-se que entre as decisões impugnadas há-de existir uma *conexão temporal* – hão-de ser simultâneas.

Por outro lado, se a razão de ser do recurso subordinado está na igualdade e justiça processuais que é preciso reconhecer aos litigantes⁴⁵, ela reside semelhantemente em permitir que o tribunal se pronuncie, *do mesmo passo*, sobre toda a questão que foi objecto da decisão ou decisões impugnadas e os fundamentos nela ou nelas invocados pelos recorrentes para as impugnarem. São também razões de economia e simplificação processuais que estão presentes. Ora, nos casos em apreço, estão em causa decisões distintas completamente e proferidas em momentos igualmente distintos: umas são interlocutórias e outra é uma decisão final. Nenhum *nexo* substancial ou temporal existe entre umas e outra que justifique a subordinação do recurso contra umas ao recurso interposto contra a outra. Sendo decisões distintas, diferentes serão as razões para a sua adopção e os fundamentos para a sua impugnação. A específica vantagem que justificaria a admissão do recurso subordinado não existe.

Ao que acresce que o recurso subordinado de uma decisão ou de parte dela pressupõe o recurso independente da contraparte quanto à decisão conexa ou à outra parte da mesma decisão. Nas hipóteses aventadas, nem as interlocutórias são objecto de recurso autónomo – nem podiam ser, porque favoráveis à contra-

acção, ou que o autor recorra da decisão de absolvição quanto a um dos pedidos cumulados e o réu recorra subordinadamente da decisão de condenação no outro pedido cumulado, “ainda que nenhuma relação de prejudicialidade se verifique”.

No sentido em que o recurso subordinado pode ter por objecto decisão que julgou improcedente o pedido principal (tendo julgado procedente o pedido subsidiário) ou decisão que julgou improcedente um dos pedidos cumulados, v. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de Outubro de 2006, proc. n.º 2755/2006-2, acessível em www.dgsi.pt (“Com efeito, o legislador prevê duas situações distintas em que a parte vencedora poderá fazer valer as suas posições que não tiveram vencimento na decisão recorrida: – uma ocorrerá quando face a um determinado pedido forem apresentados vários fundamentos (causas de pedir) e o tribunal *a quo* tenha julgado a acção procedente com base em determinado fundamento, mas tenha considerado algum ou alguns dos outros fundamentos improcedentes; – outra verificar-se-á quando tenham sido deduzidos vários pedidos – cumulativos ou subsidiários – e algum deles tenha sido julgado improcedente, pese embora outro ou outros tenham procedido. No primeiro caso a lei permite que o recorrido lance mão do estipulado no artigo 684.º-A, n.º 1, do CPC e, aproveitando as suas contra-alegações, requeira e deduza aí a ampliação do âmbito do recurso. Na segunda situação, a lei prevê que a parte deduza atempadamente recurso subordinado, nos termos previstos no artigo 682.º do CPC”).

⁴⁵ V. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA e HENRIQUE ANTUNES, *Dos recursos (Regime do Decreto-Lei n.º 303/2007)*, 131. Mas a igualdade, nas hipóteses em apreço, garante-se permitindo ao vencedor – tal como se permite ao vencido – impugnar as interlocutórias desfavoráveis no âmbito do recurso interposto da decisão final, assim o libertando da necessidade de lançar mão de outro recurso (o subordinado).

parte –, nem a decisão final, autonomamente impugnada, se conecta com elas. Falta um referente.

De resto, a forma como a nossa lei desenha o recurso subordinado (a interpor como se fosse um recurso independente, com excepção do início da contagem do prazo para interposição e da sucumbência) pressupõe que a própria decisão de que se recorre subordinadamente seja em si mesma susceptível de recurso autónomo. Não é o caso das decisões interlocutórias referidas, como se viu. Aliás, se fossem passíveis de recurso autónomo, teriam de ser impugnadas no prazo fixado pela lei a contar da sua notificação⁴⁶.

Enfim, a abertura do regime do recurso subordinado à impugnação das decisões interlocutórias desfavoráveis à parte vencedora a final podia ter o efeito, aqui não desejado, da aplicação do artigo 682.º, n.º 5. Mas seria de todo contrário à igualdade entre as partes que o vencedor a final, vencido na decisão interlocutória, a pudesse impugnar apesar de sucumbir em valor igual ou inferior a metade da alçada do tribunal *a quo*.⁴⁷

27. Pelo exposto, afigura-se-nos que a forma mais correcta de impugnar as decisões interlocutórias desfavoráveis à parte vencedora a final é a que decorre da aplicação analógica do artigo 684.º-A, n.º 1.

O interessado (a parte vencida quanto a elas mas recorrida a final) deverá, pois, requerer com *clareza e separadamente*, nas respectivas *contra-alegações e conclusões*, que o tribunal sobre elas se pronuncie subsidiariamente, isto é, na hipótese de considerar procedente a apelação.

O apelante responderá de harmonia com o artigo 685.º, n.º 8, também aplicável por analogia.

⁴⁶ Ou então em recurso subordinado interposto no seguimento de recurso independente deduzido contra a mesma decisão interlocutória ou uma parte dela. Figure-se este exemplo: o autor deduz contra o réu dois pedidos em cumulação simples; logo no saneador, o juiz julga um improcedente e julga, quanto ao outro, improcedente a excepção peremptória alegada pelo réu. O réu recorre da decisão que julgou improcedente a excepção peremptória (artigo 691.º, n.º 2, al. h), e n.º 5). Se quiser impugnar o despacho saneador na parte em que absolveu o réu de um dos pedidos e não interpuser recurso autónomo, ao autor resta a hipótese do recurso subordinado. Mas, se nada fizer, o despacho transita.

⁴⁷ Deve evitar-se a confusão desta questão com aquela outra de saber se pode o apelado impugnar decisões interlocutórias no quadro do recurso subordinado por si interposto. Já vimos que o pode fazer, por aplicação directa do próprio artigo 691.º, n.º 3. É que, em tal caso, o apelado a final é também apelante, é também recorrente e, como tal, está-lhe aberta a faculdade de impugnar, conjuntamente com o seu recurso subordinado, as interlocutórias em que tenha ficado vencido (v. *supra* n.º 17).

III. Os artigos 721.º e 721.º-A do Código de Processo Civil

A) *Aspectos gerais*

28. Não são menos complicados alguns dos problemas levantados pelos actuais artigos 721.º e 721.º-A do Código de Processo Civil.

Aparentemente, o artigo 721.º articula-se de forma simples.

Cumpra distinguir, num primeiro plano, entre decisões *fnais* da Relação – *as que decidiram do objecto da apelação interposta* (seja relativo ao mérito seja à regularidade processual da instância) – e decisões *interlocutórias* da Relação.

Quanto às decisões *fnais*, há ainda que separar as que tiverem *por objecto* decisões da 1.ª instância que puseram termo ao processo ou despacho saneador que julgou parcialmente do mérito da causa *das que julgaram* decisões interlocutórias da 1.ª instância.

Ao primeiro caso aplica-se o artigo 721.º, n.º 1, e em princípio há revista.

Ao segundo aplica-se o artigo 721.º, n.º 5, e (quase) nunca há revista. Este preceito tem uma redacção deficiente, por duas razões. Primeiro porque se devia referir, não às *decisões interlocutórias* da 1.ª instância impugnadas junto da Relação, mas sim aos *acórdãos* da Relação que sobre elas incidiram. O que o legislador quis certamente dizer foi que não cabe recurso dos *acórdãos* da Relação sobre as decisões interlocutórias e não que não compete recurso das decisões interlocutórias propriamente ditas⁴⁸. Segundo porque omite os *acórdãos* da Relação sobre as decisões interlocutórias referidas no artigo 691.º, n.ºs 2 e 4. Por certo que a proibição de revista quanto a estas decisões [excluindo a da al. *h*) do n.º 2] acaba por decorrer, *a contrario*, do artigo 721.º, n.º 1⁴⁹, mas melhor teria sido que a lei a elas tivesse feito expressa menção no artigo 721.º, n.º 5⁵⁰.

Quanto aos *acórdãos interlocutórios* da Relação, impõe-se distinguir os referidos no n.º 4 do artigo 721.º dos referidos no seu n.º 2.

⁴⁸ V. ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 377, nota 512.

⁴⁹ No que toca às decisões interlocutórias do artigo 691.º, n.º 2, v. ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 377, BRITES LAMEIRAS, “A marcha dos recursos ordinários”, 38 e 68, e LUÍS CORREIA DE MENDONÇA e HENRIQUE ANTUNES, *Dos recursos (Regime do Decreto-Lei n.º 303/2007)*, 266. Quanto às decisões interlocutórias abrangidas pelo artigo 691.º, n.º 4, v. CARDONA FERREIRA, *Guia de recursos em processo civil*, 259 e 260. Aplicando o artigo 721.º, n.º 1, *a contrario*, para negar a revista de um *acórdão* da Relação proferido sobre despacho impugnado à luz do artigo 691.º, n.º 2, al. i), v. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 2011*, proc. n.º 131/09.1TTTVD. L1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

⁵⁰ Cujas redacção podia ser a seguinte: “[Sem prejuízo dos casos em que é sempre admissível recurso,] os *acórdãos* da Relação sobre as decisões interlocutórias impugnadas nos termos do artigo 691.º, n.º 2, als. a) a g) e i) a n), n.º 3 e n.º 4, não podem ser objecto de recurso de revista”.

O n.º 4 reporta-se aos acórdãos cuja impugnação tenha interesse para o recorrente independentemente das decisões referidas no n.º 1, quando não haja recurso de tais decisões.

O n.º 2 regula, no próêmio, a impugnação de acórdãos intercalares da Relação quando seja interposto recurso das decisões referidas no n.º 1 e, nas als. a) a c), a impugnação de acórdãos interlocutórios autónoma e imediatamente. A solução legal é esta: em princípio, os interlocutórios, embora recorríveis, só são susceptíveis de impugnação *no próprio recurso de revista que venha a ser interposto nos termos do n.º 1*⁵¹.

29. Os n.ºs 1 e 5 do artigo 721.º têm de ser lidos com cuidado também por causa do seguinte.

Suponha-se que é rejeitado e ordenado o desentranhamento de um requerimento apresentado pelo autor na 1.ª instância. Vencido na sentença e inconformado, o autor apela para a Relação e, no recurso, impugna o despacho sobre o seu requerimento, nos termos do artigo 691.º, n.º 3. A Relação dá-lhe razão e anula os actos processuais posteriores ao despacho.

Numa situação destas, o acórdão da Relação é proferido em recurso interposto da sentença, da decisão que pôs termo ao processo, ou seja, em recurso interposto *ao abrigo do n.º 1 do artigo 691.º*, tal e qual como exige a lei processual no artigo 721.º.

Mas dele cabe revista? É claro que não, porque não *decide*, não *julga*, não *se pronuncia* sobre decisão referida no artigo 691.º, n.º 1, ou no artigo 691.º, n.º 2, al. h).

Portanto, quando no artigo 721.º se diz que compete recurso de revista para o Supremo do acórdão da Relação *proferido ao abrigo do n.º 1 ou da alínea h) do n.º 2 do artigo 691.º* quer-se significar, mais exactamente, que pode haver lugar a revista do acórdão da Relação *proferido, ao abrigo* da apelação interposta nos termos daqueles preceitos, *sobre uma das decisões neles referidas*. Das decisões sobre as interlocutórias não autonomamente impugnadas não há revista, de harmonia com o n.º 5.

30. A solução contida no artigo 721.º, n.º 1, é, em certos aspectos, incompreensível.

O Prof. Miguel Teixeira de Sousa deu este exemplo para ilustrar os “resultados pouco satisfatórios” a que conduz o novo regime da revista: o réu é absolvido, em

⁵¹ O artigo 721.º, n.º 2, próêmio, inclui as decisões interlocutórias cuja impugnação seja do interesse do recorrente independentemente do acórdão final (*v.g.*, o recorrente deve impugnar a decisão em que tenha sido condenado em multa juntamente com o recurso de revista do acórdão final da Relação). Por outro lado, ao referir-se “ao recurso de revista que venha a ser interposto nos termos do número anterior”, o preceito determina, parece, a irrecorribilidade dos acórdãos interlocutórios da Relação proferidos ao longo da tramitação do recurso sobre decisões interlocutórias da 1.ª instância, salvo se forem impugnáveis autonomamente.

1.ª instância, por ilegitimidade; o autor apela para a Relação e a Relação revoga a decisão, considerando o réu parte legítima; neste caso, o réu pode interpor revista (artigo 721.º, n.º 1); mas se o réu, considerado parte legítima por despacho da 1.ª instância, interpuser recurso para a Relação nos termos do artigo 691.º, n.º 3, e a Relação o considerar parte ilegítima, absolvendo-o da instância, nesse caso já não pode haver revista, visto que o acórdão da Relação não incidiu sobre decisão da 1.ª instância que pôs termo ao processo, mas antes sobre decisão interlocutória impugnada nos termos do artigo 691.º, n.º 3. “Em qualquer dos casos – conclui o Prof. Miguel Teixeira de Sousa – o problema é sempre o mesmo – o da legitimidade do réu –, mas a admissibilidade da revista depende da ordem de apreciação: se a ordem das decisões for a de ilegitimidade (1.ª instância) e legitimidade (Relação), a revista é admissível; se a ordem for a de legitimidade (1.ª instância) e ilegitimidade (Relação), a revista não é admissível. A justificação para esta disparidade de soluções não é evidente, importando ainda lembrar que ela pode suceder em relação a qualquer decisão que se pronuncie sobre pressupostos processuais”⁵².

Uma crítica equivalente pode ser traçada mesmo quando haja dupla conforme (artigo 721.º, n.º 3).

Suponha-se que a 1.ª instância considera o réu parte ilegítima; no recurso interposto (artigo 691.º, n.º 1), a Relação confirma unanimemente a decisão; há dupla conforme e, como tal, está vedada a revista. Mas o Código admite que, excepcionalmente, a ela haja lugar, se ocorrer alguma das situações referidas nas alíneas do n.º 1 do artigo 721.º-A.

Agora imagine-se que a 1.ª instância, em vez de proferir despacho a julgar parte ilegítima o réu, o considerou parte legítima e que o réu, embora impugnando esse despacho com a sentença final (artigo 691.º, n.º 3), não consegue a sua revogação pela Relação. Haverá confirmação da decisão, mas a revista excepcional não é aqui admissível, porque o acórdão da Relação julgou decisão interlocutória proferida pela 1.ª instância (artigo 721.º, n.º 5). Ao artigo 721.º, n.º 5 (e 721.º, n.º 1, *a contrario*, quanto às decisões interlocutórias impugnadas autonomamente) não aparecem formuladas excepções...

B) Artigo 721.º, n.º 2: acórdão interlocutório recorrível e acórdão final irreccorrível

31. A impugnação dos acórdãos intercalares de que fala o artigo 721.º, n.º 2, é uma verdadeira revista. Vale aqui, *mutatis mutandis*, o que acima dissemos nos n.ºs 8 e 9.

⁵² “Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil”, 8 e 9.

À semelhança do artigo 691.º, n.º 3, o artigo 721.º, n.º 2, também deixa em aberto a forma de impugnar as interlocutórias (não recorríveis autonomamente) quando não possa ser interposto recurso do acórdão final da Relação sobre as decisões referidas no artigo 721.º, n.º 1. Por que forma se recorre da decisão interlocutória viciada quando o acórdão final da Relação é em si mesmo inatacável, ou quando o valor da causa é igual ou inferior à alçada da Relação (e a decisão interlocutória é recorrível independentemente disso), ou quando venha a ocorrer dupla conforme⁵³?

Em qualquer uma destas situações, a decisão interlocutória proferida pelo tribunal da Relação mostra-se em si recorrível⁵⁴, de harmonia com os artigos 676.º, n.º 1, e 678.º, mas a decisão *com cujo recurso* ela podia ser impugnada não o é ou é-o limitadamente. Direito a recorrer há, mas via de o exercer plenamente falta⁵⁵.

32. Na hipótese de o obstáculo à revista provir da dupla conforme, o Dr. Abrantes Geraldês⁵⁶ sugere que a impugnação da interlocutória tenha lugar

⁵³ Já no Parecer sobre o Projecto de Alteração ao Código de Processo Civil do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público relatado pelo então Procurador-Geral Adjunto LOPES DO REGO se alertava para a questão de “como exercer o duplo grau de jurisdição quanto às decisões da Relação, proferidas no âmbito da tramitação do recurso de apelação (e que obviamente não são decisões finais do processo, embora contendam, de forma relevante, com os direitos das partes) sempre que a regra da dupla conforme quanto à decisão final inviabilizar o acesso ao Supremo” (v. “Parecer sobre o Projecto de Alteração ao Código de Processo Civil”, *Reforma dos Recursos em Processo Civil. Trabalhos Preparatórios*, Coimbra, Almedina, 2008, 491). Ainda antes, à face do Anteprojecto de Revisão do Regime de Recursos em Processo Civil (1.º Documento de Trabalho), v. LOPES DO REGO, “A reforma dos recursos em processo civil”, em *Novas exigências do processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 257 e 258, onde já se questionava sobre o destino dos agravos retidos quando estivesse vedado o acesso ao Supremo por causa da dupla decisão final da Relação conforme. Negava o Ilustre Autor a aplicação do anterior regime do artigo 735.º, n.º 2, porque só teria “sentido quando a ausência de interposição de recurso da decisão final se pode imputar à vontade da parte, que “abandona” ou “deixa cair” as questões adjectivas ou instrumentais sobre que versavam os agravos retidos, aceitando e conformando-se com o sentido da decisão final [...]”.

⁵⁴ O Desembargador BRITES LAMEIRAS, *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 238 e 239, sustenta que os acórdãos interlocutórios da Relação que não tenham interesse para a parte independentemente do acórdão final (isto é, a que se não possa aplicar o artigo 721.º, n.º 4) são irrecorríveis e inimpugnáveis quando não há ou não é admissível a revista do acórdão final. Mas, salvo o devido respeito, o artigo 721.º, n.º 4, não exclui, *a contrario*, a recorribilidade de tais arestos em caso de não se poder interpor revista; limita-se a regular a *forma* de impugnação das decisões nele contempladas.

⁵⁵ O que é tanto mais grave quanto a decisão interlocutória padeça de nulidade, cuja invocação imediata a lei veda por a decisão ser recorrível (artigos 668.º, n.º 4, e 666.º, n.º 3).

⁵⁶ O exemplo que dá é o seguinte: a Relação, por acórdão intercalar, restringe o âmbito do recurso interposto com fundamento em que as conclusões são menos abrangentes do que o requerimento de interposição ou estão afectadas de algum vício não tempestivamente corrigido;

autonomamente, à luz da al. *b*) do artigo 721.º, n.º 1, na medida em que a sua impugnação posterior ao trânsito do acórdão final (artigo 721.º, n.º 4) seria inútil, por já não poder ser considerada, “consolidada que est[aria] a decisão recorrida”⁵⁷.

Mas talvez esta solução imponha ao recorrente um injusto ónus de antever se é ou não previsível que haja dupla conforme e, havendo-a, se será ou não viável a revista excepcional. E talvez acabe por incentivar a impugnação autónoma à *cautela*, incrementando contra o espírito da lei o leque de impugnações autónomas admissíveis.

Por outro lado, na mesma linha do acima defendido no plano do recurso de apelação⁵⁸, também não vemos como justificar a necessidade (ou possibilidade) de impugnação autónoma de certas decisões intercalares ao abrigo do artigo 721.º, n.º 2, al. *c*). Porque não é lícito ao intérprete atribuir a duas expressões legais exactamente iguais [as dos artigos 691.º, n.º 2, al. *n*), e 721.º, n.º 2, al. *c*] sentidos divergentes, o artigo 721.º, n.º 2, al. *c*), há-de reportar-se não a todos os casos em que a lei admite a revista mas tão-somente aos acórdãos intercalares de que a lei admite especialmente revista imediata (*v.g.*, artigo 154.º, n.ºs 5 e 6).

Sem prejuízo de mais profunda reflexão, quer-nos parecer que a solução há-de passar pela abertura à interposição de recurso do acórdão final. Não tem a mínima correspondência com a letra da lei, nem com a sua teleologia, uma revista autónoma da decisão interlocutória a deduzir no prazo legal para a interposição da revista do acórdão final (nesse caso não impugnado), além dos problemas que isso podia suscitar no plano da determinação do momento do trânsito em julgado do acórdão final da Relação. Por outro lado, a economia processual aconselha a que ao Supremo se dê logo, pelo menos, a possibilidade de alterar o acórdão da Relação em função do que decidir sobre a interlocutória. Por aplicação analógica do artigo 684.º-B, n.º 1, é defensável que se exija do recorrente a indicação, no requerimento de interposição do recurso, de que o fundamento da revista está (ou também está, sendo a revista excepcional) na impugnação da decisão interlocutória. Enfim, o recurso seguirá os trâmites da revista normal, mesmo havendo dupla conforme. Mas se o recorrente entender que tem fundamento para interpor revista excepcional, é com esta que há-de impugnar a interlocutória, devendo o Supremo ordenar a distribuição do recurso como revista normal, circunscrito à

a sentença é confirmada pela Relação a final, sem voto de vencido; mas este último aresto seguiria evidentemente outra direcção caso não fosse a limitação operada no âmbito do recurso (*Recursos em processo civil*, 386, nota 526).

⁵⁷ *Recursos em processo civil*, 386, nota 526. Adere a esta posição ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Recursos em processo civil. Reforma de 2007*, 146, nota 129.

⁵⁸ *Supra* n.º 13.

questão da decisão interlocutória, caso venha a concluir, após a apreciação preliminar referida no artigo 721.º-A, n.º 3, pela não verificação dos pressupostos da revista excepcional⁵⁹⁻⁶⁰.

C) Artigo 721.º, n.º 3: decisões a que se reporta a dupla conforme e noção de dupla conforme

33. A regra da *dupla conforme* vem prevista no artigo 721.º, n.º 3: não é admitida revista do acórdão da Relação que confirme, sem voto de vencido e ainda que por diferente fundamento, a decisão proferida na 1.ª instância.

Uma primeira questão, de entre variadíssimas⁶¹, que se põe com respeito a esta regra profundamente problemática é a de saber a que decisões ela se reporta.

Os acórdãos *interlocutórios da Relação*, referidos no artigo 721.º, n.º 2, estão naturalmente excluídos. Sendo interlocutórios da Relação, sendo que não julgam o objecto do recurso interposto, certo é que não podem confirmar ou deixar de confirmar a decisão da 1.ª instância. São proferidos *ex novo* e o conceito de dupla conforme não faz qualquer sentido quanto a eles⁶².

⁵⁹ Pode ver-se um exemplo de uma situação em que o Supremo Tribunal de Justiça (formação de apreciação preliminar do artigo 721.º-A, n.º 3) remeteu os autos à distribuição como revista normal após rejeição da revista excepcional (não existia dupla conforme), no Acórdão de 7 de Julho de 2010, proc. n.º 5/08.3TBGDL.E1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

⁶⁰ Não é extensível às hipóteses tidas em vista no texto a jurisprudência firmada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010, proc. n.º 941/08.7TBCBR.C1.S1, acessível em <http://biblioteca.mj.pt>, relativa à arguição de nulidades de acórdãos *finais* da Relação tirados com dupla conforme, isto é, de acórdãos em princípio irrecorríveis. Em tais situações, o arguente tem, segundo o Supremo, duas opções: ou prescinde da faculdade de recorrer e argúi a nulidade perante o juízo *a quo*; ou pede a revista excepcional e nela argúi a nulidade, que só deverá ser conhecida se o recurso for admitido pela formação do artigo 721.º-A, n.º 3. Trata-se de solução que, da nossa perspectiva, merece reservas pelo menos quando a nulidade é, por assim dizer, *nova* (v.g., o acórdão confirmatório não especifica os fundamentos ou a nova fundamentação do acórdão confirmatório está em oposição com a decisão), por nem sequer se poder então falar de dupla conforme (não é proferido “*por diferente fundamento*” – artigo 721.º, n.º 3 – o acórdão não fundamentado, ou aquele que não é conclusão lógica dos diferentes fundamentos). Num e noutro caso, ou em casos semelhantes, parece de admitir a revista como revista normal.

⁶¹ Cujo levantamento e tratamento exaustivo temos de deixar de fora deste escrito.

⁶² Mesmo quando, proferidos em conferência, confirmam decisão do desembargador relator. V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Setembro de 2010, proc. n.º 1541/08.7TVLSB. AL1.S1, acessível em www.dgsi.pt: “Não estamos perante a situação de dupla conforme quando tudo se passa numa só e única instância, a segunda, com a conferência a confirmar o despacho do Relator, assumindo o poder decisório colectivo que é apanágio dos tribunais ...colectivos”.

Os acórdãos proferidos pela Relação sobre as *decisões referidas no n.º 1 e no n.º 2, al. h), do artigo 691.º* são, ao invés, naturalmente abrangidos pela regra da dupla conforme. O artigo 721.º, n.º 3, reporta-se em primeiríssimo plano à revista dos acórdãos da Relação referidos no n.º 1. Pode tratar-se de acórdãos sobre questões de mérito ou de forma; fundamental é que sejam acórdãos *fnais* da Relação sobre decisões finais ou sobre despacho saneador-sentença (parcial) da 1.ª instância⁶³.

Restam os arestos da Relação que, embora *fnais* (conhecedores do objecto do recurso), versam sobre *decisões interlocutórias da 1.ª instância*. Se a Relação confirmar por unanimidade a decisão da 1.ª instância (por exemplo, a Relação confirma ser a parte legítima), funcionará a regra da dupla conforme, proibindo-se por essa via a revista, mas abrindo-se caminho à revista excepcional?

Não parece. Como tem sido afirmado pela doutrina e confirmado pela jurisprudência, a revista excepcional só tem lugar quando da decisão caiba revista normal⁶⁴. Ora, o artigo 721.º, n.º 5, e o artigo 721.º, n.º 1, *a contrario*, proíbem a revista normal de acórdãos da Relação que incidam sobre decisões interlocutórias (salvo o saneador-sentença parcial) da 1.ª instância. Estando a revista *normal* à partida sempre postergada, não sobra espaço para o seu afastamento com base na regra da dupla conforme, que nem sequer chega a aplicar-se⁶⁵. A própria inserção sistemática do n.º 3 do artigo 721.º (antes do n.º 5) assim o induz. No caso de arestos da Relação sobre decisões interlocutórias da 1.ª instância (que não o saneador-sentença parcial), nunca cabe portanto revista, de harmonia com o

⁶³ Cfr. porém JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 3.º, t. I, 150 e 154 (o artigo 721.º, n.º 3, refere-se às situações dos n.ºs 1 e 2), e LUÍS CORREIA DE MENDONÇA e HENRIQUE ANTUNES, *Dos recursos (Regime do Decreto-Lei n.º 303/2007)*, 272.

⁶⁴ Quanto à doutrina, v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil”, 10, JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 3.º, t. I, 150, AMÂNCIO FERREIRA, *Manual dos recursos em processo civil*, 246, CARDONA FERREIRA, *Guia de recursos em processo civil*, 260, 275 e 276, ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 401 e 414, BRITES LAMEIRAS, *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 239 e 240, LUÍS CORREIA DE MENDONÇA e HENRIQUE ANTUNES, *Dos recursos (Regime do Decreto-Lei n.º 303/2007)*, 272, e JOSÉ MIGUEL ALVES BRITO, “Notas soltas sobre a reforma do regime dos recursos em processo civil”, 538, nota 92. Quanto à jurisprudência, v. *infra* n.ºs 41 e 42.

⁶⁵ Expressamente no sentido de que o instituto da dupla conforme só pode ser aplicado em relação à revista que caberia dos acórdãos da Relação proferidos sobre decisões finais ou saneadores-sentença parciais da 1.ª instância, v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil”, 9. Conclui o Ilustre Professor de Lisboa que “o regime da dupla conforme impõe uma restrição (a inadmissibilidade da revista quando o acórdão da Relação for concordante com a decisão final da 1.ª instância) dentro de uma outra restrição (a inadmissibilidade da revista quando o acórdão da Relação mantiver ou revogar uma decisão não final da 1.ª instância)”. V. ainda BRITES LAMEIRAS, “A marcha dos recursos ordinários”, 68.

artigo 721.º, n.ºs 1 e 5, *haja ou não confirmação da decisão da 1.ª instância*⁶⁶. Estranho seria, de resto, que o Código admitisse a revista havendo dupla conforme e a excluísse na hipótese inversa⁶⁷.

Mas esta conclusão não deixa de brigar com a coerência do sistema recursório, como acima notámos. Se a 1.ª instância disser que a parte é ilegítima e a Relação confirmar por unanimidade, pode haver recurso por causa das exceções à dupla conforme. Se a 1.ª instância disser que a parte é legítima e a Relação confirmar por unanimidade já não pode haver recurso *apesar* da dupla conforme e ainda que se verifique alguma das alíneas do n.º 1 do artigo 721.º-A, porque a lei *exclui* liminarmente a revista *normal*.

Isto faz com que nos questionemos sobre se, por imperativo constitucional, não será de aplicar a regra do artigo 721.º-A, n.º 1, a casos que vão muito para além dos que nele vêm contemplados. Voltaremos ao assunto mais tarde⁶⁸.

34. Uma segunda questão que aqui compete abordar é a de saber em que consiste, verdadeiramente, a dupla conforme.

Num notável artigo publicado em 2008 sobre a dupla conforme, o Prof. Miguel Teixeira de Sousa chama a atenção para várias dificuldades que podem surgir na interpretação e aplicação do artigo 721.º, n.º 3, dificuldades que ilustra com diversos exemplos. É texto de leitura obrigatória, cujas conclusões

⁶⁶ Salvo nos casos em que a revista tem sempre lugar (artigo 678.º, n.º 2). V. *infra* n.º 40.

⁶⁷ V. JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 3.º, t. I, 147 (não tem sequer cabimento a aplicação da al. c) do artigo 721.º-A, n.º 1, que podia ter continuado, *grosso modo*, a solução consagrada no artigo 752.º, n.º 2, do Código pré-reforma de 2007), e ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 414. Na jurisprudência, v., por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 2011, proc. n.º 131/09.1TTTVD.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt (foi recusada a revista excepcional do acórdão da Relação confirmatório de um despacho da 1.ª instância de rejeição de um requerimento de prova com fundamento na inadmissibilidade da revista normal à luz do artigo 721.º, n.º 1, *a contrario*). Em geral, é frequente encontrar na jurisprudência do Supremo a afirmação, nem sempre consequente, de que constitui pressuposto da dupla conforme que “o recurso seja interposto de acórdão da Relação proferido sobre decisão da 1.ª instância que tenha posto termo ao processo ou sobre despacho saneador que, sem pôr termo ao processo, decida do mérito da causa” (v. *infra* n.º 41). Aparentemente em sentido contrário, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 2010, proc. n.º 2825/08. OTJLSB.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt: tratou de julgar sobre o preenchimento das alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 721.º-A numa revista interposta de acórdão da Relação confirmatório de decisão da 1.ª instância que tinha decidido pela improcedência da excepção de incompetência relativa. Curiosa decisão também à face do artigo 111.º, n.º 4. V. igualmente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2010, proc. n.º 2303/08.7TVLSB-A.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt (v. *infra* n.º 42).

⁶⁸ V. *infra* n.ºs 44 ss.

nos eximimos, por conseguinte, de aqui referir, apesar de nem sempre as acompanharmos⁶⁹.

Salvo melhor opinião, parece-nos que confirmar é dizer que a decisão da 1.ª instância está *correcta*, é dizer que *está bem tal e qual como está*; não é dizer que está *correcta em parte*, que está *bem aqui, mas não está ali*...E confirmar a decisão é confirmar a *parte decisória* da sentença na sua totalidade, independentemente do fundamento⁷⁰.

Em Acórdão de 29 de Outubro de 2009⁷¹, a formação do Supremo Tribunal de Justiça referida no artigo 721.º-A, n.º 3, deparou-se, em termos genéricos, com este caso: a autora pediu a declaração de nulidade de um contrato-promessa sobre imóvel ou, subsidiariamente, a sua resolução; os réus contestaram e deduziram reconvenção, pedindo o reconhecimento da aquisição a seu favor da propriedade do imóvel por usucapião ou, subsidiariamente, a execução específica do contrato; o tribunal de 1.ª instância absolveu os réus do pedido principal e condenou-os no pedido subsidiário, decretando a resolução do contrato; julgou improcedentes os pedidos reconventionais. Os réus recorreram da sentença na parte em que os condenou no pedido subsidiário e absolveu a autora dos pedidos reconventionais. A Relação de Guimarães revogou a decisão da 1.ª instância no que toca à condenação no pedido subsidiário, absolvendo os réus da instância (por verificada excepção de caso julgado), e manteve o decidido quanto à reconvenção. Autora e réus interpuseram revista, sendo que por ora nos interessa apenas a revista da autora. Entendeu o Supremo Tribunal de Justiça não haver, num caso destes, dupla conforme, porque “a conformidade tem de reportar-se à decisão no seu todo, na sua globalidade. Se a sintonia decisória é apenas parcial, abrangendo tão só um dos segmentos da decisão, ou um (ou mais, mas não a totalidade) dos pedidos no caso de ter havido cumulação, estamos perante uma situação de “desconformidade”, perante uma “dupla desconforme”, que justificará, eventualmente, a interposição de recurso de revista “normal”, mas arreda, seguramente, a possibilidade de interposição de revista excepcional. Ou seja: no caso de, no recurso de apelação, ocorrer o decaimento parcial de qualquer das partes, fica afastada a revista excepcional”.⁷²

⁶⁹ V. “«Dupla conforme»: critério e âmbito da conformidade”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21, 2008, 21 ss. V. *supra* nota 60.

⁷⁰ Escreve o Conselheiro CARDONA FERREIRA, *Guia de recursos em processo civil*, 261, que confirmar “só tem um sentido: confirmar uma decisão recorrida é não introduzir, na injunção final, qualquer alteração relativamente ao que decidir a 1.ª instância”.

⁷¹ Acórdão de 29 de Outubro de 2009, proc. n.º 1449/08.6TBVCT.G1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

⁷² V. porém ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 384 e 385.

Posteriormente, o Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a considerar que, para existir dupla conforme, é essencial que a Relação mantenha *unânime e irrevocavelmente* o decidido pela 1.ª instância⁷³. Muito claramente em Acórdão de 7 de Julho de 2010, o Supremo reafirmou que, “para que a dupla conforme exista, resulta do disposto no já citado artigo 721.º, n.º 3, que o acórdão da Relação teria de confirmar, sem restrições, o decidido na 1.ª instância, salvo no que à respectiva fundamentação se refere, só essa podendo, nos termos daquele dispositivo, ser diferente, pois da redacção daquele dispositivo se conclui que o legislador pretendeu excluir a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, salvo as mencionadas excepções, apenas nos casos em que as decisões da Relação confirmem *na íntegra* as da 1.ª instância e *não somente em parte*. Só assim, ou seja, confirmando o acórdão da Relação, *tal qual, na sua globalidade, mediante total sobreposição* e sem voto de vencido, a decisão da 1.ª instância, *deixando-a intocada*, se pode dizer que o acórdão recorrido confirmou aquela decisão, só então existindo a dupla conformidade [...]”⁷⁴.

35. Esta jurisprudência parece de seguir.

Assim, num caso como o dado pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa⁷⁵, em que o autor formula um pedido de condenação no valor de 150.000,00 euros, o réu é condenado a pagar 140.000,00 euros e a Relação, por unanimidade, dá provimento parcial ao recurso interposto pelo réu e condena-o a pagar apenas 100.000,00 euros, absolvendo-o de 40.000,00, num caso como este *não há* dupla conforme e o réu poderá interpor revista. O acórdão da Relação *não confirma* a decisão da 1.ª instância, *não diz que está bem como está*, que *deve ficar igual*, ou, para usar as palavras da jurisprudência citada, não a confirma *tal e qual, na sua globalidade, mediante total sobreposição* e sem voto de vencido, *deixando-a intocada*.

É outro o entendimento do Prof. Miguel Teixeira de Sousa, para quem, naquele e em outros casos semelhantes⁷⁶, o réu não pode recorrer para o Supremo “porque o acórdão da Relação lhe é mais favorável do que aquele que ele não poderia impugnar (que seria aquele que mantivesse a condenação em 140.000,00

⁷³ V. Acórdãos de 4 de Maio de 2010, proc. n.º 2825/08.OTJLSB.L1.S1, de 17 de Junho de 2010, proc. n.º 1195/08.OTBBRR.L1.S1, de 7 de Julho de 2010, proc. n.º 1458/08.5TVLSB.L1.S1, de 5 de Maio de 2011, proc. n.º 657/10.4TVLSB-B.L1.S, e de 17 de Junho de 2011, proc. n.º 6/10.1TVPR.T.P1.S1, acessíveis em www.dgsi.pt, e de 14 de Setembro de 2010, proc. n.º 941/08.7TBCBR.C1.S1, acessível em <http://biblioteca.mj.pt>.

⁷⁴ Acórdão de 7 de Julho de 2010, proc. n.º 5/08.3TBGDL.E1.S1, acessível em www.dgsi.pt. Os itálicos foram acrescentados.

⁷⁵ “«Dupla conforme»: critério e âmbito da conformidade”, 25 e 26.

⁷⁶ V. “«Dupla conforme»: critério e âmbito da conformidade”, 24 ss.

euros)”⁷⁷. Se o réu não podia interpor revista de um acórdão que o condenasse em 140.000,00 euros, “então não é coerente” – continua o Distinto Catedrático de Lisboa – admitir que ele possa interpor revista de uma decisão que só o condena em 100.000,00 euros⁷⁸. Seria portanto de observar, segundo explica, o seguinte critério: “sempre que o apelante obtenha uma procedência parcial do recurso na Relação, isto é, sempre que a Relação pronuncie uma decisão que é mais favorável – tanto no aspecto quantitativo, como no aspecto qualitativo – para esse recorrente do que a decisão recorrida proferida pela 1.ª instância, está-se perante duas decisões “conformes” que impedem que essa parte possa interpor recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça”. “A justificação desta solução – acrescenta – continua a ser a de que não faz sentido admitir o recurso de revista quando o apelante tiver obtido na Relação uma decisão mais favorável do que aquela que, por força do sistema da “dupla conforme”, ele já não poderia impugnar através desse mesmo recurso. Se a improcedência total da apelação obsta, por imposição do sistema da “dupla conforme”, à interposição da revista, então também a procedência parcial dessa apelação não pode deixar de produzir, por idêntica razão, o mesmo efeito impeditivo”⁷⁹.

Mas, salvo o devido respeito, não parece serem de incluir na delimitação do âmbito da conformidade considerações de benefício ou prejuízo para o recorrente. É verdade que pode soar estranho que alguém possa recorrer tendo ficado beneficiado quando não podia se a decisão fosse exactamente a mesma da da 1.ª instância. Mas não é por causa de o recorrente *ficar na mesma* que o artigo 721.º, n.º 3, impede a revista; é sim porque a decisão *ficou a mesma*. Não é a posição do recorrente que conta; é o sentido da decisão.

E aqui reside o fundamento último da dupla conforme. Se há duas decisões iguais, então pode afirma-se com razoável segurança que o caso *está bem decidido*, que já não oferece dúvidas, que é *segura e certa* a composição de interesses a que chegaram. A dupla conforme, inscrita num objectivo de racionalização do acesso ao Supremo é certo, visa impedir esse acesso apenas e quando se mostre seguro que as decisões das instâncias vertem a solução correcta. No artigo 721.º, n.º 3, como que se estabelece uma *presunção de correcção dos julgados* decorrente da absoluta coincidência das decisões das instâncias.

Ora, se houver divergência, haverá necessariamente incerteza. E jamais será possível asseverar-se que foi inilidivelmente correcto o caminho (em parte) seguido. Cede a presunção de correcção.

⁷⁷ *Ibidem*, 26.

⁷⁸ *Ibidem*, 25.

⁷⁹ *Ibidem*, 26.

Daí a importância reconhecida pela lei à ausência de voto de vencido. É que, *mesmo sendo as decisões das instâncias exactamente as mesmas*, se for lavrado voto de vencido, estará abalada a confiança no seu acerto.

Podia-se contra-argumentar: se a dúvida sobre os julgados justifica a inexistência de dupla conforme, fica por esclarecer por que aceita a lei haver dupla conforme quando a fundamentação das instâncias é diversa (artigo 721.º, n.º 3). Ou seja: se a Relação está em desacordo com a 1.ª instância quanto à fundamentação, como se justifica que o legislador dê o assunto como definitivamente bem resolvido? A resposta é simples: a divergência nos fundamentos não aumenta a incerteza quanto à correcção da decisão, *antes a diminui*, pois que, pese embora a divergência, a decisão se aguentou sólida e firme. Saiu reforçada. Pode muito bem dizer-se que existe dupla conforme quando a Relação confirma a decisão da 1.ª instância *ainda por cima* por diferente fundamento.

Podia contra-argumentar-se ainda, recorrendo ao exemplo acima oferecido: se a Relação confirma a decisão da 1.ª instância quanto aos 100.000,00 euros, então há dupla conforme quanto à condenação nesse montante, há insofismável certeza da correcção das decisões quanto a esse montante e o réu não está mais autorizado a interpor revista. O argumento é reversível à luz da fundamentação aventada, porque, a partir do momento em que a Relação *mexeu* na decisão da 1.ª instância, abriu o flanco à dúvida sobre a correcta solução que merece o litígio⁸⁰.

⁸⁰ Questão diferente é a de saber se, no exemplo dado no texto, o réu teria legitimidade e interesse em recorrer. Afinal de contas, saiu vencedor no acórdão da Relação quanto a 40.000,00 euros (de uma condenação em 140.000,00 passou para uma condenação em 100.000,00). Mas se a sucumbência traduz a medida da utilidade económica em que a decisão é desfavorável ao vencido, então há-de determinar-se, quanto ao recorrente, por referência ao que foi pedido no recurso. V., neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Outubro de 2010, proc. n.º 4483/07.0TTLSB.L1.S1, acessível em <http://biblioteca.mj.pt> (“O valor da sucumbência corresponde ao montante do prejuízo que a decisão recorrida importa para o recorrente, aferido pelo teor da alegação do recurso e pela pretensão nele formulada, equivalendo, pois, ao valor do recurso, traduzido na utilidade económica que, através dele, se pretende obter”), ou o Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de Janeiro de 2011, proc. n.º 34/10.7TTCLD-A.L1-4, acessível em <http://biblioteca.mj.pt> (“[...] a sucumbência não diz respeito à qualificação jurídica dos factos ou aos argumentos jurídicos discutidos, mas mede-se pela utilidade económica imediata que se obtém ou em que se decai na acção”), no qual se citam outros arestos. Portanto, voltando ao exemplo, se o réu tiver apelado requerendo a revogação total da sentença que o condenou a pagar 140.000,00 euros e tiver continuado condenado em 100.000,00, claro que a sucumbência ultrapassa metade da alçada do tribunal da Relação (artigo 678.º, n.º 1) e o réu pode interpor revista. Por certo que o acórdão da Relação lhe é mais favorável, mas condena-o ainda, contra o por ele pretendido, a pagar 100.000,00 euros. Diferente seria – porque então não teria ficado vencido – se tivesse apelado para obter apenas a redução da condenação no montante de 40.000,00 euros.

36. Finalmente, temos de deixar aqui nota de uma última coisa, que é esta: a existência de dupla conforme deve ser aferida separadamente para cada uma das partes em caso de ter sido deduzida reconvenção.

O autor pede a condenação do réu a pagar 100.000,00 euros e o réu contesta e deduz reconvenção no valor de 50.000,00 euros. A 1.^a instância julga procedentes a acção e a reconvenção. Autor e réu apelam para a Relação, que confirma o decidido pela 1.^a instância. Nenhum pode interpor revista, por causa da dupla conforme. Imagine-se porém que a Relação considera procedente o recurso do autor quanto à condenação no pedido reconvençional, absolvendo-o, e improcedente o recurso do réu quanto à condenação na acção, mantendo o decidido em 1.^a instância. Em semelhante hipótese, o réu já não pode recorrer da condenação na acção, porque há dupla conforme, mas pode interpor revista quanto ao pedido reconvençional, porque perdeu na Relação e não há dupla conforme.

Basta que aqui se invoque, para justificar esta solução, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça acima citado de *29 de Outubro de 2009*⁸¹, do qual é o seguinte trecho: “[claro] que, havendo reconvenção, a dupla conformidade tem de ser vista e analisada separadamente, em relação à parte decisória incidente sobre o pedido do autor e à que respeita ao pedido reconvençional. Como é sabido, na reconvenção há um pedido *autónomo* formulado pelo réu contra o autor, o que vale dizer que, com ela, passa a haver *uma nova acção* dentro do *mesmo processo*: deixa de haver *uma só acção* e passa a haver *duas acções cruzadas* no mesmo processo [...]. E, por isso, a sentença engloba duas distintas decisões, uma respeitante ao pedido do autor, outra atinente ao pedido reconvençional. E, havendo recurso de ambas as partes, bem pode suceder que a Relação confirme, por unanimidade, a sentença quanto ao pedido do autor (ou à pretensão reconvençional) e a altere no que tange ao pedido do réu reconvinente (ou ao do autor), caso em que existe dupla conforme em relação ao pedido de uma das partes e desconformidade decisória no tocante à pretensão autónoma da outra”⁸².

D) *Relação entre os artigos 721.º, n.º 3, e 721.º-A, n.º 1, e o artigo 678.º, n.º 2*

37. Tem sido problemática a articulação dos artigos 721.º, n.º 3, e 721.º-A, n.º 1, com o artigo 678.º, n.º 2.

⁸¹ Acórdão de *29 de Outubro de 2009*, proc. n.º 1449/08.6TBVCT.G1.S1, acessível em *www.dgsi.pt*. No mesmo sentido, v. CARDONA FERREIRA, *Guia de recursos em processo civil*, 279.

⁸² A hipótese de haver pluralidade de partes também levanta dúvidas complexas quanto à questão de saber em que termos se afere a dupla conforme. Sobre o assunto, v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “«Dupla conforme»: critério e âmbito da conformidade”, 23 e 24, e CARDONA FERREIRA, *Guia de recursos em processo civil*, 279-280.

O problema é este: se a Relação emitir, por unanimidade, acórdão que caiba na previsão de alguma das alíneas do n.º 2 do artigo 678.º e for plenamente confirmatório da sentença, caberá dele revista? Por exemplo, a Relação decide em violação do caso julgado, ou decide sobre a competência absoluta do tribunal da 1.ª instância, ou decide, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, contra jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça. Havendo dupla conforme, é o artigo 678.º, n.º 2, que prevalece sobre os artigos 721.º, n.º 3, e 721.º-A, n.º 1, ou são antes estes que se impõem àquele?

Se se entender que o artigo 678.º, n.º 2, prevalece, então haverá sempre lugar a revista, apesar da dupla conforme.

Se se entender que imperam os preceitos especiais relativos ao recurso de revista, então nunca haverá revista fora das situações do artigo 721.º-A, n.º 1, apesar do disposto no artigo 678.º, n.º 2.

38. A favor da tese de que, havendo dupla conforme, a revista só é admissível nos termos do artigo 721.º-A, n.º 1, e não também ao abrigo do artigo 678.º, n.º 2, podem invocar-se, em primeiro lugar, os estritos dizeres dos artigos 721.º, n.º 3, *in fine*, e 721.º-A, n.º 1, proémio. O artigo 721.º, n.º 3, proíbe a revista “salvo nos casos previstos no artigo seguinte”. O artigo 721.º-A, por seu turno, admite a revista “do acórdão da Relação referido no n.º 3 do artigo anterior” “excepcionalmente”, se verificada alguma das hipóteses contempladas nas alíneas do seu n.º 1.

Em segundo lugar, pode argumentar-se com o facto de o artigo 678.º, n.º 2, ser excepção somente ao n.º 1 e não ao regime especial da dupla conforme. Com efeito, no proémio do artigo 678.º, n.º 2, admite-se a revista *independentemente do valor da causa e da sucumbência* e não também *independentemente da dupla conforme*.

Em terceiro lugar, num plano sistemático, poderá avançar-se que os artigos 721.º e 721.º-A são parte integrante de um corpo de regras próprio e específico do recurso de revista que, em bloco, se sobrepõe aos preceitos de ordem geral.

Em quarto lugar, dir-se-ia que a lei fez consumir a hipótese da al. c) do artigo 678.º, n.º 2, pelo artigo 721.º, n.º 1, al. c) – o que implicaria que teriam ficado de fora do rol de excepções à dupla conforme as outras alíneas do artigo 678.º, n.º 2.

Este entendimento tem sido sufragado pelo Conselheiro Cardona Ferreira.

Alega em seu favor, precisamente, a circunstância de que, “quanto à única hipótese que [...] poderia suscitar ponderação, a saber, a da alínea c) do n.º 2 do artigo 678.º, o legislador assumiu a necessidade de expressar essa temática, como factor de revista excepcional, embora com outra redacção”⁸³. Por outro lado, acrescenta, nos “casos de recurso *extraordinário*, trata-se de excepções ao bloqueio decorrente de valores de causa/alçada/sucumbência (artigo 678.º, n.º 2). No caso de revista

⁸³ *Guia de recursos em processo civil*, 271. V. igualmente 127, 270 e 280.

excepcional, trata-se de ultrapassar o bloqueio decorrente de dupla conforme (artigos 721.º/721.º-A). [...] Prescrevendo a relevância da dupla conforme, o que o legislador pretendeu, ao elaborar o regime da revista, foi um sistema que restringisse o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça [...] salvo circunstâncias excepcionais [...]. A situação é tão clara, que é difícil conceber dúvidas”⁸⁴. E conclui o Ilustre Conselheiro: “[...] havendo revista interposta, dita excepcional, há que ver se o caso concreto permitiria recurso de revista normal [artigos 678.º, n.º 1, e 721.º] [ou, eventualmente, extraordinária [artigos 678.º, n.º 2]]; na hipótese afirmativa, ver-se-á se se verifica dupla conforme; tratando-se de caso em que só a dupla conforme bloqueia a revista, então há que constatar se se verifica qualquer das hipóteses do n.º 1 do artigo 721.º-A que viabilize, excepcionalmente, a revista”⁸⁵⁻⁸⁶.

39. A doutrina claramente maioritária tem-se contido manifestado no sentido da tese inversa: independentemente da dupla conforme, a revista com base em alguma das situações do artigo 678.º, n.º 2, é sempre admissível.

Neste sentido pronunciou-se o Prof. Miguel Teixeira de Sousa, com fundamento em que o artigo 678.º, n.º 2, por contraposição ao n.º 3, prevê as situações em que *é sempre* (e sempre é sempre) admissível recurso para outro tribunal que não a Relação, isto é, para o Supremo Tribunal de Justiça⁸⁷, o Conselheiro Amâncio Ferreira, “por o recurso ser aqui [no artigo 678.º, n.º 2] sempre admissível”⁸⁸, e o Dr. José Miguel Alves Brito⁸⁹.

Mais desenvolvidamente, o Desembargador Abrantes Geraldês estriba-se, num primeiro momento, no facto de “a expressão adverbial (“*sempre*”) inculca[r] a ideia da prevalência sobre o regime mais restritivo previsto no artigo 721.º”⁹⁰ e de o critério geral em matéria de recorribilidade ser o do artigo 676.º, depois “comprimido ou filtrado através do n.º 1 do artigo 678.º, sempre com exclusão dos casos previstos no n.º 2 que, assim, continuam adstritos àquele princípio geral”⁹¹. Além disso, continua o Autor, o facto de o artigo 678.º constituir disposição geral

⁸⁴ *Ibidem*, 280.

⁸⁵ *Ibidem*, 278. V. ainda 126 ss., e “A reforma do regime legal dos recursos cíveis de 2007. Algumas notas”, *O Direito*, 140.º, II, 2008, 327 e 328.

⁸⁶ Também contestando “uma maior liberdade no preenchimento dos pressupostos da revista excepcional” por contrariar “a finalidade evidente da dupla decisão conforme – a restrição do acesso ao Supremo”, v. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA e HENRIQUE ANTUNES, *Dos recursos (Regime do Decreto-Lei n.º 303/2007)*, 153.

⁸⁷ “Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil”, 10 e 11.

⁸⁸ *Manual dos recursos em processo civil*, 246.

⁸⁹ “Notas soltas sobre a reforma do regime dos recursos em processo civil”, 537 e 538.

⁹⁰ *Recursos em processo civil*, 391-392.

⁹¹ *Ibidem*, 392.

não significa que deva ceder às disposições especiais sobre revista, como de resto já não sucedia no sistema pré-reforma de 2007 em relação ao processo sumaríssimo (anterior artigo 800.º) e ao incidente de incompetência relativa⁹². Ao que acresceria que outra interpretação que não a propugnada esvaziaria de conteúdo a parte final do artigo 387.º-A, porque em caso algum poderia haver recurso para o Supremo⁹³. Num plano teleológico (e depois de recusar atribuir qualquer relevância à revogação do anterior artigo 754.º, n.º 3), o Ilustre Desembargador da Relação de Lisboa sublinha que, por um lado e atentos os “valores fundamentais para o ordenamento jurídico” subjacentes à doutrina do artigo 678.º, n.º 2, “com dificuldade se poderia encarar a persistência de acórdãos da Relação que, não sendo susceptíveis de recurso de revista [...], desrespeitassem jurisprudência uniformizada”⁹⁴ e, por outro lado, que a prevalência do artigo 678.º, n.º 2, contribui para a “valorização” das funções do Supremo enquanto órgão jurisdicional que se quer virado para a criação de jurisprudência “que possa impulsionar os factores da certeza e da segurança jurídica”⁹⁵.

A esta argumentação vieram aderir José Lebre de Freitas e Armindo Ribeiro Mendes⁹⁶, Armindo Ribeiro Mendes⁹⁷ e, embora com “bastantes dúvidas e reservas”, Brites Lameiras, para quem cumpriria pois distinguir entre recurso de revista ordinário ou normal (artigo 721.º), excepcional (artigos 721.º, n.º 3, e 721.º-A) e especial (artigo 678.º, n.º 2)⁹⁸⁻⁹⁹.

40. Afigura-se ser esta última a tese mais acertada.

À face de tão boa argumentação já avançada em seu prol, pouco ou nada há a acrescentar. Que a letra do artigo 721.º, n.º 3, ao ressaltar apenas o artigo 721.º-A, e a do artigo 721.º-A, ao apresentar-se como excepção única ao artigo 721.º, n.º 3, não podem ser sobrevalorizadas demonstra-o o artigo 387.º-A: por certo que os artigos 721.º, n.º 3, e 721.º-A o não incluem no rol das excepções à dupla conforme, mas ninguém pode contestar que o é¹⁰⁰. E, a nosso ver, deve ter-se

⁹² *Ibidem*, 392 e 393.

⁹³ *Ibidem*, 393.

⁹⁴ *Ibidem*, 394.

⁹⁵ *Ibidem*, 394-395. V. ainda 44, 50, 401, nota 554, e 405, nota 558.

⁹⁶ *Código de Processo Civil anotado*, vol. 3.º, t. I, 147 e 148.

⁹⁷ *Recursos em processo civil. Reforma de 2007*, 146.

⁹⁸ *Notas práticas ao regime dos recursos em processo civil*, 242 ss., e “A marcha dos recursos ordinários”, 39 e 40.

⁹⁹ V. ainda J. F. SALAZAR CASANOVA e NUNO SALAZAR CASANOVA, “Apontamentos sobre a reforma dos recursos (Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto)”, 94.

¹⁰⁰ V., por exemplo, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Outubro de 2009, proc. n.º 737/09.9TJPR.T.P1.S1, e de 5 de Maio de 2011, proc. n.º 657/10. 4TVLSB-B.L1.S, acessíveis em www.dgsi.pt.

sempre presente, para efeitos interpretativos, que o artigo 721.º, n.º 3, não é manifestação de regra nenhuma, mas antes de excepção, porque a regra, em matéria de recursos – realça-o o Desembargador Abrantes Geraldes – continua a ser a da recorribilidade para o Supremo Tribunal de Justiça (artigo 676.º, n.º 1).

De resto, a solução contida no artigo 678.º, n.º 2, al. c), não ficou inteiramente prejudicada pela do artigo 721.º-A, n.º 1, al. c), porque mantém plena aplicação para as hipóteses em que a alçada é igual ou inferior à do tribunal da Relação. Se o valor da causa for de 20.000,00 euros e a Relação proferir, com dupla conforme, acórdão violador de jurisprudência uniformizada no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, a revista só poderá fundar-se no artigo 678.º, n.º 2, al. c), e nunca no artigo 721.º-A, n.º 1, al. c), porque este pressupõe a verificação dos pressupostos gerais da recorribilidade.

Depois, seria de ter em conta que, apesar de a prevalência do artigo 678.º sobre a dupla conforme ter estado *expressamente* salvaguardada nas propostas de alteração do sistema de recursos apresentadas, em Fevereiro de 2005, pelo Grupo de Trabalho para a Reforma da Justiça presidido pelo Dr. Miguel Galvão Teles e constituído pelo XVI Governo¹⁰¹ e de tal salvaguarda não ter transitado para o Anteprojecto de Revisão do Regime de Recursos em Processo Civil (1.º Documento de Trabalho) apresentado pelo GPLP em Novembro de 2005¹⁰², nem para o Anteprojecto de Decreto-Lei Autorizado¹⁰³, nem para a Proposta de Decreto-Lei Autorizado Submetido a Audições Públicas¹⁰⁴, a verdade é que se não pode dizer que foi abandonada: aquando da apresentação daquele primeiro Anteprojecto, não obstante o então proposto artigo 678.º, n.º 2, proémio, salvaguardar somente “o valor da causa e da sucumbência” (e não também a dupla conforme), o GPLP expressamente deixou consignado por escrito que o artigo 678.º prevalecia¹⁰⁵.

¹⁰¹ Foi proposta a seguinte redacção para o artigo 721.º-A, n.º 1: “1 – Não é admitida revista nos casos em que, estando o valor da causa ou da sucumbência, nos termos do n.º 1 do artigo 678.º, compreendido entre a alçada da Relação e o valor de 250.000 euros, o acórdão da Relação tiver confirmado, ainda que por diferente fundamento, a decisão proferida em 1.ª instância, salvo se: [...] c) for sempre admissível recurso para o Supremo, independentemente do valor” (“Relatório Preliminar do Grupo de Trabalho constituído pelo XVI Governo”, em *Reforma dos Recursos em Processo Civil. Trabalhos Preparatórios*, Coimbra, Almedina, 2008, 537 e 538).

¹⁰² V. “Anteprojecto de Revisão do Regime de Recursos em Processo Civil (1.º Documento de Trabalho)”, em *Reforma dos Recursos em Processo Civil. Trabalhos Preparatórios*, Coimbra, Almedina, 2008, 192 e 199.

¹⁰³ V. “Anteprojecto de Decreto-Lei Autorizado”, em *Reforma dos Recursos em Processo Civil. Trabalhos Preparatórios*, Coimbra, Almedina, 2008, 285, 286, 294 e 295.

¹⁰⁴ V. “Proposta de Decreto-Lei Autorizado Submetido a Audições Públicas”, em *Reforma dos Recursos em Processo Civil. Trabalhos Preparatórios*, Coimbra, Almedina, 2008, 388, 396, 397, 409 e 410.

¹⁰⁵ V. “Anteprojecto de Revisão do Regime de Recursos em Processo Civil (1.º Documento de Trabalho)”, 184.

Finalmente, a tese da prevalência dos artigos 721.º, n.º 3, e 721.º-A sobre o artigo 678.º, n.º 2, percebe-se mal quando estão em causa acórdãos da Relação confirmatórios de decisões interlocutórias da 1.ª instância. Se a decisão impugnada tiver sido uma decisão final e houver dupla conforme, sem dúvida que entram em conflito os artigos 678.º, n.º 2, e 721.º, n.º 3, porque a dupla conforme respeita precisamente à revista de acórdãos que julgaram decisões finais (ou saneadores-sentença). Mas se a decisão da 1.ª instância impugnada ao abrigo do n.º 2 do artigo 678.º tiver sido uma decisão interlocutória e a Relação a tiver confirmado, já a regra da dupla conforme se não aplica. Vimos acima¹⁰⁶ que estes acórdãos da Relação confirmatórios de decisões interlocutórias são em princípio insusceptíveis de recurso para o Supremo, não por força do obstáculo trazido pela dupla conforme, mas porque os artigos 721.º, n.º 1, *a contrario*, e 721.º, n.º 5, assim o determinam. Isso tornará a nosso ver indiscutível que desses acórdãos pode ser interposto recurso de revista ao abrigo do artigo 678.º, n.º 2¹⁰⁷, sem que os artigos 721.º, n.º 3, e 721.º-A, n.º 1, com ele interferiram. Ora, isto obrigaria o intérprete e aplicador do direito a recusar a revista a acórdãos da Relação abrangidos por alguma das alíneas do n.º 2 do artigo 678.º confirmatórios de decisões finais ou de saneadores-sentença parciais da 1.ª instância (por força da dupla conforme) e a admiti-la, estranhamente, se tais acórdãos incidissem sobre decisões meramente interlocutórias (por força do artigo 678.º, n.º 2). Talvez para evitar esta crítica o Supremo tenha já, algo casuisticamente, aplicado o artigo 721.º, n.º 3, e submetido à regra da dupla conforme e suas exceções a admissibilidade da revista de acórdãos da Relação sobre decisões interlocutórias da 1.ª instância impugnadas com fundamento no artigo 678.º, n.º 2 (ver números seguintes). Mas isso é *alargar forçadamente* o âmbito da dupla conforme, que devia confinar-se ao excepcional.

41. A jurisprudência da formação de apreciação preliminar referida no artigo 721.º-A, n.º 3, tem preferido, maioritariamente, a orientação oposta à acabada de expor.

Logo nos primeiros arestos sobre a matéria da revista excepcional o Supremo Tribunal de Justiça se preocupou em distinguir entre *revista normal* e *revista excepcional*.

Com efeito, segundo o Supremo, “para ser admissível a revista excepcional é, antes de mais, necessário que em causa esteja uma decisão que em princípio admita recurso, nos termos do artigo 678.º, n.º 1, ou em que o recurso é sempre admissível, por força dos n.ºs 2 e 3 [sic] do mesmo artigo, ou que não se trate de uma decisão que, em razão de disposição especial da lei, não admite recurso para o Supremo

¹⁰⁶ *Supra* n.º 33.

¹⁰⁷ Contra, BRITES LAMEIRAS, “A marcha dos recursos ordinários”, 44, 45 e 51.

Tribunal de Justiça; e importa ainda que o recurso seja interposto de acórdão da Relação proferido sobre decisão da 1.ª instância que tenha posto termo ao processo ou sobre despacho saneador que, sem pôr termo ao processo, decida do mérito da causa, pois o recurso de revista só nestes casos é admissível (artigo 721.º/1). Só verificados estes requisitos – os requisitos da revista “normal” – e se ocorrer ainda qualquer uma das situações previstas no n.º 1 do dito artigo 721.º-A, é que, nos casos de dupla conforme, é admissível a revista excepcional. Existindo aqueles requisitos, que conduziriam à admissibilidade da revista nos termos normais, é que, tornando-se inadmissível a revista por ocorrer a dupla conforme absoluta, haverá que apurar se se verifica algum dos pressupostos apontados naquele artigo 721.º-A, n.º 1, caso em que haverá lugar à revista excepcional”¹⁰⁸.

Ou seja: para o Supremo, a revista *normal* é aquela que, não sendo excluída por disposição especial da lei, é permitida pelos artigos 678.º, n.º 1, ou 678.º, n.º 2, por um lado, e pelo artigo 721.º, n.º 1, por outro; já a revista *excepcional* será a revista normal que, apesar da dupla conforme, pode subir nos termos do artigo 721.º-A. “Há uma íntima conexão entre o disposto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 721.º e os n.ºs 1 e 3 do artigo 721.º-A: os casos de revista excepcional são hipóteses em que a revista “normal” não é admissível apenas por se verificar uma situação de dupla conforme, ou seja, hipóteses que, não fora a dupla conforme, se reconduziriam a situações de revista “normal”¹⁰⁹.

A revista excepcional pressupõe, pois, a reunião dos requisitos para a revista *normal* e a existência de dupla conforme.

De maneira que, naquele Acórdão do Supremo, discutindo-se se caberia revista excepcional [ao abrigo do artigo 721.º-A, n.º 1, al. d)] de acórdão da Relação que tinha confirmado, por unanimidade, a decisão de indeferimento de um arresto proferida pela 1.ª instância, foi a revista negada, com o fundamento principal de que *não cabia no caso revista normal*. Tratando-se de procedimento cautelar, a única hipótese de haver revista *normal* era por força da aplicação do artigo 678.º, n.º 2 (artigo 387.º-A, *in fine*), mas nenhum dos fundamentos deste preceito se verificava.

Esta mesmíssima jurisprudência encontramos-la num outro Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça do mesmo dia (8 de Outubro de 2009). Estava em causa saber se cabia revista excepcional de um acórdão da Relação que confirmara, sem voto de vencido, o saneador da 1.ª instância em que se declarara incompetente, em razão da matéria, o tribunal cível, por a competência pertencer ao tribunal administrativo. Decidiu-se então, com base na mesma argumentação, que não era admissível a revista normal – o recurso deveria ter sido interposto para o Tribunal

¹⁰⁸ V. Acórdão de 8 de Outubro de 2009, proc. n.º 737/09.9TJPR.T.P1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

dos Conflitos (artigo 107.º, n.º 2) e não para o Supremo Tribunal de Justiça – e, consequentemente, inadmissível se apresentava a revista excepcional.¹¹⁰

E encontramos-la igualmente, por exemplo, nos Acórdãos de 29 de Outubro de 2009¹¹¹, de 17 de Dezembro de 2009¹¹², de 29 de Junho de 2010 (embora sem consequências, qualifica de revista *extraordinária* a permitida pelo artigo 678.º, n.º 2, por oposição à *normal*, do n.º 1)¹¹³, de 7 de Julho de 2010¹¹⁴, de 2 de Fevereiro de 2011¹¹⁵ e de 17 de Junho de 2011¹¹⁶.

Ora, são precisamente fruto desta jurisprudência as conclusões que o Supremo tem tirado no que toca à articulação do artigo 678.º, n.º 2, com o regime da revista excepcional.

42. Com efeito, se a revista excepcional pressupõe a revista normal mais a dupla conforme e se os casos do artigo 678.º, n.º 2, *integram a modalidade de revista dita normal* (ou *extraordinária*), então isso significa que, havendo dupla conforme, não basta estar-se perante uma das situações do n.º 2 do artigo 678.º para que a revista seja admitida. Havendo dupla conforme, só o recurso ao artigo 721.º-A abre ao vencido a possibilidade de interpor revista, ainda que a hipótese pertença ao âmbito de situações cobertas pelo artigo 678.º, n.º 2.

Assim, em Acórdão de 6 de Maio de 2010, o Supremo Tribunal de Justiça, perante uma confirmação unânime, na Relação, de uma sentença que julgara o

¹¹⁰ Acórdão de 8 de Outubro de 2009, proc. n.º 2679/08.6TVLSB.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

¹¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Outubro de 2009, proc. n.º 1449/08.6TBVCT.G1.S1, acessível em www.dgsi.pt: “[s]eguro é também, apesar do silêncio do legislador, que a revista excepcional só pode ser interposta se estiverem verificadas as condições gerais da admissibilidade da revista: avocando as palavras de AMÂNCIO FERREIRA, *Manual dos Recursos em Processo Civil*, 8.ª ed., pág. 232, ela “só será admitida se, no processo em causa, também o for a revista normal”. Só reunidos estes pressupostos, isto é, só estando presentes os requisitos da revista “normal” e ocorrendo ainda qualquer uma daquelas situações, é admissível, nos casos de dupla conforme, a interposição de recurso de revista excepcional. Como tem sido referido por esta formação, os casos de revista excepcional são hipóteses em que a revista normal não é admissível apenas por se verificar uma situação de dupla conforme – hipóteses em que, não fora a dupla conforme, se reconduziriam a situações de revista normal”.

¹¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 2009, proc. n.º 1914/08.5TTLSB.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

¹¹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 2010, proc. n.º 3361/08.OTJVNF.P1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

¹¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 2010, proc. n.º 3231/08.1TVLSB.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

¹¹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 2011, proc. n.º 131/09.1TTTTVD.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

¹¹⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 2011, proc. n.º 6/10.1TVPR.T.P1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

tribunal de 1.^a instância materialmente competente para causa de valor inferior à alçada do tribunal de comarca, não hesitou em afirmar que, apesar de aplicável o artigo 678.º, n.º 2, al. a), a revista (*extraordinária*) era inadmissível por causa da dupla conforme. Admissível seria se, e só se, estivesse verificada alguma das exceções contempladas nas alíneas do artigo 721.º-A, n.º 1 [no caso, foi aplicada a al. d)]¹¹⁷.

Do mesmo modo, no caso julgado pelo Acórdão de 27 de Maio de 2010, em que foi interposta revista excepcional de acórdão da Relação confirmador, sem voto de vencido, da decisão intercalar do tribunal de 1.^a instância que julgara o tribunal competente em razão da matéria, viu-se o Supremo Tribunal de Justiça na contingência de aferir da aplicação de alguma das alíneas do n.º 1 do artigo 721.º-A para ver se havia lugar ou não à revista – e isso embora o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça parecesse garantido à luz do n.º 2 do artigo 678.º. O acórdão da Relação não era recorrível nos termos do artigo 721.º, n.º 1, pelo que, à partida, não seria admissível sequer a revista. Mas o recurso para o Supremo já era possível de harmonia com o artigo 678.º, n.º 2. Só que este preceito, garantindo embora a recorribilidade (a revista *normal*), havia de ceder perante os especiais requisitos da revista *excepcional*, dos quais sobressaía a dupla conforme. “Em consequência – julgou-se no aresto –, admissível em princípio a revista normal, mas tornada inadmissível por força da existência da dupla conforme, há que apurar se ocorre algum dos requisitos de admissibilidade da revista excepcional invocados pela recorrente.”¹¹⁸

Enfim, por Acórdão de 7 de Julho de 2010 decidiu o Supremo Tribunal de Justiça ser de rejeitar a revista excepcional num caso em que a Relação confirmara, por unanimidade, a sentença da 1.^a instância que julgou o tribunal materialmente incompetente, porquanto, apesar de ser admissível revista *extraordinária* à luz do artigo 678.º, n.º 2, al. a), havia dupla conforme e nenhuma das hipóteses do artigo 721.º-A se encontrava preenchida.¹¹⁹

¹¹⁷ Acórdão de 6 de Maio de 2010, proc. n.º 409018/08.9YIPRT.C1.S1, acessível em www.dgsi.pt (“Na hipótese dos autos, como se referiu, ocorre a mencionada dupla conforme, visto a Relação ter confirmado por unanimidade a decisão da 1.^a instância, só por isso não sendo a presente revista admissível a título extraordinário ou especial. Há, assim, que verificar se ocorre algum dos indicados requisitos da admissibilidade da presente revista a título excepcional”).

¹¹⁸ Acórdão de 27 de Maio de 2010, proc. n.º 2303/08.7TVLSB-A.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt. Neste aresto estende-se erradamente o conceito de dupla conforme aos acórdãos da Relação confirmatórios de decisões interlocutórias da 1.^a instância (v. *supra* n.º 40).

¹¹⁹ Acórdão de 7 de Julho de 2010, proc. n.º 6385/08.3TBSTB.E1.S1, acessível em www.dgsi.pt (“Por isso, para se determinar se é, no caso, de admitir, a título excepcional, a revista, não se pode deixar de começar por apurar se, no caso concreto, estão preenchidos os requisitos gerais de admissibilidade da revista, considerada como revista “normal”, rejeitando logo o recurso, sem necessidade sequer de passar à apreciação (que nesse caso fica prejudicada) dos requisitos especiais ou excepcionais, se se concluir que não se mostram verificados tais requisitos. [...] Ora, na hipótese

Segundo esta jurisprudência, quanto aos acórdãos da Relação referidos no artigo 721.º, n.ºs 1 e 5, o artigo 678.º, n.ºs 1 e 2, de um lado, e os artigos 721.º, n.º 3, e 721.º-A, n.º 1, de outro, articulam-se, portanto, da seguinte forma: primeiro, é preciso ver se o caso cabe ou não no n.º 1 ou no n.º 2 do artigo 678.º; se couber, é possível a revista, *normal ou extraordinária* (salvo se houver norma especial a excluí-la); se não couber, não haverá revista; se couber, é ainda preciso ver se ocorre ou não dupla conforme; se não ocorrer, a revista é admissível; se ocorrer, a revista é por via de regra inadmissível, salvo nas hipóteses excepcionais previstas no n.º 1 do artigo 721.º-A. No confronto com a dupla conforme e a revista excepcional, o artigo 678.º, n.º 2, é consequentemente equiparado ao artigo 678.º, n.º 1, por isso que, tal como este, perante ela há-de claudicar.

43. Em contracorrente, tirou o Supremo Tribunal de Justiça o Acórdão de 12 de Maio de 2010.

Punha-se a questão de saber se caberia revista de um acórdão da Relação que confirmara, sem voto de vencido, o saneador da primeira instância que tinha julgado incompetente, em razão da matéria, o tribunal, por a competência pertencer aos tribunais marítimos.

Interposto recurso pela parte vencida ao abrigo do artigo 678.º, n.º 2, o Supremo Tribunal de Justiça, seguindo muito de perto a doutrina do Prof. Teixeira de Sousa, entendeu ser o caso um daqueles “em que se torna[va] admissível a revista excepcional”, por “recondutível ao disposto na al. a) do n.º 2 do artigo 678.º”¹²⁰,

dos autos, embora o valor da causa (10.720,00 euros) se encontre dentro da alçada da Relação, o que obstará à admissibilidade da revista como normal à luz do disposto no artigo 678.º, n.º 1, do Cód. Proc. Civil, já seria admissível a título extraordinário com base na disposição excepcional da al. a) do n.º 1 do mesmo artigo 678.º, uma vez que em causa está uma questão de competência material do Tribunal. Na hipótese dos autos, porém, verifica-se a existência da dupla conforme, o que significa não ser, afinal, admissível a revista, a não ser que se verifique a existência de algum daqueles requisitos de admissibilidade da revista excepcional, importando apenas apurar da eventual existência do terceiro, único invocado pelo recorrente”.

¹²⁰ Acórdão de 12 de Maio de 2010, proc. n.º 1096/08.2TVPR.T.P1.S1, acessível em www.dgsi.pt: “Continuando a reflectir sobre a questão, o citado Mestre afirma que, quanto à situação prevenida na al. c) do n.º 2 desse artigo 678.º, não parece poderem suscitar-se dúvidas: o acórdão da Relação que, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, contraria jurisprudência uniformizada do STJ é sempre passível de recurso de revista, independentemente de esse acórdão ter revogado ou ter mantido a decisão da 1.ª instância, isto é, independentemente de se verificar uma situação de dupla conforme. Qualquer outra interpretação do preceito em causa – *maxime*, a que restringisse a admissibilidade da revista em função do sistema da dupla conforme – “seria contrária ao valor específico dos acórdãos de uniformização de jurisprudência”. Já quanto às hipóteses previstas nas al. a) e b) se lhe afigura mais duvidosa a admissibilidade da revista excepcional. Ainda assim, e reconhecendo que tal solução levanta alguns problemas,

e admitiu a revista. “Além dos casos previstos no artigo 721.º-A – diz-se muito claramente no sumário do aresto –, deve entender-se que também os previstos no n.º 2 do artigo 678.º tornam admissível a revista excepcional”.¹²¹

IV. O artigo 721.º-A, n.º 1, do Código de Processo Civil

A) *Artigo 721.º-A, n.º 1, al. a)*

44. Existe já alguma *jurisprudência sobre a interpretação das conceptualmente indeterminadas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 721.º-A*¹²²⁻¹²³. Vamos fazer-lhe uma brevíssima e acrítica referência.

No que respeita à *alínea a)*¹²⁴, o Supremo exigiu para o seu preenchimento, no Acórdão de 13 de Outubro de 2009, que a *questão* em causa fosse: uma questão de

designadamente “num plano valorativo”, propende para entender, com base em argumento retirado da interpretação sistemática do artigo 678.º, que “também essas hipóteses fundamentam uma excepção à regra da dupla conforme e tornam admissível a revista excepcional”. Isto porque, sendo certo que o n.º 3 do artigo 678.º estabelece os casos em que é sempre admissível o recurso para a Relação da decisão da 1.ª instância, o n.º 2 só pode referir-se àqueles em que o recurso é sempre admissível para outro tribunal que não a Relação, “o que, como é evidente, só pode respeitar ao caso em que o recurso é interposto para o Supremo Tribunal de Justiça”. 3. De acordo com o entendimento acabado de expressar, fácil é concluir que a situação em apreço retrata um desses casos em que se torna admissível a revista excepcional: a discussão incide sobre a competência em razão da matéria do tribunal onde foi instaurada a acção, sendo, pois, reconduzível ao disposto na al. a) do n.º 2 do artigo 678.º”.

¹²¹ No caso, a revista foi admitida também com base no artigo 721.º-A, n.º 1, al. c).

¹²² Deixamos de parte a alínea c), cujos termos não representam propriamente uma novidade (v. anteriores artigos 678.º, n.º 4, e 754.º, n.º 2).

¹²³ O Tribunal Constitucional pronunciou-se, a propósito do artigo 150.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, pela não inconstitucionalidade do uso de conceitos indeterminados para definir os termos do recurso excepcional de revista no Acórdão n.º 197/2009, de 28 de Abril de 2009. No mesmo sentido, v. VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa. Lições*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, 398.

¹²⁴ Na doutrina, v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil”, 10 (tem de se tratar de uma questão de direito de carácter paradigmático e exemplar, o que sucederá, por exemplo, quando seja conveniente a intervenção do Supremo para resolver dúvidas suscitadas pelas novas formas de comunicação ou para definir orientações no que respeita à integração de uma lacuna), CARDONA FERREIRA, *Guia de recursos em processo civil*, 265 e 266 (a questão tem de ser juridicamente muito importante, controversa e “extrapolável, de carácter geral”, como o direito à tutela geral da personalidade ou à reserva sobre a intimidade da vida privada; e a opção feita na decisão recorrida há-de revelar-se, face às circunstâncias concretas, carecida de reponderação pelo Supremo Tribunal de Justiça), ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Recursos em processo civil. Reforma de 2007*, 149 (estão em causa “questões juridicamente complexas, sobretudo as que

direito “muito controversa e debatida na doutrina, muito agitada e cuja resolução se impõe se possível «sine discrepante», devendo a “controvérsia resulta[r] de ter sido trabalhada pela doutrina e jurisprudência sem que tenha ocorrido alguma convergência de critérios informadores”; ou então uma “questão que, pelo seu ineditismo, deva ser apreciada para sedimentação futura”. Em qualquer caso, há-de tratar-se de “uma questão de direito de importância notória e largamente relevante”, “por condicionar uma melhor aplicação do direito”, por ter “ínsita uma importância, uma saliência, que questione abertamente, podendo pôr em crise, um segmento de determinada área jurídica”¹²⁵.

Por Acórdão de 29 de Outubro de 2009, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, citando o Prof. Miguel Teixeira de Sousa, o Dr. Armindo Ribeiro Mendes e o Dr. Abrantes Gerales, que a cláusula geral da al. a) do artigo 721.º-A, n.º 1, se reporta necessariamente a um questão de direito, de carácter paradigmático ou exemplar, isto é, de relevo jurídico indiscutível. “Em causa está uma cláusula geral, inspirada no n.º 1 (*in fine*) do artigo 150.º do CPTA e que integra conceitos indeterminados, na qual o legislador quis abarcar as questões juridicamente complexas, sobretudo as que suscitem divergências na doutrina, e em que a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça se mostra conveniente para definir orientações para os tribunais inferiores, traçando uma linha jurisprudencial, *maxime* quando se trate de questões novas, ainda não tratadas pela jurisprudência [...]”¹²⁶.

suscitam divergências na doutrina, e em que convém o Supremo Tribunal de Justiça intervir para orientar os tribunais inferiores, definindo uma linha jurisprudencial, nomeadamente quando se trate de questões novas, ainda não tratadas pela jurisprudência”), e ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 402 ss. (a questão jurídica deve ter carácter paradigmático e exemplar e ser autónoma em relação às partes envolvidas e transponível para outras situações; e deve ter relevo jurídico indiscutível, “o que pode decorrer, por exemplo, da existência de legislação nova cuja interpretação seja passível de sérias divergências [...] ou do facto de as instâncias terem decidido a questão ao arpejo do entendimento uniforme da jurisprudência ou da doutrina [...].”).

¹²⁵ Acórdão de 13 de Outubro de 2009, proc. n.º 413/08.0TYVNG.P1.S1, acessível em www.dgsi.pt. No caso concreto, estando em causa saber se uma deliberação social renovatória e com eficácia retroactiva determinava a inutilidade superveniente da lide onde se discutia a validade da deliberação que se pretendeu renovar, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça não estarem reunidos os pressupostos para a revista excepcional.

¹²⁶ V. sumário e ponto 3 do Acórdão de 29 de Outubro de 2009, proc. n.º 1449/08.6TBVCT.G1.S1, acessível em www.dgsi.pt. A fórmula do Acórdão é claramente inspirada na usada pelo Dr. ARMINDO RIBEIRO MENDES (*Recursos em processo civil. Reforma de 2007*, 149). No caso concreto, foi decidido que não integrava a al. a) do n.º 1 do artigo 721.º-A a determinação do sentido e alcance do artigo 830.º, n.º 5, do Código Civil.

Do ano de 2010 compete citar aqui, designadamente:

- a) o Acórdão de 2 de Fevereiro de 2010, no qual o Supremo Tribunal de Justiça se referiu a uma “questão de manifesta dificuldade e complexidade, cuja solução jurídica reclame aturado estudo e reflexão, seja porque se trata de questão que suscita divergências a nível doutrinal, sendo conveniente a intervenção do Supremo para orientar os tribunais hierarquicamente inferiores, seja porque se trata de questão nova, que à partida se revela susceptível de provocar divergências por força da sua novidade e originalidade, que obrigam a operações exegéticas de elevado grau de dificuldade, susceptíveis de conduzir a decisões contraditórias, justificando igualmente a sua apreciação pelo mais Alto Tribunal para evitar ou minorar as contradições que sobre ela possam surgir”¹²⁷;
- b) o Acórdão de 29 de Abril de 2010, no qual se manteve a referência à necessidade de se tratar de uma questão “manifestamente complexa, de difícil resolução, cuja subsunção jurídica imponha um importante, e detalhado, exercício de exegese, um largo debate pela doutrina e jurisprudência com o objectivo de se obter um consenso em termos de servir de orientação, quer para as pessoas que possam ter interesse jurídico ou profissional na resolução de tal questão a fim de tomarem conhecimento da provável interpretação com que poderão contar, quer para as instâncias, por forma a obter-se uma melhor aplicação do direito”¹²⁸;
- c) o Acórdão de 4 de Maio de 2010, no qual se pode ler que “[ocorre] a situação da alínea a) do n.º 1 [do artigo 721.º-A] quando a questão a julgar surge controversa na doutrina e na jurisprudência, sendo complexa a sua subsunção jurídica por implicar detalhada exegese ou por, face à sua

¹²⁷ Acórdão de 2 de Fevereiro de 2010, proc. n.º 3401/08.2TBCSC.L1.S1, acessível em *www.dgsi.pt*. Na espécie em causa – em que se discutia a anulação, com fundamento em impedimento dirimente, do casamento civil celebrado em 1975, nos EUA, entre um cidadão português e uma cidadã igualmente portuguesa, sendo que aquele estava divorciado por sentença proferida por um tribunal norte-americano (com fundamento então não admitido pela lei portuguesa), mas sem que o divórcio fosse averbado no assento de nascimento e sem que a respectiva sentença fosse revista e confirmada por um tribunal português, só vindo o casamento a ser dissolvido por divórcio decretado em 1978 por tribunal nacional – foi aplicada a norma em apreço, por se discutir “questão de evidente e notória complexidade, que convoca não só a interpretação e aplicação dos preceitos respectivos do CC, mas também as pertinentes regras da Lei da Nacionalidade, exigindo mesmo uma incursão pela matéria das normas de conflitos”.

¹²⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2010, proc. n.º 216/09.4TVLSB-A.L1.S1, acessível em *www.dgsi.pt*. Socorre-se o Supremo, neste aresto, do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de Dezembro de 2009, proc. n.º 01206/09. Na espécie não se aplicou o artigo 721.º-A, n.º 1. al. a).

- novidade ou à equívocidade dos preceitos legais, ser passível de diversas interpretações, a porem em causa uma boa aplicação do direito”¹²⁹;
- d) o Acórdão de 27 de Maio de 2010, que, depois de repetir o passo acima transcrito do Acórdão de 29 de Abril de 2010, sublinha que o “conceito genérico da citada alínea a) implica que a questão “sub *judice*” surja como especialmente complexa e difícil, seja em razão de inovações no quadro legal, do uso de conceitos indeterminados, de remissões condicionadas à adaptabilidade a outra matéria das soluções da norma que funciona como supletiva e, em geral, quando o quadro legal suscite dúvidas profundas na doutrina e na jurisprudência”¹³⁰;
- e) os Acórdãos de 17 de Junho de 2010, que seguem de muito perto os Acórdãos de 29 de Abril e de 27 de Maio de 2010¹³¹.

¹²⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 2010, proc. n.º 2825/08.OTJLSB. L1.S1, acessível em www.dgsi.pt. Estava em causa “saber se a divisão de bem comum sujeito a registo pertencente a uma sociedade irregular pode prosseguir sem que antes, em lide comum, se decida a questão da existência de compropriedade, por o bem poder integrar um património autónomo insusceptível de divisão pelos sócios enquanto a sociedade subsista”. Entendeu o Supremo não merecer a questão revista excepcional ao abrigo do artigo 721.º-A, n.º 1, al. a).

¹³⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2010, proc. n.º 2303/08.7TVLSB. L1.S1, acessível em www.dgsi.pt. No caso concreto, o Supremo Tribunal de Justiça conclui pela “forte complexidade” e pelo “elevado grau de dificuldade” da questão em juízo, que era a de saber “qual a jurisdição materialmente competente – a administrativa ou a comum – para decidir uma questão relativa a eventual incumprimento, por um ente público, de um contrato promessa de compra e venda de um imóvel celebrado entre ele e um particular”.

¹³¹ V. Acórdãos de 17 de Junho de 2010 proferidos no proc. n.º 158/08.0TBRRMZ.E1.S1 e no proc. n.º 3958/08.8TBSXL.L1.S1. Em concreto, asseverou o Supremo no primeiro processo que: “[não] se detecta dificuldade, nem especial complexidade, quanto à definição do que são cláusulas acessórias de um contrato, nem quanto à interpretação do artigo 221.º do CC, nem sequer divergência jurisprudencial a esse respeito”; não se “suscitam dúvidas notórias que tenham originado divergências jurisprudenciais a respeito do regime aplicável à figura da união de contratos; [não] se trata de questão de especial complexidade saber se, para efeitos de registo predial, são terceiros o promitente-comprador que registou acção de execução específica e o terceiro que, na pendência dessa acção, adquiriu o bem prometido vender, [...] sendo já vários os acórdãos, mesmo do STJ, que esclarecem o alcance do registo da acção de execução específica”. No segundo processo, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que o artigo 721.º-A, n.º 1, al. a), não merece aplicação quando “os recorrentes apenas suscitam questões relacionadas com a interpretação da declaração negocial, com a perda de interesse na celebração do contrato prometido, com o erro sobre o objecto do negócio, com as consequências da falta de reconhecimento presencial das assinaturas apostas pelas partes em contrato-promessa e da certificação notarial da existência de licença de utilização e com o enriquecimento sem causa ou oportunidade de pronúncia sobre ela”. Num outro acórdão da mesma data (proc. n.º 1195/08.0TBRR.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt), estando em causa a interpretação do então artigo 1789.º, n.º 2, do Código Civil quanto ao momento e meio processual para pedir a retroacção dos efeitos do divórcio, foi a revista admitida. É necessário, disse o Supremo, “que a questão jurídica seja controversa, por debatida, e importante para propiciar uma melhor aplicação do direito, por estar em causa um segmento jurídico relevante”.

De 2011, julgamos ser de fazer referência:

- a) ao Acórdão de 2 de Fevereiro de 2011: na “al. a) do artigo 721.º-A [...] perpassa definitivamente uma ideia de excepcionalidade, suportada na particular circunstância da reapreciação pelo STJ da questão jurídica suscitada extravasar para lá da lide aberta pelas partes, mostrando-se ainda necessária para a clarificação da futura aplicação do direito a situações de facto semelhantes”¹³²;
- b) ao Acórdão de 16 de Março de 2011¹³³;
- c) ao Acórdão de 31 de Março de 2011¹³⁴;
- d) ao Acórdão de 3 de Maio de 2011, no qual se concluiu que deve a questão “assumir aspectos de complexidade a implicarem aturado exercício exegético, que tenha sido tratada pela doutrina e jurisprudência, de forma não pacífica ou até, por tratando-se de inovação legal, não ter ainda logrado uma sedimentação que garanta, na aplicação prática, a certeza e credibilidade do direito”¹³⁵;
- e) aos Acórdãos de 17 de Junho de 2011, cujos textos fazem apelo à fundamentação utilizada nos Acórdãos de 29 de Abril e de 27 de Maio de 2010¹³⁶.

¹³² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 2011, proc. n.º 131/09.1TTTVD. L1.S1, acessível em www.dgsi.pt. Na espécie foi negada a revista.

¹³³ Este aresto admitiu a revista que veio a ser decidida pelo Acórdão de 7 de Junho de 2011, proc. n.º 4162/09.3TBSTB.E1.S1, acessível em www.dgsi.pt. Estava em causa saber que entidade tinha competência para conhecer do pedido de alteração de um acordo sobre a atribuição da casa de morada de família celebrado no quadro de um divórcio por mútuo consentimento. O Supremo admitiu a revista excepcional do Acórdão da Relação confirmatório da decisão que julgou incompetente a 1.ª instância: “A relevância da questão – disse-se então, segundo se dá nota no Acórdão de 7 de Junho de 2011 – resulta em linha recta da necessidade, sempre premente, de assegurar aos cidadãos o saber a quem devem dirigir-se para a resolução dos seus litígios ou para obter a chancela judicial dos seus interesses não litigiosos”.

¹³⁴ Este aresto admitiu a revista depois decidida pelo Acórdão de 6 de Julho de 2011, proc. n.º 85/08.1TJLSB.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt, por considerar, conforme se dá nota neste último, “ser juridicamente relevante caracterizar precisamente a figura [do solicitador de execução]”.

¹³⁵ Acórdão de 3 de Maio de 2011, proc. n.º 288/09.1TBEPS.B.G1.S1, acessível em www.dgsi.pt. Em concreto, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que a “questão de saber se o título cambiário prescrito perde força executiva, ainda que como mero quirógrafo inserível na alínea c) do n.º 1 do artigo 46.º do Código de Processo Civil, é actualmente quase pacífica [...], não assumindo uma relevância jurídica permissiva da revista excepcional (tanto mais que o Decreto-Lei n.º 38/2003 consagrou um dos fortes argumentos da jurisprudência maioritária, na redacção da alínea b) do n.º 3 do artigo 810.º)”.

¹³⁶ Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 2011, proc. n.º 2217/08.OTBVRL.P1.S1 e proc. n.º 6/10.1TVPR.T.P1.S1, acessíveis em www.dgsi.pt. No primeiro, o Supremo Tribunal de Justiça considerou não estar em concreto verificada a al. a), na media em que a questão

B) **Artigo 721.º-A, n.º 1, al. b)**

45. No que toca à *al. b) do n.º 1 do artigo 721.º*¹³⁷, o Supremo Tribunal de Justiça teve oportunidade de se pronunciar sobre o significado da expressão “interesses de particular relevância social”, por exemplo, nos seguintes arestos:

- a) Acórdão de 2 de Fevereiro de 2010: apelando já para aresto anterior, diz o Supremo que a aplicação da alínea depende de estar em causa um “invulgar impacto na situação da vida que a norma ou normas jurídicas em apreço visam regular”, de se apelar “para a repercussão (até alarme, em casos-limite), larga controvérsia, por conexão com valores sócio-culturais, inquietantes implicações políticas que minam a tranquilidade ou, enfim, situações que põem em causa a eficácia do direito e põem em dúvida a sua credibilidade, quer na formulação legal, quer na aplicação casuística”¹³⁸;
- b) Acórdão de 9 de Março de 2010, que acrescenta ao Acórdão de 2 de Fevereiro de 2010 a circunstância de o Supremo Tribunal Administrativo incluir “neste requisito os casos em que há um «invulgar impacto na situação da

em juízo (saber se o facto doloso cometido no exercício da condução está a coberto do seguro de responsabilidade civil por acidentes de viação) não teria relevância jurídica para justificar a sua intervenção, dada a letra do n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 522/85, de 31 de Dezembro, o Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto, a jurisprudência do Supremo Tribunal, a Directiva 2005/14/CE e a tese defendida pela melhor doutrina. No segundo processo foi admitida a revista excepcional para que o Supremo se pronunciasse sobre o pedido de anulação de uma decisão arbitral (artigo 27.º da Lei n.º 31/86).

¹³⁷ Na doutrina, v. sobre esta alínea MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil”, 10 (exemplifica com a necessidade de apreciar a validade de uma cláusula contratual geral, de apreciar uma questão sobre arrendamento para habitação permanente ou de proteger interesses difusos), JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 3.º, t. I, 152 ss. (a relevância social de um litígio, traduzida na sua importância mediática, pode ser ponderada no quadro desta alínea, tal como as situações surgidas face a uma nova legislação, pelo carácter exemplar ou de precedente que podem assumir e ainda que a sua relevância jurídica não seja elevada, ou as situações de grande repercussão social, como por exemplo a insolvência de uma empresa com muitos trabalhadores), CARDONA FERREIRA, *Guia de recursos em processo civil*, 267 ss. e 278 (o conceito de interesse de particular relevância social pressupõe genérica repercussão e controvérsia face aos valores insitos na comunidade; “implica, necessariamente, uma vertente que se dimensiona, significativamente, na vivência comunitária”, mas sempre sem negligenciar as circunstâncias do caso concreto), ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Recursos em processo civil. Reforma de 2007*, 149, e ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 410 (os interesses em apreço podem estar presentes, designadamente, em acções relativas a direitos dos consumidores, ao ambiente, ecologia, qualidade de vida, saúde e património histórico e cultural).

¹³⁸ Acórdão de 2 de Fevereiro de 2010, proc. n.º 3401/08.2TBCSC.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt. V. *supra* nota 127.

vida que a norma ou normas jurídicas em apreço visam regular» ou «um interesse comunitário que, pela sua peculiar importância pudesse levar, por si só, à admissão de revista por os interesses em jogo ultrapassarem significativamente os limites do caso concreto»¹³⁹;

- c) Acórdão de *14 de Abril de 2010*: será de aplicar a al. b) a situações de “colisão de uma decisão jurídica com valores sócio-culturais dominantes que a devam orientar e cuja eventual ofensa possa suscitar alarme social determinante de profundos sentimentos de inquietação que minem a tranquilidade de uma generalidade de pessoas, situações em que nomeadamente fique posta em causa a eficácia do direito e a sua credibilidade por se tratar de casos em que há um invulgar impacto na situação da vida que a norma ou as normas jurídicas em apreço visem regular, ou em que exista um interesse comunitário que, pela sua peculiar importância, pudesse levar, por si só, à admissão da revista por os interesses em jogo ultrapassarem significativamente os limites do caso concreto”¹⁴⁰;
- d) Acórdão de *29 de Abril de 2010*, que segue muito de perto o de *14 de Abril de 2010*¹⁴¹;
- e) Acórdão de *4 de Maio de 2010*, que se socorre dos fundamentos do Acórdão de *2 de Fevereiro de 2010*¹⁴²;
- f) Acórdão de *17 de Junho de 2010*: “estão em causa “interesses de particular relevância social” por conectados com valores sócio-culturais a porem em causa a eficácia do direito e em dúvida a sua credibilidade, quer na formulação legal, quer na aplicação casuística”¹⁴³;

¹³⁹ Acórdão de *9 de Março de 2010*, proc. n.º 736/08 .8TBPFR.P1, acessível em www.dgsi.pt. “Tratando-se de acção de reivindicação em que a Ré é condenada a entregar a fracção de habitação que ocupa, o facto de alegar que tem mais de sessenta anos de idade, que ali reside e tem precária situação económica, não basta – julgou o Supremo na hipótese em juízo – para que se considere estar em causa questão de particular relevância social pois, ainda que a provar-se a factualidade descrita, trata-se de caso que ocorre com alguma frequência e onde apenas está em causa uma situação subjectiva da recorrente, sem impacto social ou mesmo comunitário”.

¹⁴⁰ Acórdão de *14 de Abril de 2010*, proc. n.º 384/08.2TBOER.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt. No caso foi admitida a revista excepcional porque não se encontravam em crise “os meros interesses das partes, antes se mostrando coenvolvido o interesse comunitário significativo respeitante à determinação da situação previdencial dos trabalhadores bancários e suas famílias que se encontrem na situação das recorridas”.

¹⁴¹ Acórdão de *29 de Abril de 2010*, proc. n.º 216/09.4TVLSB-A.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt. Na espécie, o tribunal não aplicou a al. b) do n.º 1 do artigo 721.º-A.

¹⁴² Acórdão de *4 de Maio de 2010*, proc. n.º 2825/08.OTJLSB.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt. V. *supra* nota 129.

¹⁴³ Acórdão de *17 de Junho de 2010*, proc. n.º 1195/08.OTBBRR.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt. Em concreto, entendeu-se ter “óbvia relevância social saber como, e quando, se obtém a retroacção

- g) Acórdão de 14 de Outubro de 2010, que retoma o texto do Acórdão de 14 de Abril de 2010¹⁴⁴;
- h) Acórdão de 2 de Fevereiro de 2011: “não pode, todavia, ter-se, sem mais, como preenchido o fundamento em referência só porque se está perante uma qualquer questão laboral, quando a lei não se contenta com um qualquer interesse, mas com interesses de “particular”, isto é, de “peculiar”, de “especial” ou de “extraordinária” [...] relevância social, sendo, por isso, de afastar da sua previsão as questões que se atêm aos limites do caso individual, ainda que, eventualmente, respeitando a determinado grupo profissional, sob pena de se cair na sua praticamente indiscriminada verificação, a prejudicar a racionalização do acesso ao STJ, que se quer salvaguardar”¹⁴⁵;
- i) Acórdão de 2 de Junho de 2011, cuja fundamentação segue muito proximamente a dos Acórdãos de 14 de Abril de 2010 e 17 de Junho de 2010¹⁴⁶;
- j) Acórdão de 17 de Junho de 2011: depois de uma breve referência aos Acórdãos de 14 de Abril de 2010 e 17 de Junho de 2010, acrescenta-se que o “requisito da alínea a) prende-se com o Direito (como comando abstracto, hipotético e coercível), estando o da alínea b) mais conectado com a Justiça (consciência ético-social a fazer prevalecer concepções relacionais que encontram expressão no direito natural)”¹⁴⁷.

C) *Inconstitucionalidade do artigo 721.º-A, n.º 1?*

46. Vimos que a revista excepcional requer que estejam reunidos os pressupostos gerais de recorribilidade para o Supremo Tribunal de Justiça e a dupla

dos efeitos patrimoniais do divórcio, já que, por essa via, ficam condicionados os direitos sucessórios dos herdeiros legítimos (cônjuges e filhos) o que assume inegável importância, pelo impacto nas situações da vida que a norma (n.º 2 do artigo 1789.º do Código Civil) pretende regular”.

¹⁴⁴ Acórdão de 14 de Outubro de 2010, proc. n.º 3959/09.9TBOER.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt. Na situação em causa foi admitida a revista com fundamento na al. b), porque se discutia se teria ou não havido violação dos direitos de defesa e de acesso ao direito do recorrente, constitucionalmente consagrados como direitos fundamentais.

¹⁴⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 2011, proc. n.º 131/09.1TTTVD.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt.

¹⁴⁶ Acórdão de 2 de Junho de 2011, proc. n.º 851/09.OTJLSB.L1.S1, acessível em www.dgsi.pt. “O intentar uma acção inibitória colectiva – conclui o Supremo no caso concreto – não basta para dar por assente estarem em causa interesses de particular relevância social”, importando “fazer uma análise casuística das cláusulas contratuais gerais postas em crise”.

¹⁴⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 2011, proc. n.º 2217/08.OTBVRL.P1.S1, acessível em www.dgsi.pt. O Supremo entendeu não estar em concreto verificada a al. b).

conforme¹⁴⁸. Por isso que ela não terá, à partida, cabimento nas situações em que a alçada é igual ou inferior à alçada da Relação ou a sucumbência é igual ou inferior a metade da alçada desse tribunal e haja dupla conforme; ou ainda quando o acórdão da Relação não decida sobre a sentença ou o saneador-sentença parcial e ocorra dupla conforme.

Mas, se bem julgamos, não é nada fácil perceber por que razão fez o legislador depender o funcionamento das excepções das alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 721.º-A, *tendo em conta a sua natureza*, da verificação daqueles pressupostos.

Com efeito, *in abstracto* não poderá um acórdão proferido em processo comum sumário, com ou sem dupla conforme, reportar-se a uma “questão de manifesta dificuldade e complexidade, cuja solução jurídica reclame aturado estudo e reflexão, seja porque se trata de questão que suscita divergências a nível doutrinal, sendo conveniente a intervenção do Supremo para orientar os tribunais hierarquicamente inferiores, seja porque se trata de questão nova, que à partida se revela susceptível de provocar divergências por força da sua novidade e originalidade, que obrigam a operações exegéticas de elevado grau de dificuldade, susceptíveis de conduzir a decisões contraditórias” (Acórdão de 2 de Fevereiro de 2010)? Não poderá em tal processo discutir-se uma questão “manifestamente complexa, de difícil resolução, cuja subsunção jurídica imponha um importante, e detalhado, exercício de exegese, um largo debate pela doutrina e jurisprudência com o objectivo de se obter um consenso em termos de servir de orientação, quer para as pessoas que possam ter interesse jurídico ou profissional na resolução de tal questão [...], quer para as instâncias, por forma a obter-se uma melhor aplicação do direito” (Acórdãos de 29 de Abril, de 27 de Maio ou de 17 de Junho de 2010)? Não poderá numa acção de 10.000,00 euros ser proferido acórdão que tem por objecto questão “especialmente complexa e difícil, seja em razão de inovações no quadro legal, do uso de conceitos indeterminados, de remissões condicionadas à adaptabilidade a outra matéria das soluções da norma que funciona como supletiva”, ou, “em geral, [de] o quadro legal suscit[ar] dúvidas profundas na doutrina e na jurisprudência” (Acórdãos de 27 de Maio de 2010, de 17 de Junho de 2010 ou de 17 de Junho de 2011)?

Ou não poderá uma questão desse tipo proferida mesmo em processo comum ordinário constituir o objecto do acórdão da Relação que confirmou, por unanimidade, despacho interlocutório do tribunal de comarca¹⁴⁹?

Ou não poderá ainda acontecer que numa acção de reduzido valor seja proferido acórdão pela Relação, com ou sem dupla conforme, que colide “com valores

¹⁴⁸ *Supra* n.ºs 33, 41 e 42.

¹⁴⁹ Como bem nota o Desembargador ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 407, a lei não distingue, no artigo 721.º-A, n.º 1, al. a), entre normas substantivas e adjectivas.

sócio-culturais dominantes” cuja ofensa pode “suscitar alarme social determinante de profundos sentimentos de inquietação”, pondo nomeadamente “em causa a eficácia do direito e a sua credibilidade” pelo “invulgar impacto na situação da vida que a norma ou as normas jurídicas em apreço visem regular” ou por existir “um interesse comunitário que, pela sua peculiar importância, [leva], por si só, à admissão da revista por os interesses em jogo ultrapassarem significativamente os limites do caso concreto” (Acórdãos de 14 de Abril de 2010, de 29 de Abril de 2010, de 14 de Outubro de 2010, de 2 de Junho de 2011 ou de 17 de Junho de 2011)? Ou que, na mesma acção, seja tirado acórdão que põe em crise interesses “conectados com valores sócio-culturais” susceptíveis de “porem em causa a eficácia do direito e em dúvida a sua credibilidade, quer na formulação legal, quer na aplicação casuística” (Acórdãos de 17 de Junho de 2010 e de 17 de Junho de 2011)?¹⁵⁰

Noutros termos: a natureza dos fundamentos da revista excepcional não obrigará a que se alargue a sua aplicação a situações que vão para além do que a lei ordinária prevê? Por que razão há-de ter o vencido na Relação e na 1.ª instância em acção de 50.000,00 euros direito a recorrer com fundamento em que a questão se reveste de relevância jurídica necessária para uma melhor aplicação do direito e o não há-de ter, com o mesmo fundamento, o vencido em acção de 20.000,00 euros? E por que razão o não há-de igualmente ter, nesta acção e por igual fundamento, o vencedor na 1.ª instância mas vencido na Relação? E ainda o vencido na Relação e na 1.ª instância quanto a acórdão sobre interlocutória da 1.ª instância?

47. A questão merece reflexão por parte da doutrina e da jurisprudência, mesmo *de iure constituto*.

Muito sinteticamente, é verdade que a reforma recursória de 2007 visou restringir o acesso ao Supremo, designadamente com a elevação das alçadas e com a adopção da regra da dupla conforme. Mas as excepções que prevê para a dupla conforme não terão o condão, *pela peculiar índole dos interesses nelas presentes*, de justificar o acesso à revista sempre e em qualquer caso que os seus pressupostos se reúnam? Afinal de contas, como bem nota o Prof. Miguel Teixeira de Sousa¹⁵¹, os fundamentos específicos da revista excepcional mostram bem que se visa, “em primeira linha, [não] a defesa dos interesses das partes, mas antes da protecção do interesse geral na boa aplicação do direito”¹⁵². Se os interesses são comunitários,

¹⁵⁰ Relativizando o *valor económico* dos interesses presentes no processo para a correcta aplicação da al. b) do n.º 1 do artigo 721.º-A, v. ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 410.

¹⁵¹ “Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil”, 10.

¹⁵² Igualmente, nas palavras de LUÍS CORREIA DE MENDONÇA e HENRIQUE ANTUNES, *Dos recursos (Regime do Decreto-Lei n.º 303/2007)*, 152, “a finalidade conspícua deste recurso ordinário [...] é o interesse geral da comunidade na boa e igual aplicação do direito”.

que relevância tem o valor económico dos *concretos* interesses em juízo ou a circunstância de haver dupla conforme?

É conveniente não esquecer que o artigo 721.º-A *não limita* a revista, antes *a permite*; não é excepção à regra da recorribilidade, mas *regresso* a ela. E permite-a na mira da função jurisprudencial, que se quer ver *efectivamente* prosseguida pelo Supremo Tribunal de Justiça, de *sedimentação ou fixação da jurisprudência em questões de particular relevância jurídica e social*. Permite-a para que o Supremo possa, *por via da resolução dos interesses em juízo*, ser chamado a decidir *em vista dos interesses de todos*, esclarecendo e fixando o sentido e alcance da lei.

Não se mostra pois fácil de aceitar que de tão nobres funções seja o Supremo arredado por virtude do valor da causa, do valor da sucumbência ou da natureza das decisões em presença (recursos de acórdãos da Relação sobre decisões interlocutórias da 1.ª instância).

Por razões de *igualdade*, ou mesmo por maioria de razão, se se consente que uma decisão sedimentada de valor elevado possa ser reapreciada pelo Supremo, talvez tenha de admitir-se que uma decisão de menor valor económico, igualmente sedimentada (ou não), o seja, se os fundamentos em apreço se mostrarem verificados. Talvez a supressão da revista em razão do valor do processo ou da natureza das decisões judiciais em causa roce a *arbitrariedade* e careça de *fundamentação razoável*¹⁵³, estando, como estão, em jogo interesses *qualitativos fundamentais* nas als. a) a c) do n.º 1 do artigo 721.º-A¹⁵⁴. Haverá quem compreenda, à luz das determinações dos princípios da igualdade e do acesso ao direito e à jurisdição, que lhe seja negado o direito de recorrer com fundamento em que, no seu caso, está o Supremo impedido de *melhor aplicar o direito* [al. a)] ou de se pronunciar sobre *interesses de particular relevância social* [al. b)] ou de *fixar jurisprudência* [al. c)] quando o podia e devia fazer se fosse outro o valor da causa?

De resto, no domínio do contencioso administrativo, o artigo 150.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos – que reconhecidamente serviu de inspiração ao artigo 721.º-A – abre às partes a via do recurso para o Supremo

¹⁵³ Sobre o princípio da igualdade, fundamento da proibição do arbítrio, v. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (orgs.), *Constituição Portuguesa anotada*, t. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 224 ss.

¹⁵⁴ Sobre a jurisprudência constitucional em matéria de direito ao recurso, v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 377 ss., JOSÉ LEBRE DE FREITAS e CRISTINA MÁXIMO DOS SANTOS, *O Processo Civil na Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 167 ss., AMÂNCIO FERREIRA, *Manual dos recursos em processo civil*, 76 ss., CARDONA FERREIRA, *Guia de recursos em processo civil*, 120 ss., LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, 569, ABRANTES GERALDES, *Recursos em processo civil*, 19 ss., e RUI MEDEIROS, em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (orgs.), *Constituição Portuguesa anotada*, t. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 449 ss.

Tribunal Administrativo fundado na necessidade de apreciação “de uma questão que, pela sua relevância jurídica e social, se revista de importância fundamental” ou na clara necessidade “para uma melhor aplicação do direito”, *independentemente de o valor da causa ultrapassar ou não a alçada dos tribunais centrais administrativos*¹⁵⁵.

Afigura-se pois legítimo questionar a constitucionalidade material do artigo 721.º-A, n.º 1, na interpretação de que a revista excepcional se restringe ao “acórdão da Relação referido no n.º 3 do artigo [721.º]”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ V. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, 981 e 982, e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010, 422.

¹⁵⁶ A *função uniformizadora da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça* conduz JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 3.º, t. I, 154-155, a defenderem a interpretação extensiva da al. c) “no sentido de tornar admissível, como revista excepcional, o recurso do acórdão da Relação, proferido em acção de valor superior à alçada desta, desfavorável para o recorrente em mais de metade desse valor e integrando a previsão do n.º 1 ou do n.º 2 do artigo 721, de que não seja admissível recurso de revista por motivo estranho à alçada do tribunal, quer o acórdão da Relação confirme, sem voto de vencido, a sentença da 1.ª instância, quer não” (cfr. as situações preteritamente contempladas no artigo 678.º, n.º 4) – e isto não deixa de representar bem a insuficiência de uma interpretação literal do rol de fundamentos da revista contido no artigo 721.º-A.



Inconstitucionalidades das normas do Acordo Ortográfico, bem como das Resoluções da Assembleia da República, do Governo e dos órgãos regionais que o implementam (síntese)

MESTRE IVO MIGUEL BARROSO*

SUMÁRIO: 1. Vícios formais e orgânicos. 2. A violação do património cultural imaterial que é a língua portuguesa. 3. A ortografia na Constituição: 3.1. A ortografia da Constituição instrumental não pode ser alterada através de actos infraconstitucionais; 3.2. A inconstitucionalidade resultante de desconformidades ortográficas com a Constituição instrumental; 3.3. As posições jusfundamentais dos particulares face à ortografia: entre o princípio da liberdade e dever fundamental de não atentar contra o núcleo identitário da língua portuguesa; 3.4. Ortografia e revisão constitucional. 4. Restantes inconstitucionalidades materiais: 4.1. Inconstitucionalidades materiais das normas constantes do Acordo Ortográfico e das Resoluções da Assembleia da República e do Conselho de Ministros; 4.2. Cumulação dos vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade. 5. Consequências das inconstitucionalidades mencionadas. 6. Demérito do Acordo Ortográfico: a violação de regras extra-jurídicas da variante do português de Portugal.

RESUMO: Neste artigo de síntese, expomos as conclusões de um trabalho que versa sobre a detecção dos problemas jurídicos relacionados com o “Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa”: as questões prévias pertinentes, relacionadas sobretudo com Direito Internacional Público; as inconstitucionalidades orgânicas e formais das normas constantes da Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, um regulamento independente emitido “a descoberto”, que não só invade a reserva de competência da Assembleia da República, mas também carece da forma, constitucionalmente exigida, de decreto regulamentar; a violação do património

* Mestre em Direito e Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Neste artigo, constam as conclusões do nosso trabalho, *Inconstitucionalidade e demérito do Acordo Ortográfico. Porque todos os Portugueses têm o direito e o dever de obedecer às normas constantes do Acordo Ortográfico*; em curso de publicação na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume LII, 2011.

AO = Acordo Ortográfico de Língua Portuguesa, assinado em 1990, publicado em 1991.

cultural imaterial da língua portuguesa; as várias questões atinentes à ortografia plasmada na versão oficial da Constituição instrumental portuguesa; as restantes inconstitucionalidades materiais das normas consagradas no Acordo Ortográfico, no artigo 2.º, n.º 2, da Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008 e na Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011; as consequências das inconstitucionalidades mencionadas, designadamente o direito de resistência que os particulares têm, de desobediência às normas do Acordo Ortográfico e dos actos de Direito interno aludidos; o demérito do Acordo Ortográfico.

O artigo 3.º, n.º 2, do 2.º Protocolo Adicional ao Acordo Ortográfico, que determinou o modo de entrada em vigor apenas com as ratificações de 3 Estados, é ilegítimo no plano do Direito Internacional pactício, por falta de causa.

Todavia, esse vício é ininvocável pelas partes (cfr. artigo 42.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969).

Julga-se haver também uma fundamentação incongruente e, por conseguinte, um outro vício de falta de causa.

A inexistência de um vocabulário ortográfico comum não preclui a vigência da totalidade das normas do Acordo.

O prazo de transição não serve juridicamente para promover alterações ao tratado.

1. Vícios formais e orgânicos

O n.º 1 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, de 25 de Janeiro, é organicamente inconstitucional, por violação do artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição, pois regulamenta, a título principal, direitos, liberdades e garantias.

A mesma norma padece de inconstitucionalidade formal a duplo título: por violação da reserva de lei parlamentar [artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*)] e por carência da forma de decreto regulamentar, constitucionalmente exigida para os regulamentos independentes (artigo 112.º, n.º 6).

O âmbito de aplicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, mesmo que fosse válida, não poderia abranger outros órgãos, como a Assembleia da República, o Presidente da República e os tribunais; bem como as Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas.

Mesmo se fosse um regulamento válido, a Resolução n.º 8/2011 não poderia ser aplicada a órgãos exercendo outras funções jurídicas do Estado diversas da administrativa; havendo, pois, inconstitucionalidade orgânica e material, por usurpação de poderes, e também formal, da norma do n.º 2 da

Resolução do Conselho de Ministros. O desvalor jurídico associado é o da inexistência jurídica.

Salvo em relação ao artigo 119.º, n.º 1, alínea *h*), 1.ª parte, da Constituição, a antecipação do fim do prazo de transição, nos termos em que foi realizada, por uma Resolução do Governo, em Conselho de Ministros, é inconstitucional a título orgânico, formal (devido ao acto não assumir a forma devida) e material (por violar o princípio da separação de poderes).

Regista-se inconstitucionalidade orgânica e formal dos números 3 e 4 da Resolução do Conselho de Ministros, pois regulamentam aspectos principais que são objecto da reserva de competência da Assembleia da República [artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*]): os manuais escolares, que cabem na liberdade de divulgação de obra científica, artística ou literária (artigo 42.º, n.º 2), bem como na liberdade académica (artigo 43.º, n.º 1).

O número 7 é organicamente inconstitucional, por regulamentar o direito à língua, a liberdade de expressão, em particular, a liberdade de divulgação de obra científica, artística ou literária (artigo 42.º, n.º 2).

2. A violação do património cultural imaterial que é a língua portuguesa

O AO viola aspectos nevrálgicos da língua portuguesa, enquanto pertença ao património cultural.

O Acordo oblitera as raízes greco-latinas da língua portuguesa.

As “facultatividades” representam a destruição do conceito de ortografia. Existe a violação do dever estatal de defesa do património cultural [artigo 78.º, n.º 2, alínea *c*)] e do direito ao património cultural.

Há uma tentativa de usurpação do papel da lei positiva em relação ao costume e à tradição linguística existente do português europeu.

O valor da estabilidade ortográfica é violado.

Detecta-se também inconstitucionalidade material, devido à violação da garantia institucional da neutralidade ideológica e consequente proibição do dirigismo estatal da cultura (artigo 43.º, n.º 2), uma vez que o Acordo Ortográfico é puramente político, não sendo baseado na ciência linguística nem em pareceres técnicos.

O Acordo Ortográfico consiste num autêntico plano totalitário de unificação aparente, expressando um fenómeno de “democracia totalitária” por parte do Estado “abafante” relativamente à sociedade civil.

3. A ortografia na Constituição

3.1. *A ortografia da Constituição instrumental não pode ser alterada através de actos infraconstitucionais*

Uma das consequências de a Constituição instrumental ser rígida é a impossibilidade de proceder a alterações através de textos com valor infraconstitucional (legislativos ou outros).

Uma correcção ortográfica da Constituição, segundo o Acordo Ortográfico de 1990, é inadmissível sob o ponto de vista da hierarquia de fontes.

Quanto a precedentes históricos, entre 1911 e 1912, não houve uma única edição que revise tacitamente a Constituição instrumental.

A partir de 1913 até à Revolução de Dezembro de 1917 e na segunda vigência da Constituição, de forma ininterrupta, ocorreu a revisão tácita da Constituição instrumental de 1911, tendo sido cimentada através da utilização da nova ortografia nas leis de revisão constitucional.

No caso da revisão de 1945, a revisão tácita da Constituição só aconteceu, de forma consistente e ininterrupta, a partir de 1952, cerca de quase 7 anos após a publicação da Convenção Ortográfica Luso-Brasileira de 1945.

Quanto à mini-reforma ortográfica de 1973, oficialmente, não houve revisão tácita da Constituição.

Os precedentes históricos não são totalmente significativos e, por conseguinte, decisivos para a actual conformação dogmática da ortografia na Constituição de 1976.

A linguagem escrita e a ortografia nela contida devem ser objecto de valorização. A língua escrita não é apenas um sistema simbólico de segunda ordem: a literacia acarreta uma mudança radical na estrutura das comunidades. Sem literacia, não há Estado, não há civilização, não há nação, não há filosofia, não há ciência e não há memória social e cultural de longo prazo: sem escrita, não haveria religiões do Livro, nem haveria discurso científico e filosófico.

A ortografia permite codificar, sistematizar e estabilizar a língua escrita padrão de uma sociedade complexa; a ortografia é parte integrante da língua.

Sem ortografia, não há continuidade cultural intergeracional estável.

As disposições da Constituição instrumental são intocáveis; só podendo ser alteradas licitamente mediante o exercício do poder de revisão constitucional.

Não são apenas as “normas”, no sentido tradicionalmente entendido, que vinculam – também os preceitos constitucionais devem ser tidos como intangíveis.

O artigo 2.º, n.º 2, da Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, que determina que quaisquer reedições terão de ser feitas segundo o Acordo Ortográfico, é orgânica e materialmente inconstitucional, pois se refere, também, à Constituição instrumental.

O texto oficial que faz fé é o aprovado em 2 de Abril de 1976, com alterações posteriores.

Deve distinguir-se entre “força da Constituição” e “força normativa da Constituição”.

As teorias múltiplas e díspares sobre o que seja a “Constituição material” devem ser rejeitadas. Não existe um critério “*ratione materiae*” para determinar os conteúdos de uma Constituição, mas apenas critérios tendenciais (e, por conseguinte, desprovidos de universalidade).

A Constituição moderna é definida, sobretudo, através da forma e, apenas tendencialmente, pelo conteúdo, de regular o Estado-poder.

3.2. A inconstitucionalidade resultante de desconformidades ortográficas com a Constituição instrumental

No pressuposto do princípio jurídico de a variante consagrada pela Constituição Portuguesa ser a do português de Portugal, temos mais inconstitucionalidades de carácter formal e material.

No caso de a Constituição grafar uma expressão com certa ortografia, existe inconstitucionalidade formal a duplo título.

3.3. As posições jusfundamentais dos particulares face à ortografia: entre o princípio da liberdade e dever fundamental de não atentar contra o núcleo identitário da língua portuguesa

Há que ter em conta a previsão do dever fundamental de preservar, defender e valorizar o património cultural (artigo 78.º, n.º 1, 2.ª parte), de que a língua portuguesa faz parte.

A “aplicabilidade directa” dos deveres fundamentais – autónomos ou não autónomos – depende da densidade da norma.

Os deveres fundamentais, sobretudo os que têm uma componente negativa – *v. g.*, o dever de não atentar contra o património cultural – devem ser considerados directamente aplicáveis.

Existe um dever fundamental com uma dupla vertente: i) em sentido negativo, um dever de abstenção da prática de actos lesivos do núcleo identitário da língua portuguesa; ii) um dever positivo de impedir a destruição da mesma.

Várias normas do Acordo Ortográfico desfiguram a língua portuguesa. Estão nesse âmbito as “facultatividades”.

Existe um dever de todos os particulares desobedecerem às normas mais aberrantes do AO, desfiguradoras do núcleo identitário das normas ortográficas costumeiras de língua portuguesa.

3.4. *Ortografia e revisão constitucional*

A Constituição instrumental não pode ser alterada, através de uma lei de revisão constitucional, segundo o Acordo Ortográfico, por atentar contra limites materiais de revisão: o princípio da identidade nacional e cultural; o “direito à língua portuguesa” e o direito à identidade cultural, bem como o princípio da independência nacional (devido às remissões para usos e costumes de outros países, para se apurar quais as normas resultantes de algumas disposições do AO, que remetem para o critério da pronúncia).

Mesmo que esta tese não fosse seguida, uma revisão constitucional que modificasse os preceitos da Constituição, em conformidade com o Acordo Ortográfico, não poderia ter efeito convalidatório das normas inconstitucionais anteriores.

4. Restantes inconstitucionalidades materiais

4.1. *Inconstitucionalidades materiais das normas constantes do Acordo Ortográfico e das Resoluções da Assembleia da República e do Conselho de Ministros*

Quanto a outras inconstitucionalidades materiais, temos:

- a violação da “autorização constitucional expressa”;
- havendo restrições ao direito à língua e à liberdade de expressão;
- violação do princípio da identidade nacional;
- violação do princípio da igualdade;
- violação do direito ao desenvolvimento da personalidade;
- violação do dever de o Estado informar os cidadãos sobre os assuntos públicos (artigo 48.º, n.º 2);
- violação da regra da proibição de censura (artigo 37.º, n.º 2);
- violação da liberdade de criação artística e cultural (artigo 42.º, n.º 1);
- violação da proibição de dirigismo político na educação (artigo 43.º, n.º 2);
- violação da liberdade de imprensa.

4.2. *Cumulação dos vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade*

O “Vocabulário de Língua Portuguesa” e o conversor “Lince”, previstos pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, padecem de inconstitucionalidades várias:

- i) Inconstitucionalidade material, por violação do artigo 112.º, n.º 5, 2.ª parte;
- ii) Inconstitucionalidade orgânica, por regulamentar direitos liberdades e garantias [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea b)];
- iii) Inconstitucionalidade formal, decorrente de o diploma ser uma resolução, não assumindo a forma de lei em sentido formal (lei da AR ou decreto-lei autorizado).

Concomitantemente, registam-se várias ilegalidades “*sui generis*” do “Lince” e dos correctores ortográficos, por violação das próprias normas constantes do Acordo Ortográfico.

5. *Consequências das inconstitucionalidades mencionadas*

A Assembleia da República deve repor a normatividade violada, operando um autocontrolo da validade, fazendo aprovar um acto que, reconhecendo a inconstitucionalidade das normas contidas no AO e, também, na Resolução parlamentar n.º 35/2008, retire eficácia a essa, autodesvinculando o Estado português.

Devido às inconstitucionalidades mencionadas e ao consequente desvalor da nulidade, existe ***o poder-dever de desaplicar as normas constantes do Acordo Ortográfico, por parte de todas as entidades públicas***: Legislador, tribunais, bem como órgãos e agentes da Administração Pública.

Não existe dever de obediência por parte de funcionários públicos, pois a ordem de respeitar o AO (ou, por maioria de razão, o “Lince” e os correctores ortográficos) padece de inconstitucionalidade, por violação de direitos, liberdades e garantias, o que origina o desvalor da nulidade do acto. No caso do AO, por todas as razões referidas, a ilegalidade é manifesta. Deste modo, o não acatamento da ordem, nos “casos em que não fosse devida obediência”, é insusceptível de acarretar responsabilidade disciplinar.

Os particulares gozam do direito de resistência (artigo 21.º), de objecção de consciência e do direito genérico de desobediência ***a normas inconstitucionais***.

Mais do que isso, existe um dever de desobediência, por parte dos particulares, em relação às normas mais aberrantes do Acordo Ortográfico, que desfiguram a língua portuguesa.

Até à remoção do AO na ordem jurídica, existem meios de tutela graciosa e contenciosa.

6. Demérito do Acordo Ortográfico: a violação de regras extra-jurídicas da variante do português de Portugal

O AO não assenta em nenhum consenso alargado.

O AO não serve o fim a que se destina – a unificação ortográfica da língua portuguesa.

Há múltiplos reparos que podem ser feitos, do ponto de vista das formulações.

O AO é um texto cheio de vulnerabilidades no domínio ortográfico.

A aplicação do AO cria palavras homógrafas, fazendo com que palavras distintas sejam confundidas.

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

DR. JOSÉ MANUEL GONÇALVES MACHADO*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Quadro legal em vigor*: 2.1. *A falta de pagamento da renda como causa de resolução do contrato*; 2.2. *O recurso à via judicial ou extrajudicial?*; 2.3. *A ação executiva*: 2.3.1. *A sua perplexidade face ao direito de oposição do arrendatário*; 2.3.2. *A duplicação de ações executivas*; 2.3.3. *O caso particular da execução para entrega de coisa imóvel arrendada*. 3. *Alterações constantes na Proposta de Lei n.º 38/XII em matéria de resolução por não pagamento da renda*: 3.1. *Alterações substanciais relativas ao não pagamento da renda*: 3.2. *Alterações processuais (breve referência)*: 3.2.1. *Ação de despejo*; 3.2.2. *O procedimento especial de despejo*; 3.2.3. *Ação executiva*. 4. *Notas finais*.

1. Introdução

No recente Acórdão “Pereira (II) c. Portugal”, de 20 de dezembro de 2011, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Segunda Secção) condenou o Estado português ao pagamento de 7.400,00 € devido à excessiva morosidade de um processo que se arrastou durante mais de oito anos para que a proprietária¹ pudesse receber o valor das rendas em atraso².

* Mestrando em Direito dos Contratos e da Empresa na Universidade do Minho.

¹ De referir que utilizaremos as expressões proprietário, senhorio e locador como sinónimos. Do outro lado, referir-nos-emos indistintamente aos termos arrendatário, inquilino e locatário.

² A recorrente alegou que a duração do processo violou o princípio de “tempo razoável” previsto pelo artigo 6.º § 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). O Tribunal deu-lhe razão afirmando que o critério de razoabilidade da duração dos processos se reporta “às circunstâncias do caso e tendo em conta os critérios estabelecidos na sua jurisprudência, em especial, a complexidade do caso. Ora, o Tribunal considerou que o caso não era complexo e, dada a sua jurisprudência, entendeu igualmente que “a duração do processo era excessivo e não atende a exigência de “prazo razoável”. Disponível em http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_FR. Acesso em 25 de janeiro de 2012.

Estes dois problemas – atraso no pagamento das rendas e excessiva morosidade – estão, na verdade, interligados. Casos de incumprimento e morosidade como o *supra* referido têm vindo a aumentar. E os nossos tribunais – por natureza – muito vagarosos, poderão estar a contribuir para o agravamento de situações de verdadeira catástrofe económica e social neste domínio.

Diga-se, em abono da verdade, que enquanto não se solucionar este problema muitos proprietários recusarão colocar as suas casas no mercado de arrendamento, com receio de não conseguirem fazer valer os seus direitos em tempo útil. E quando arriscam entrar no mercado de arrendamento, muitas das vezes, exigem rendas altas para compensar o risco que correm.

Nessa senda, temos assistido nos últimos anos a um movimento de “desjudicialização” da justiça, com recurso a mecanismos extrajudiciais para resolução dos conflitos³, como forma de agilizar a solução daqueles problemas. Pois só dessa forma poderão ser beneficiados não só os proprietários, mas também os inquilinos, uma vez que o aumento da oferta fará baixar as rendas e as situações de incumprimento⁴.

Com o objetivo de dinamização do mercado de arrendamento, o XIX Governo Constitucional, na Proposta de Lei n.º 38/XII, opera diversas alterações em termos substantivos e processuais face ao regime vigente. Contudo, a nossa reflexão centrar-se-á apenas em torno da questão da resolução do contrato de arrendamento urbano por falta de pagamento da renda.

Quanto a nós, esta continuará a ser “a mais importante das causas de resolução”⁵ do contrato de arrendamento urbano. Nessa medida, e antes de avançarmos com uma breve apreciação às alterações propostas nessa matéria, é de todo conveniente traçar um quadro geral das normas em vigor, evidenciando, com algum detalhe, as principais questões debatidas nos nossos tribunais e que dividem igualmente a doutrina.

³ Vale a pena recordar que já em 1999, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, no *Relatório Breve do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa sobre Bloqueios ao Andamento dos Processos e Propostas de Solução* (disponível em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/08.pdf>, acesso em 5 de janeiro de 2012) aponta as mais diversas causas dessa eterna questão da excessiva duração dos processos (com destaque para a excessiva burocratização) e, em resposta, dá luzes daquele que deve ser o caminho para superar tal problema. Entre essas propostas destacamos a necessidade de informatização dos processos e importância de haver mecanismos alternativos de resolução de litígios mais simplificados para aquelas questões que não justificam o acesso aos tribunais.

⁴ Neste sentido se pronuncia MIGUEL SERRA, *O Despejo no Novo Regime do Arrendamento Urbano – Tramitação a utilizar quando está em causa a falta de Pagamento das Rendas*, Revista Gestin – Instituto Politécnico de Castelo Branco, Escola Superior de Gestão, n.º 8, maio, 2010, 169-170.

⁵ Expressão utilizada por LAURINDA GEMAS, *O Novo Quadro Legal da Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Revista do CEJ: número especial – n.º 5, 2.º semestre 2006, 83.

Pois que, só desta forma estaremos em condições de poder vislumbrar a novidade e o alcance das alterações agora propostas em relação à matéria da resolução do contrato de arrendamento urbano por falta de pagamento da renda.

2. Quadro legal em vigor

O artigo 1083.º do CC, na redação da Lei 6/2006, de 27 de fevereiro (NRAU), veio colmatar a assimetria entre locador e locatário anteriormente existente, por força dos condicionalismos impostos ao locador, que só poderia resolver o contrato nas situações previstas no artigo 64.º do Regime de Arrendamento Urbano (RAU), entre as quais se incluía a falta de pagamento da renda.

Com o NRAU quis-se corrigir essa assimetria entre senhorio e arrendatário. Assim, o n.º 1 do artigo 1083.º do CC estabelece o seguinte: “[q]ualquer das partes pode resolver o contrato, nos termos gerais do direito, com base em incumprimento pela outra parte”.

Por outro lado, se antes havia uma tipificação taxativa dos fundamentos de resolução, a Lei de 2006, no artigo 1083.º, n.º 2 – 1.ª parte, veio consagrar uma cláusula geral, conferindo aos tribunais a tarefa de analisar o caso concreto e decidir dentro dos critérios e limites legais impostos.

O preceito, começa por clarificar o que em parte já resultaria das normas relativas ao não cumprimento (artigos 790.º e ss. do CC) e dos demais princípios do direito (nomeadamente os princípios da boa fé e da integralidade consagrados nos artigos 762.º e 763.º do CC). Mas ao introduzir-se o conceito de “inexigibilidade”, a par da “gravidade ou consequências”, oferece-se ao juiz um duplo critério: de um lado, abre-se o leque a casos que possam configurar uma situação grave, atendendo às consequências insuportáveis pelo senhorio; do outro, exclui-se o direito de resolução nos casos em que o cumprimento se torne inexigível à outra parte⁶.

Além dessa formulação genérica, a lei, a título exemplificativo⁷, aponta casos que poderão fundamentar a resolução. Entre elas destacamos: a violação grave das regras de higiene, do sossego e da boa vizinhança, e também a utilização do prédio para fim diverso daquele a que se destina [cf. artigo 1083.º, n.º 2, als. a) a e) do CC].

A sua concretização deverá operar, caso a caso, subentendendo-se à ponderação da fórmula enunciada na cláusula geral. Ou seja: uma vez operada uma concreta

⁶ Neste sentido NUNO PINTO OLIVEIRA, *Resolução do contrato de arrendamento*, Revista de Scientia Iuridica, 55, n.º 308, outubro/dezembro, 2006, 646-647.

⁷ É pacífico, em face do uso do advérbio “designadamente” que tal enumeração é meramente exemplificativa e que, por isso, outras violações permitirão ao senhorio resolver o contrato.

causa de resolução, há ainda que considerar se é suficientemente grave de tal forma que torne inexigível a subsistência da relação de arrendamento.

Nesta perspetiva, nem toda a violação do contrato fundamenta o direito de resolução. Por conseguinte, também o não pagamento da renda poderá não representar, por si só, uma causa determinante de resolução. Esse incumprimento, como adiante veremos, só fundamenta a resolução se dele resultar a inexigibilidade da manutenção do contrato arrendamento.

Assim, o critério da inexigibilidade funcionará como complemento aos restantes motivos de resolução, não só os enumerados nas alíneas do artigo 1083.º, n.º 2, a título exemplificativo, mas quaisquer outros que resultem da violação de deveres, contratuais ou legais, que vinculem as partes.

Por outro lado, como bem observa Carla Amado Gomes⁸, aquelas alíneas além de poderem representar fundamentos de resolução do contrato permitem também “uma concretização dos deveres do [arrendatário]”. E, nesse sentido, a enumeração feita pelo legislador complementar e concretizará de algum modo o filtro da inexigibilidade. Existe, por isso, estreita ligação entre a cláusula geral e as hipóteses enumeradas pois estas representam, até certo ponto, afloramentos daquela.

Ora, caberá ao tribunal a tarefa de aplicar esses critérios e efetuar esse controlo através das regras da experiência, dos fatores sociais económicos e sociais relevantes, dos factos que relevem para a concretização da violação daqueles deveres, bem como das consequências danosas que o incumprimento trouxe para a esfera jurídica do senhorio.

Pelo que até aqui vimos, pode afirmar que “a manutenção do arrendamento é inexigível quando o comportamento de uma das partes se mostre especialmente lesivo da relação jurídica de arrendamento e a permanência desta relação representa para a outra, um sacrifício, desrazoável”⁹.

Isto só não é assim, quando haja mora superior a três meses na obrigação de pagamento da renda, encargos ou despesas (ou na oposição do arrendatário à realização de obra ordenada por entidade pública)¹⁰. Nestes casos, como veremos,

⁸ *Direito do Arrendamento e Vinculações Jurídico-Públicas – Uma Aproximação*, Revista do Ministério Público, n.º 111, julho/setembro, 2007, 67.

⁹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de novembro de 2009 (HENRIQUE ANTUNES), disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰ O artigo 1084.º, n.º 3 dispõe o seguinte: “A resolução do contrato pelo senhorio, quando opere por comunicação à outra parte e se funda na falta de pagamento da renda, fica sem efeito se o arrendatário puser fim à mora no prazo de três meses”. O n.º 4 refere ainda: “Fica igualmente sem efeito a resolução fundada na oposição pelo arrendatário à realização de obra ordenada por autoridade pública se no prazo de três meses cessar essa oposição”.

o controlo da inexigibilidade é verifica-se *ex lege*, ou seja, é feito pela própria lei (artigo 1083.º, n.º 3 do CC).

De ferir ainda que o prazo de três meses é, quanto a nós, um prazo demasiado extenso. Nesse sentido e com razão, GRAVATO MORAIS salienta que este prazo não tem justificação possível face ao regime vigente (que se quer mais célere que o anterior) uma vez que coloca o senhorio numa posição ainda mais gravosa do que sucedia ao abrigo da lei anterior, em que poderia reagir quase de imediato, ou seja, a partir da mora relevante¹¹.

2.1. *A falta de pagamento da renda como causa de resolução do contrato*¹²

Havendo um atraso superior a três meses, não temos dúvidas em afirmar que se presume que arrendatário pode resolver o contrato¹³. Nessa conformidade, entendemos que o n.º 3 do artigo 1083.º do CC reveste um certo grau “especialidade” em relação ao n.º 2, pelo que basta o simples decurso do prazo para se presumir a “gravidade” do incumprimento¹⁴.

¹¹ Segundo dispõe o artigo 1041.º, n.º 2 do CC, a arrendatário dispõe do prazo de 8 dias, contados a partir da data de vencimento da renda, para pagar. Decorrido esse prazo, a mora já se considerava relevante para efeitos indemnizatórios. Para mais desenvolvimentos cf. GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda no Arrendamento Urbano*, Almedina, 2010, 52 ss.

¹² A este propósito NUNO PINTO OLIVEIRA (*Resolução do contrato...opus cit.*, 650 ss.) questiona se a mora superior a três meses é um requisito absoluto para resolução do contrato por falta de pagamento da renda ou se é igualmente possível no período inferior a três meses. Estas duas questões foram oportunamente levantadas por NUNO PINTO OLIVEIRA, *Resolução do contrato...opus cit.*, 650 ss.

¹³ Neste sentido FERNANDO DA SILVA BASTOS, *A Resolução do Contrato de Arrendamento por falta de pagamento de rendas em caso de mora superior a três meses – Acção de Despejo ou Comunicação?*, Compilações Doutrinárias Verbo Jurídico, 2010, 10; GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 120 ss; LAURINDA GEMAS, *O Novo Quadro Legal...opus cit.*, 83 ss; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Resolução do contrato...opus cit.*, 650; PAULO SOARES DO NASCIMENTO, *O Incumprimento da Obrigação de Pagamento da Renda ao abrigo do Novo Regime Jurídico de Arrendamento Urbano – Resolução do contrato e acção de cumprimento*, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. Doutor Galvão Telles: 90 anos, Almedina, 2007, 1005 ss.

¹⁴ Como bem observa FERNANDO BAPTISTA OLIVEIRA (*A Resolução do Contrato no Novo Regime de Arrendamento Urbano – Causas de resolução e questões conexas (em especial a cláusula geral resolutive do n.º 2 do Artigo 1083.º do CC)*, Almedina, 2007, 83, *cit. apud* GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 174), “qualquer hipótese que extravase desse n.º 3 terá de passar pelo “crivo” do n.º 2”. Com esta afirmação o Autor sublinha a exigência legal de alegação e prova de que a conduta do arrendatário é de tal forma grave que pela sua gravidade ou consequências torna inexigível à outra parte a manutenção do contrato de arrendamento.

Por esse motivo, a doutrina tem visto nesta norma uma presunção de inexigibilidade¹⁵ que culmina com o direito de resolução do contrato atribuído ao senhorio. Não há, portanto, neste domínio qualquer espaço para a valoração da gravidade da violação contratual nem para admitir ou excluir o direito de resolução¹⁶.

Para se preencher a inexigibilidade basta, portanto, o atraso no pagamento de uma ou mais rendas, quando superior a três meses. O que significa que a mora não tem que se prolongar necessariamente por três meses, mas que esse atraso – ainda que diga respeito a uma única renda – se prolongue por três meses¹⁷. Com efeito, o n.º 3 consubstancia a inexigibilidade num espaço de tempo limitado (mais de três meses), nada mais acrescentando.

Essa presunção é, no entanto, ilidível, podendo o arrendatário afastar tal direito conferido ao senhorio, por exemplo, purgando a mora, apresentando a prova do pagamento ou demonstrando que não foi devidamente interpelado¹⁸.

Assim sendo, é evidente que o critério geral enunciado no artigo 1083.º, n.º 2 do CC (nomeadamente a exigência geral da gravidade do incumprimento), não releva para efeitos da presunção do artigo 1083.º, n.º 3.

Situação diferente sucede quando o senhorio pretende resolver o contrato nas situações de mora inferior a três meses¹⁹. Com efeito, verificando-se a falta de pagamento de duas rendas, ainda que a mora não tenha atingido a duração superior a três meses, poderá, todavia, admitir-se que tal facto constitua uma hipótese suficientemente grave para se poder resolver o contrato, ainda que somente ao abrigo daquela cláusula geral. Tal posição parece unânime na doutrina²⁰.

¹⁵ Neste sentido GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 121; o Autor refere que “[o] decurso do prazo de 3 meses gera imediata e automaticamente, por via da lei, a faculdade do exercício de tal direito pelo senhorio”. Cf. ainda FERNANDO DA SILVA BASTOS, *A Resolução do Contrato de Arrendamento...opus cit.*

¹⁶ Neste sentido se pronunciou o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de novembro de 2009 (HENRIQUE ANTUNES), disponível em www.dgsi.pt.

¹⁷ Como observa GRAVATO MORAIS (*Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 120) “...não seria de esperar outro circunstancialismo. Na verdade, a imaginar-se que o legislador fez menção a 3 rendas em atraso por prazo superior a 3 meses, estaríamos numa situação particularmente gravosa para o senhorio...”.

¹⁸ Para outros desenvolvimentos cf. GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 49 ss.

¹⁹ Admitir o contrário, como notam LAURINDA GEMAS, ALBERTINA PEDROSO E CALDEIRA JORGE, *Arrendamento Urbano – Novo Regime Anotado e Legislação Complementar*, 3.ª ed., Quis Juris, 2009, 298), conduziria a um resultado absurdo e indesejável da exclusão do direito de resolução no tocante a contratos de arrendamentos com rendas de valor baixo e insignificante.

²⁰ Neste sentido GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 173 ss.; LAURINDA GEMAS, *O Novo Quadro Legal...opus cit.*, 83; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Resolução do contrato...opus cit.*, 650; PAULO SOARES DO NASCIMENTO, *O Incumprimento da Obrigação de Pagamento...opus cit.*, 1009 ss.

Na verdade, como observam Laurinda Gemas, Albertina Pedroso e Caldeira Jorge²¹, “a falta de pagamento assume, em princípio, gravidade bastante para justificar a resolução do contrato, configurando uma hipótese de aplicação direta daquela cláusula geral”, porquanto o pagamento constitui “a obrigação principal que impende sobre o arrendatário”.

Não pode, assim, considerar-se aceitável que só releve como fundamento de resolução do contrato um atraso superior a três meses no pagamento da renda, na medida em que tal espaço temporal só é necessário, como melhor veremos adiante, se o senhorio decidir resolver o contrato extrajudicialmente.

Entendemos, pois, que a falta de pagamento de renda, independentemente do número de rendas em atraso e da duração da mora é passível de constituir um fundamento seguro para a resolução do contrato, a efetivar por meio da ação de despejo²².

2.2. O recurso à via judicial ou extrajudicial?

À luz da legislação atual, a resolução do contrato de arrendamento urbano faz-se com recurso aos tribunais ou então por via judicial. Por comunicação quando, nos termos do artigo 1084.º, n.º 1, em conjugação com artigo 1083.º, n.º 3, ambos do CC, o direito de resolução se baseie em “mora superior a três meses”. Por ação de despejo (prevista no artigo 14.º do NRAU)²³, quando tenha por fundamento uma das causas do n.º 2 do artigo 1083.º do CC.²⁴

²¹ *Arrendamento Urbano – Novo Regime...opus cit.*, 232.

²² Neste sentido, Luís DUARTE MANSO e NUNO TEODÓSIO OLIVEIRA (*Direito do Arrendamento Urbano*, Quid Iuris, 2006, 129) afirmam que basta “o atraso por mais de três meses no pagamento de, pelo menos, uma renda para fundamentar a resolução extrajudicial do contrato de arrendamento. Contudo, tal falta de pagamento, também poderá justificar a resolução do contrato, mesmo quando a mora tenha duração inferior, embora, neste caso, a resolução opere por via judicial, tendo de ser decretada em sede de despejo (art.º 1083.º n.º 2 e 14 da NRAU).”

²³ Apesar da designação “ação de despejo”, é bom esclarecer que se trata de uma ação declarativa que segue a forma de processo comum ordinário ou sumário, dependendo do valor (cf. artigos 307.º, n.º 1 e 462.º, ambos do Código de Processo Civil – CPC). Isto mesmo é sublinhado por LAURINDA GEMAS, *O Novo Quadro Legal...opus cit.*, 94.

²⁴ Cf. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Resolução do contrato...opus cit.*, 653. Desde já adiantamos que o Autor, estranhamente, não levanta qualquer questão relativa ao exercício do direito de resolução por via judicial no caso de mora superior a três meses. Pelo que, somos levados a concluir que o Autor estará mais próximo da posição daqueles que não admitem a via judicial no caso de mora superior a três meses. Veja-se toda a argumentação apresentada por FERNANDO DA SILVA BASTOS (*A Resolução do Contrato de Arrendamento...opus cit.*), que assenta essencialmente na imperatividade normativa e na falta de interesse em agir.

A articulação entre estas duas vias levanta diversas questões. Desde logo, e como vimos anteriormente, n.º 2 do artigo 1083.º do CC, na sua cláusula geral, não exclui as hipóteses de falta de pagamento da renda quando haja atraso inferior a três meses. Daqui se retira que a falta de pagamento da renda poderá ser fundamento tanto para se acionar a via judicial como a via extrajudicial. Mas não o serve na mesma medida.

Passamos a expor.

Com a previsão do artigo 1084.º, n.º 1 do CC o legislador diz expressamente que na hipótese do n.º 3 do 1083.º do CC (mora superior a três meses), a resolução opera por comunicação à contraparte. Com isso, terá o legislador afastado a hipótese de recurso à via judicial?

Face ao teor da lei, há quem acompanhe a posição defendida por Fernando da Silva Bastos²⁵, afirmando que o senhorio deixou de poder recorrer, nesse caso, à via judicial, restando-lhe apenas a resolução por comunicação²⁶ e só mais tarde (bastante mais tarde), se necessário, instaurar a ação executiva para entrega de coisa. Desde logo, o Autor, face à inquestionável imperatividade²⁷ das normas em análise, não reconhece interesse em agir por parte daqueles que, podendo recorrer à via extrajudicial, instauram uma ação judicial²⁸. Esta posição é acerrimamente

²⁵ *A Resolução do Contrato de Arrendamento...opus cit.* Neste sentido se posicionam também OLINDA GARCIA, *A acção Executiva para entrega de imóvel arrendado*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2008; MENEZES LEITÃO, *Arrendamento Urbano*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2007, 165 ss; e PINTO FURTADO, *Manual de Arrendamento Urbano*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2008, 1027. Entendimento inicialmente pugnado por LAURINDA GEMAS (*Novo Quadro Legal...opus cit.*, 91 ss.) mas que, entretanto abandonou, aderindo à tese oposta.

²⁶ De referir que a comunicação é efetuada mediante notificação avulsa ou mediante contacto pessoal de advogado, solicitador ou solicitador de execução (artigo 9.º, n.º 7, do NRAU). O comprovativo da dessa comunicação servirá de base à execução para entrega de coisa certa, sendo igualmente título executivo para a ação de pagamento de renda [artigo 15.º, n.ºs 1, al. e) e 2, do NRAU]. A propósito do modo como opera a comunicação e dos seus pressupostos cf. GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 128 ss.

²⁷ Imperatividade sublinhada na posição tomada pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (ASCENSÃO LOPES), de 31 de março de 2011 (disponível em www.dgsi.pt), nos seguintes termos: a “característica da imperatividade determinada pelo artigo 1080.º do CC, não deixa espaço de sobra para que nos casos em que o fundamento da resolução é apenas o não pagamento de rendas, o senhorio possa recorrer à via judicial para obter o despejo do local arrendado.”

²⁸ Em igual sentido se posicionou o recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de dezembro de 2011 (HENRIQUE ARAÚJO), onde é afirmado que o legislador, com o NRAU “pretendeu, sem dúvida, evitar que as pessoas sejam precipitadamente forçadas a vir a juízo para se organizarem, para sob a cominação de uma sanção normalmente grave, a defesa dos seus interesses, numa altura em que a situação da parte contrária o não justifica, e, por outro lado, também evitar sobrecarregar a actividade dos tribunais com acções desnecessárias.” Este entendimento, defendido

adotada no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de abril de 2008 (Isaías Pádua)²⁹.

Por outro lado, e apoiados na letra do artigo 14.º, n.º 1 do NRAU³⁰, sustentam aqueles que o legislador pretende limitar o recurso à via judiciária nas situações em que não seja possível resolver o contrato de arrendamento por outra forma.

pelo referido Acórdão, focaliza-se na figura do interesse em agir ou do interesse processual, como sendo uma exceção, cuja falta substancia uma exceção dilatória que conduz à absolvição da instância. Acórdão disponível em www.dgsi.pt.

²⁹ Sumário: “I – A figura do interesse em agir ou do interesse processual conta-se entre os pressupostos processuais referentes às partes, cuja falta consubstancia uma exceção dilatória inominada e de conhecimento oficioso, que conduz à absolvição da instância. II – Este pressuposto consiste, grosso modo, na necessidade de usar do processo, de instaurar ou de fazer prosseguir a acção, ou na necessidade de tutela judiciária. III – São duas as razões que justificam a relevância deste pressuposto: por um lado, pretende-se evitar que as pessoas sejam precipitadamente forçadas a vir a juízo, para organizarem, sob a cominação de uma sanção normalmente grave, a defesa dos seus interesses, numa altura em que a situação da parte contrária o não justifica; por outro lado, visa-se também evitar sobrecarregar a actividade dos tribunais com acções desnecessárias. IV – Enquanto que anteriormente ao NRAU (aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27/02) o senhorio apenas podia recorrer à acção judicial de despejo para por fim à relação de arrendamento (artigo 55.º do RAU), com o novo regime citado a resolução do contrato de locação passou a pode ser feita judicial ou extrajudicialmente (actual artigo 1047.º CC), devendo no último caso ser feita mediante comunicação à parte contrária, nos termos e pelos modos previstos no artigo 9.º do NRAU. V – No que concerne ao senhorio, apenas em duas situações se pode recorrer à via extrajudicial para a resolução do contrato de arrendamento: na falta de pagamento de rendas (encargos ou despesas) por mais de três meses e em caso de oposição pelo arrendatário à realização de obras ordenadas pela autoridade pública – art.ºs 1083.º, n.º3, e 1084.º, n.º 1, do CC. VI – Embora sem certezas, afigura-se-nos que existe uma imposição legal quanto ao recurso à via extrajudicial, por via de simples comunicação à contraparte, para que o senhorio possa despejar o inquilino nos casos supra citados, estando-lhe vedado o recurso à via judicial – art.ºs 14.º, n.º 1, do NRAU e 1084.º, n.º 1, do CC. VII – Ora, face ao exposto, não existe um qualquer interesse relevante do senhorio que justifique um regime opcional ou facultativo para por fim ao contrato de arrendamento em tais situações, em consequência do que carece de interesse processual em agir para instaurar acção judicial de despejo, dado que o seu direito que pretende fazer valer não se encontrar carecido de tutela judicial”. No mesmo sentido se pronunciaram os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 08 de novembro de 2007 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO) e de 14 de maio de 2009 Acórdão da Relação de Lisboa (MARIA JOSÉ MOURA), e ainda o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de outubro de 2009 (VIEIRA E CUNHA). Todos disponíveis em www.dgsi.pt.

³⁰ “A acção de despejo destina-se a fazer cessar a situação jurídica do arrendamento, sempre que a lei imponha o recurso à via judicial para promover tal cessação.”

Em sentido contrário, encontramos a tese daqueles que entendem que o senhorio pode optar entre a via judicial ou extrajudicial³¹⁻³². Posição, aliás, que subscrevemos, destacando, entre outros, os argumentos que apresentamos de seguida.

Desde logo, sobressai a própria natureza sinalagmática do contrato de arrendamento³³. De um lado, temos o dever de entregar e assegurar o gozo do imóvel [cf. artigo 1031.º, als. *a*) e *b*) do CC]; do outro, a obrigação de pagar a respetiva renda [cf. artigo 1038.º, al. *a*) do CC]. Uma e outra obrigação estão interligadas, na medida em que uma é contrapartida da outra. Essa corresponsabilidade³⁴ de prestações faz com que o senhorio, em caso de incumprimento, obtenha o direito de resolver o contrato. É o que resulta amplamente das diversas disposições relativas ao não cumprimento das obrigações pelo locatário ou arrendatário (cf. artigos 1047.º, 1048.º, 1050.º, 1083.º e 184.º, todos do CC.).

Vistas assim as prestações, tenderíamos a reconhecer a equivalência entre as mesmas. Mas, como vimos, além da questão da “gravidade ou consequências”, o legislador impôs o prazo de três meses como critério para determinar a inexistência na manutenção do contrato. Certamente que o legislador quis proteger o inquilino. Posição, aliás, que não é descabida, atendendo à função social da habitação e às concretas circunstâncias de quem lá reside (que poderá ser, por exemplo, uma pessoa com idade avançada, capacidades diminuídas ou sem recursos económicos). Mas se o objetivo era proteger as populações mais carenciadas ou desprotegidas, outros deveriam ser os critérios³⁵.

Na verdade, a sobrevivência do senhorio poderá igualmente depender do vencimento resultante do arrendamento de certo imóvel seu. E nessa medida, é desprovido de sentido, pelo menos do ponto de vista do sinalagma das relações,

³¹ Neste sentido DAVID MAGALHÃES, *A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Coimbra Editora, 2009, 616 ss.); GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 163 ss.; LAURINDA GEMAS, *Novo Quadro Legal...opus cit.*, 91 ss.; e ainda PAULO SOARES DO NASCIMENTO, *O Incumprimento da Obrigação de Pagamento...opus cit.*, 1016 ss.

³² No mesmo sentido, ver, entre outros, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31 de março de 2009 (ANA RESENDE); acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de fevereiro de 2010 (Amaral Ferreira); acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2 de março de 2010 (PINTO DOS SANTOS); acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2 de novembro de 2010 (JUDITE PIRES); acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de fevereiro de 2008 (CÂNDIDO PELÁGIO LEMOS); acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22 de junho de 2010 (FONTE RAMOS). Todos disponíveis em www.jusnet.pt.

³³ Cf. GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 17-18.

³⁴ *Ibidem*, 204, nota 286.

³⁵ De alguma forma, alguns desses critérios são já apontados na lei processual, em sede de ação executiva para entrega de coisa (cf. artigos 930.º-B e 930.º-C do CPC), entre os quais se destaca o “perigo de vida” que a desocupação pode originar e a carência de comprovada de “meios económicos”.

aquele entendimento que obriga o senhorio a aguardar três meses para agir judicialmente. Já afirmamos que consideramos exageradamente extenso. Além de que, fica vedado ao senhorio a fruição de um bem imóvel que para todos os efeitos é sua propriedade (cf. artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa – CRP). Por essa razão, Paulo Soares do Nascimento³⁶ considera a falta de pagamento da renda uma causa grave, suscetível de fundamentar a resolução do contrato, pela simples facto de alguém ser privado do gozo do bem locado.

Por outro lado, somos da opinião de que a limitação resultante da interpretação puramente literal do artigo 14.º, do NRAU é apenas “aparente”, uma vez que tal norma constava já no anterior artigo 55.º, n.º 1, do RAU, sem que então existisse a possibilidade de operar a resolução extrajudicial do contrato de arrendamento na falta de pagamento das rendas. Motivo para dizer que o legislador se esqueceu de atualizar esse preceito³⁷.

Vejamos.

Sendo obrigatório o recurso à ação de despejo sempre que a lei assim o exija, daí não se pode extrair, necessariamente, que seja proibido o recurso a essa mesma ação judicial nos casos em que tal cessação também possa operar extrajudicialmente. Se, por exemplo, estiverem em atraso diversas rendas, umas vencidas há mais de três meses, outras há menos, poderá o senhorio resolver extrajudicialmente? Sim, se apenas quiser ser pago e indemnizado em relação às vencidas há mais de três meses. Caso queira ser ressarcido pelo montante de todas rendas em atraso, a lei impõe que seja pela via judicial. Nessa conformidade, não é de todo razoável que se conclua, com base no artigo 1084.º, n.º 1 do CC e artigo 14.º do RAU, que a obrigatoriedade da comunicação extrajudicial exclui o recurso à ação de despejo³⁸.

Acresce também o facto de muitos contratos de arrendamento não estarem ainda reduzidos a escrito³⁹. Como tal, nesses casos, mesmo sendo a mora superior

³⁶ *O Incumprimento da Obrigação de Pagamento...opus cit.*, 1018.

³⁷ Cf. GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 164.

³⁸ Apesar de alguma hesitação, parece-nos conveniente adotar enquadrar a ação de despejo constante do citado artigo 14.º, n.º 1 num sentido amplo, abrangendo não só a figura da ação de despejo *stricto sensu*, a instaurar quando a via judicial é o único modo de obter a cessação – por resolução ou denúncia – da situação jurídica do arrendamento, mas também “todas as acções intentadas pelo senhorio para promover a cessação do contrato quando esta não opera *ipso iure*”, como acontece nos casos em que o senhorio quer resolver o contrato extrajudicialmente. Cf. LAURINDA GEMAS, *Novo Quadro Legal...opus cit.*, 94.

³⁹ Para uma abordagem mais desenvolvida sobre eliminação do regime de suprimento da forma escrita pela exibição de recibo de renda veja-se JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2007, 311-312. Embora tenha a vantagem de obstar a que o senhorio, não formalizando o contrato, possa negar a existência de qualquer vínculo, desprotege de forma clara aqueles que não possuem contrato de arrendamento sob a forma escrita.

a três meses não seria admissível o recurso à via extrajudicial, já que esta exige a forma escrita do contrato de arrendamento. Logo, não estariam preenchidos os requisitos da comunicação (cf. artigo 15.º do NRAU)⁴⁰.

Pois bem, como observa Laurinda Gemas⁴¹, não se vislumbram quaisquer fundamentos para que o legislador possa ter pretendido afastar o direito de resolução judicial do contrato quando este não observe a forma escrita. O que o legislador visou, manifestamente, e salvo devido respeito por melhor opinião, foi apenas facilitar e acelerar a entrega coerciva do locado, tornando dispensável, em determinadas situações, a ação de despejo⁴².

Por último, e para afastar os argumentos que apontam para a falta de interesse em agir, lembre-se que a ação de despejo dispensa desde logo o senhorio do período de três meses de purgação da mora. Além disso, tem as vantagens que um processo declarativo comporta, nomeadamente, faculta a cumulação de pedidos de resolução com o de indemnização ou de rendas ou com a denúncia (artigo 1086.º do CC). De destacar ainda que se evita as dificuldades inerentes à notificação avulsa ou contacto pessoal (cf. artigo 1084.º, n.º 1 do CC, e artigo 9.º, n.º 7 do NRAU)⁴³.

Mas o principal benefício, segundo o entendimento de Gravato Morais⁴⁴, resulta da impossibilidade do arrendatário, em fase judicial, só poder pôr fim ao direito de resolução do senhorio uma única vez, como decorre do disposto no artigo 1048.º, n.º 2 do CC. O que significa que uma vez esgotada a possibilidade de purgar a mora em sede judicial, o arrendatário já não poderá usar tal faculdade na vigência daquele contrato de arrendamento. Todavia nada impede que possa haver a celebração de um novo contrato. E, neste caso, abre-se de novo tal possibilidade.

Ora, reconhecendo-se as vantagens e desvantagens a uma e outra via⁴⁵, entendemos que só no caso concreto poderá ser discutida a melhor das duas,

⁴⁰ Além da existência de um contrato de arrendamento escrito e válido, a resolução por comunicação pressupõe ainda a mora quanto ao pagamento da renda e o decurso de 3 meses. Cf. GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 118 ss.

⁴¹ *Novo Quadro Legal...opus cit.*, 94-95.

⁴² Cf. LAURINDA GEMAS, *Novo Quadro Legal...opus cit.*, 96.

⁴³ Cf. GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 164-165, e ainda LAURINDA GEMAS, *Novo Quadro Legal...opus cit.*, 92-93.

⁴⁴ *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 166.

⁴⁵ Em favor da via judicial cf. LAURINDA GEMAS, *Novo Quadro Legal...opus cit.*, 92-93 e e ainda GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 166-167. Em oposição situa-se, por exemplo FERNANDO DA SILVA BASTOS (*A Resolução do Contrato de Arrendamento...opus cit.* 8) que reconhece na via judicial um meio mais célere e eficaz, apoiando-se na exposição dos motivos da Lei de 2006 que esteve na base de tal opção legislativa, nomeadamente quando é dito que “a intenção do legislador do NRAU foi conduzido pelo pensamento actual de racionalizar meios e os motivos de acesso à justiça, sendo o tribunal chamado a julgar onde seja necessário o juiz intervir”.

sendo válidos os diversos argumentos em favor de uma ou de outra via⁴⁶. O certo é, então, que o artigo 1084.º, n.º 1 do CC não exclui o recurso à ação judicial a todo o tempo, prevendo apenas um outro meio alternativo⁴⁷, e porventura mais simplificado, de resolução do contrato, evitando o recurso aos tribunais⁴⁸.

2.3. *A ação executiva*

Para que possa ser instaurada uma ação executiva pressupõe-se a verificação de algum dos fundamentos do artigo 1083.º do CC, o que permitirá ao arrendatário resolver o contrato. Além disso, é necessário também que o arrendatário não se oponha (cf. artigo 14.º n.º 2 e 3 do NRAU e artigo 1048.º, n.º 1 do CC). E uma vez resolvido o contrato, o arrendatário deverá proceder à entrega voluntária do imóvel, sem esquecer a obrigação de pagamento das rendas em atraso. Se tal não acontecer, o senhorio, munido de um título executivo judicial ou extrajudicial, consoante a via de resolução utilizada, pretenderá fazer valer o seu direito de forma coerciva.

Assim, esse título executivo pode resultar de uma sentença condenatória [cf. artigo 46.º, n.º 1, al. b) do CPC] quando tenha recorrido à ação declarativa de condenação; poderá também resultar, na pendência da ação de despejo, da certidão elaborada nos termos e para os fins do artigo 14.º, n.º 5 do NRAU; e ainda, e em alternativa à via judicial, da comunicação ao arrendatário do montante em

⁴⁶ PAULO SOARES DO NASCIMENTO (*O Incumprimento da Obrigação de Pagamento...opus cit.*, 1019) afirma igualmente que “caberá à jurisprudência, perante a concreta situação de incumprimento alegada pelo locador, indagar sobre a viabilidade do pedido de resolução do contrato”, sublinhando que em certos casos (como sucede quando o locatário afirma categoricamente que não irá pagar) é manifesta a gravidade, pelo que não pode ser vedado o recurso à ação judicial, apesar de não estarem cumpridos os três meses.

⁴⁷ No Sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (PEDRO BRIGHTON), de 15 de dezembro de 2009, pode ler-se: “[a] conjugação do disposto nos artigos 14.º n.ºs 3 a 5 do NRAU, 1048.º n.ºs 1 e 3 e 1084.º n.º 3 do Código Civil, permite concluir que a ação declarativa de condenação por falta de pagamento de rendas no âmbito de um contrato de arrendamento continua a constituir meio que pode ser utilizado pelo senhorio para fazer cessar a relação de arrendamento, uma vez que a resolução extrajudicial do contrato com base em tal fundamento encontra-se prevista na lei enquanto mera faculdade concedida ao senhorio”.

⁴⁸ LAURINDA GEMAS (*Novo Quadro Legal...opus cit.*, 96) invocando “...a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias específicas do tempo em que é aplicada, bem como o desejável acerto e adequação das soluções consagradas...”, conclui, por isso, que “...assiste ao senhorio o direito a intentar acção declarativa destinada à resolução do contrato de arrendamento, mesmo quando tenha ao seu dispor a via da resolução extrajudicial, a tanto não obstando a letra dos artigos 1083.º e 1084.º, do CC (artigo 9.º do CC)”.

dívida, acompanhada do contrato de arrendamento [cf. artigo 15.º, n.º 1 e 2 do NRAU e artigo 46.º, n.º 1, al. *d*] do CPC].

Desta feita, se não houver contrato de arrendamento (escrito), ainda que tenha havido comunicação, esta não poderá servir de base à execução. E, nesse caso, ao senhorio apenas resta a ação declarativa de condenação ou a ação de despejo.

2.3.1. *A sua perplexidade face ao direito de oposição do arrendatário*

Uma questão controversa na doutrina tem que ver com a faculdade do arrendatário fazer caducar o exercício do direito à resolução do contrato de arrendamento por parte do senhorio. Se este exercer tal direito pela via judicial, segundo dispõe o artigo 1048.º, n.º 1 do CC, o arrendatário, “até ao termo do prazo para contestação da ação declarativa ou para a oposição à execução”, deverá pagar e, não sendo aceite pelo senhorio, poderá proceder, alternativamente, à consignação em depósito das rendas devidas⁴⁹. Tendo operado tal resolução através de comunicação, determina o artigo 1084.º, n.º 3 que “[a] resolução do contrato pelo senhorio (...) fica sem efeito se o arrendatário puser fim à mora no prazo de três meses”⁵⁰.

A conjugação destes preceitos levanta, contudo, grandes dificuldades interpretativas. Desde logo, quando a resolução aconteça pela via extrajudicial são oferecidas duas oportunidades para o arrendatário pagar ou depositar as quantias em dívida. Uma no decurso do prazo de três meses referido no artigo 1084.º, n.º 3, posteriores aos três meses que o senhorio teve que aguardar para poder exercer tal direito (cf. 1083.º, n.º 3 do CC); outra, até ao termo do prazo para oposição à execução, conforme dispõe o artigo 1048.º, n.º 1 do CC, uma vez que o n.º 2 deste normativo apenas exclui uma segunda oposição quando a primeira tinha sucedido igualmente em fase judicial.

⁴⁹ Assim, se o arrendatário, no âmbito da ação de despejo, não purgou a mora no prazo para contestação, não poderá fazê-lo em sede de oposição à execução. Cf. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Resolução do contrato de arrendamento*, *opus cit.*, 655, nota 8.

⁵⁰ Como nota NUNO PINTO OLIVEIRA (*Resolução do contrato de arrendamento*, *opus cit.*, 652, nota 4), o legislador emprega erradamente o termo “mora” uma vez que, em rigor, o contrato já foi resolvido. Nesse sentido, sugere o Autor, deveria ser empregue uma fórmula semelhante à do artigo 1048.º do CC, onde não se faz referência à situação de mora. Além disso, o Autor (*opus cit.*, 652) refere que “o artigo 1084.º, n.º 3 carece de uma extensão teleológica” porquanto o n.º 1 desse mesmo preceito inclui no direito de resolução não só o pagamento das rendas mas igualmente mas também os valores referentes a encargos e despesas. Nessa conformidade, a faculdade de fazer caducar o direito de resolução estende-se à resolução do contrato por falta de pagamento das despesas e encargos.

Alguns doutrinários⁵¹ e jurisprudência⁵², apoiados no elemento literal, sustentam, assim, que o arrendatário, apesar das várias oportunidades concedidas em sede extrajudicial, continua a poder fazer caducar o direito de resolução no âmbito da oposição à execução. Acrescentam ainda um argumento de ordem processual e social, alegando que a via extrajudicial não oferece as mesmas garantias de defesa e certeza, e o arrendatário vai arranjando “desculpas” para não pagar; e só na fase judicial toma consciência da gravidade da situação e dos seus meios de defesa⁵³.

Quanto a nós este é um “não argumento” porquanto a notificação do arrendatário, operada através de comunicação, reveste diversas formalidades, entre as quais a notificação “mediante contacto pessoal de advogado, solicitador ou solicitador de execução”, “com entrega de duplicado da comunicação e cópia dos documentos que acompanham, devendo o notificando assinar o original” (cf. artigo 9.º, n.º 7 do NRAU).

A tomar partido daquela posição chegaríamos a resultados absolutamente insuportáveis, protegendo exageradamente o arrendatário incumpridor. Basta recordar que arrendatário poderá atrasar-se mais de três meses no pagamento da renda. E só no fim deste prazo é que o senhorio, extrajudicialmente, pode resolver o contrato por comunicação. E uma vez feita essa comunicação, o arrendatário terá ainda uma segunda oportunidade para pagar. Não pagando, o senhorio tem o direito de exigir a desocupação do imóvel arrendado “no final terceiro mês seguinte à resolução, se outro não for o prazo judicialmente fixado ou acordado” (cf. artigo 1081.º, n.º 1 do CC). Se o arrendatário mesmo assim não restituir o imóvel, o senhorio vê-se obrigado a instaurar uma ação executiva para entrega de

⁵¹ Cf. CUNHA DE SÁ e LEONOR COUTINHO, *Arrendamento 2006- Novo Regime do Arrendamento Urbano*, 2.ª ed., Almedina, 2006, 26; LAURINDA GEMAS, ALBERTINA PEDROSO E CALDEIRA JORGE, *Arrendamento Urbano – Novo Regime...opus cit.*, 66, nota 97; PAULO SOARES DO NASCIMENTO, *O Incumprimento da Obrigação de Pagamento...opus cit.*, 1015-1016.

⁵² Veja-se, a título de exemplo, a argumentação utilizada no Acórdão do tribunal da Relação de Lisboa de 14 de julho de 2011 (TERESA ALBUQUERQUE). Aí se sustenta o seguinte: “[n]ão obstante a existência de vozes tão autorizadas no sentido de vedar ao inquilino na situação referida a possibilidade de se servir do mecanismo constante do referido artigo 1048.º, n.º 3, não vê este tribunal que essa possibilidade lhe possa ser coarctada. Desde sempre existiu essa forma de fazer caducar o direito de resolução por falta de pagamento de rendas. Motivo por que, se os mecanismos de defesa do arrendatário que se coloque em mora quanto ao pagamento destas, se configuram no NRAU como muitos e repetidos, dificultando a cessação do contrato e implicando para o senhorio – que vai tendo de viver sem o pagamento pontual das rendas – a insegurança de não saber nunca “se é desta vez” que consegue a resolução do contrato, o defeito estará mais no excesso de “períodos de graça de três meses” do que neste derradeiro meio de o inquilino fazer sobreviver a relação locatícia”.

⁵³ Cf. LAURINDA GEMAS, *Novo Quadro Legal...opus cit.*, 89.

coisa certa. E, nesta fase, poderia então o arrendatário, no prazo para contestação ou oposição à execução, pagar as quantias em dívida.

Não seria de vez à terceira mas antes à quarta! E, sem dúvida alguma, como afirma Nuno Pinto Oliveira⁵⁴, que “legislador atribuiria um [excelente] prémio ao arrendatário que provocasse a acção executiva”.

Não subscrevemos esta posição.

Em primeiro de tudo, cumpre assinalar que o momento que determina o início da contagem do prazo de três meses a que se aludem os artigos 1084.º, n.º 3 e 1087.º do CC é a notificação do arrendatário e não a data limite para que o arrendatário se oponha ao exercício do direito de resolução⁵⁵. O entendimento contrário imporria um terceiro prazo de três meses para que a desocupação do imóvel se tornasse exigível, o que contraria grandemente os propósitos do legislador nesta matéria. Por conseguinte, a desocupação é exigível no final do terceiro mês seguinte notificação resolutive extrajudicial. E a partir daí, fica vedado a possibilidade de fazer caducar o contrato que, para todos os efeitos, já se encontra resolvido.

Portanto, o meio próprio para fazer valer e contestar o direito de resolução contrato acontece através da acção declarativa ou através de comunicação. Em sede de acção executiva para entrega de coisa certa, pressupõe-se já a resolução efetiva do contrato por falta de pagamento (se for esta a hipótese). Assim, ultrapassada essa primeira fase para fazer valer tal direito de resolução, esgotou-se a possibilidade de o fazer caducar. Além de que, frustrar-se-ia ainda mais a intenção de agilizar os mecanismos processuais de resolução do contrato, sendo obtuso falar-se de um meio mais célere⁵⁶.

Nessa conformidade, o artigo 1048.º, n.º 1 carece de uma correção interpretativa no sentido de se impedir que o arrendatário disponha da faculdade de fazer

⁵⁴ *Resolução do contrato de arrendamento, opus cit.*, 657.

⁵⁵ Cf. GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 132; e ainda PAULO SOARES DO NASCIMENTO, *O Incumprimento da Obrigação de Pagamento...opus cit.*, 1011-1012. Este último reconhece que o processo judicial oferece mais garantias de defesa, contudo, não vê motivos para se tratar de maneira diferente, num e noutro caso, a contagem do prazo para oposição. Sublinha o Autor que a opção legislativa de consagrar um meio não judicial nada tem de “depreciativo”, visando somente aliviar os tribunais da matéria de despejo, ou parte dela. Subscrevemos esta opinião, por considerarmos que nalguns casos não existe propriamente um litígio entre as partes, havendo apenas necessidade de fazer valer um direito; pelo que o recurso aos tribunais, nestes casos, implicaria uma utilização desnecessária da lide.

⁵⁶ Neste sentido se manifestam NUNO PINTO OLIVEIRA, *Resolução do contrato de arrendamento, opus cit.*, 656-657, e também GRAVATO MORAIS, *Falta de Pagamento da Renda...opus cit.*, 196-197. Este último Autor afirma que a admissão da possibilidade de resolução após os dois prazos trimestrais de resolução, “representaria uma clara situação de abuso do direito de fazer caducar o direito de resolução, incompatível com um comportamento conforme a regra da boa fé”.

cessar o contrato em sede de ação executiva quando o senhorio tenha recorrido à resolução extrajudicial. Por conseguinte, uma vez decorrido o prazo de três meses a que se refere o artigo 1084.º, n.º 1 do CC, contados a partir da comunicação, extingue-se a faculdade de fazer caducar o direito de resolução.

Por tudo isto, é nosso entendimento, e salvo melhor opinião, que o legislador se expressou mal, dizendo mais do que pretendia⁵⁷. Como tal, a razão de ser da lei parece forçar aqui uma interpretação restritiva, no sentido de se aplicar o artigo 1048.º, n.º 1 do CC, na parte em que se refere à oposição à execução, apenas e unicamente aos casos em que o prazo para a desocupação termine antes do prazo de três meses referido no artigo 1084.º, n.º 1. Assim, apenas e só quando o contrato de arrendamento impuser que o imóvel seja entregue no final do primeiro ou segundo meses, posteriores à resolução por comunicação, o senhorio poderá, na pendência da ação executiva, e antes de esgotado o referido prazo de três meses, ter a faculdade de pagar a renda até ao termo do prazo para oposição à execução⁵⁸.

2.3.2. A duplicação de ações executivas

Uma vez resolvido o contrato de arrendamento por falta de pagamento das rendas, assistem ao senhorio, em princípio, duas pretensões: o direito de usufruir do imóvel e o direito de ser ressarcido pelas rendas vencidas e não pagas. Se tais direitos não forem satisfeitos voluntariamente pelo arrendatário, cabe ao senhorio forçar esse cumprimento por meio de ação executiva.

A dificuldade resulta, no entanto, da circunstância de ter que se instaurar duas ações executivas – uma para recuperar o imóvel, a outra para reaver as rendas não pagas – uma vez que a cumulação de ações executivas com fins diversos é expressamente proibida pela lei processual [cf. artigo 53.º, n.º 1, al. b) do CPC].

Esta duplicação de ações executivas no âmbito do arrendamento urbano varia ainda consoante estejamos perante um título executivo judicial ou extrajudicial.

Desde logo resulta uma importante consequência. É que estando em causa um título extrajudicial há lugar a despacho liminar; pelo contrário, se o título executivo resultar de uma decisão judicial, não há lugar a remessa do processo para despacho liminar. Este entendimento resulta da conjugação dos artigos 812.º-C, al. a) e 812.º-D, n.º 1, al. d), ambos do CPC.

⁵⁷ Como refere BAPTISTA MACHADO (*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 2007, 186) “[o] interprete não deve deixar arrastar-se pelo alcance aparente do texto, mas deve restringir este em termos de o tornar compatível com o pensamento legislativo, isto é, com aquela *ratio*”.

⁵⁸ Neste sentido veja-se NUNO PINTO OLIVEIRA, *Resolução do contrato de arrendamento*, *opus cit.*, 658-659.

Assim sendo, quando no 812.º-D, n.º 1, al. d), do CPC se menciona que as “execuções fundadas em título executivo, nos termos da Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro” estão sujeitas a despacho liminar, obviamente se exclui a hipótese do artigo 14.º, n.º 4 e 5 do NRAU, por essa certidão, extraída na pendência da ação de despejo, ser ainda decisão judicial. Deverá, por isso, fazer-se uma interpretação restritiva daquele normativo e admitir-se que o legislador apenas se queria referir às hipóteses do artigo 15.º do NRAU, sob pena de se quebrar a coerência sistemática das normas em causa.

Além disso, cumpre fazer outra importante distinção.

Tendo optado pela via judicial, *maxime*, pela ação de condenação, o arrendatário pode aí cumular os vários pedidos. Poderá, na mesma ação, cumular vários fundamentos resolutivos além do não pagamento das rendas (por exemplo, a realização de obras não consentidas), pedindo em simultâneo a restituição do imóvel arrendado.

No entanto, com o NRAU, e diferentemente do que sucedia anteriormente⁵⁹, a ação declarativa passou a ser autónoma em relação à ação executiva. Isto significa que se não for cumprida a sentença condenatória o arrendatário terá de recorrer à ação executiva para entrega de coisa certa e de pagamento de quantia certa, caso o arrendatário não tenha satisfeito voluntariamente nenhuma das pretensões.

Tendo optado pela via extrajudicial, e em caso de falta de desocupação do locado na data devida por lei ou acordo das partes, podem servir de base à execução para entrega de coisa imóvel arrendada os títulos elencados no artigo 15.º, n.º 1, respeitando os elementos aí previstos, nomeadamente o contrato de arrendamento e a comunicação feita ao arrendatário, e cumpridas as formalidades exigidas no artigo 1069.º do CC (quanto à exigência de forma escrita do contrato), e no artigo 9.º do NRAU (quanto forma e modo de operar da comunicação). Semelhantes formalidades são ainda exigidas na ação executiva para pagamento de quantia certa (cf. artigo 15.º, n.º 2)⁶⁰, exigindo-se o contrato de arrendamento acompanhado do comprovativo de comunicação ao arrendatário do montante em dívida.

⁵⁹ De salientar que antes, ao abrigo do RAU, a ação de despejo era considerada uma ação mista, ou seja, simultaneamente declarativa e executiva (artigos 55.º a 61.º, e 102.º a 106.º do RAU).

⁶⁰ Apesar do artigo 15.º, n.º 2 do NRAU prever a constituição de um título executivo para “a ação de pagamento de renda”, poderá também reclamar-se, face ao artigo 46.º, al. c) CPC, os encargos ou despesas, servindo de base à execução o convencionado pelas partes e a comunicação prevista no artigo 1078.º, n.º 6 CC. Neste sentido se manifestam LAURINDA GEMAS, ALBERTINA PEDROSO E CALDEIRA JORGE, *Arrendamento Urbano*, opus cit., 69.

Compreende-se, na verdade, esta dupla exigência de um contrato mais uma comunicação, uma vez que estamos perante um título executivo que os nossos tribunais têm apelidado de títulos executivos complexos⁶¹. A sua complexidade resulta, na verdade, do conjunto de documentos que compreende o contrato de arrendamento e do documento comprovativo da comunicação ao arrendatário. Todos estes elementos físicos são parte integrante do título executivo. E será no confronto do conteúdo desses elementos que se há-de concluir sobre a validade de tais documentos, e se os mesmos podem ser objeto da execução para entrega de coisa ou pagamento da quantia exequenda, pois através deles se afere igualmente a legitimidade ativa (quem pode executar) e legitimidade passiva (a quem pode ser exigido o cumprimento coercivo das obrigações).

Ora, sendo o título executivo complexo, a falta do comprovativo da comunicação importa a insuficiência do título, pelo que o requerimento executivo se apresenta irregular. Nesta situação, não deverá haver lugar a indeferimento liminar mas terá que ser proferido o despacho de convite ao aperfeiçoamento⁶². E, conseqüentemente, o arrendatário deverá juntar a comunicação, caso esta tenha sido efetuada. Em situação diversa, a irregularidade do requerimento executivo não será superado, sendo indeferido liminarmente.

⁶¹ No Sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de novembro de 2011 (JORGE ARCANJO) é referido o seguinte: “1. Para as acções de pagamento da renda, o título executivo é de natureza complexa, porque formado não só pelo contrato de arrendamento, mas também pelo documento comprovativo da comunicação ao arrendatário do valor em dívida (art. 15.º, n.º 2 do NRAU)”. Ver ainda o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de maio de 2010 (MARIA ADELAIDE DOMINGOS) e o Acórdão da Relação de Lisboa de 5 de novembro de 2009 (ILIDIO SACARRÃO MARTINS). Todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶² Neste sentido se pronuncia LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva*, 5.ª edição, Coimbra Editora, 2009, p.77. O Autor considera que a falta de comprovativo não consubstancia uma falta ou insuficiência “manifesta” [artigo 812.º-E, n.º 1, al. a) do CPC] e só esta legitimaria o indeferimento liminar. Muito embora não tenha sido junto o documento complementar, no requerimento sempre se alega ter havido interpelação. E culminar essa falta com indeferimento liminar atentaria aos princípios de economia processual. No mesmo sentido se pronunciou o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de maio de 2011 (GREGÓRIO SILVA JESUS), ao decidir que “tal omissão não é motivo para rejeitar a execução, antes para convidar o exequente a apresentá-lo de forma a completar o complexo título executivo necessário. Só depois, caso tal convite não seja observado ou o documento não satisfaça a finalidade a que se destinava, caberá ao Tribunal, ainda ao abrigo do artigo 820.º, rejeitá-la”. No Sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de novembro de 2011 (JORGE ARCANJO) é referido o seguinte: “2. Sendo o título executivo complexo, a falta do documento complementar referente à comprovação da comunicação importa, não o indeferimento liminar, mas despacho de aperfeiçoamento do requerimento executivo”. Acórdãos disponíveis em www.dgsi.pt.

2.3.3. *O caso particular da execução para entrega de coisa imóvel arrendada*

O NRAU veio trazer importantes alterações em termos de tramitação da ação executiva para entrega de coisa imóvel arrendada com forte impacto social (cf. artigos 903.º-B a 930.º-E do CPC).

Relativamente aos casos de suspensão da execução (artigo 903.º-B do CPC), merece destaque a hipótese da execução, comprovadamente (por meio de atestado médico), põe em causa a vida da pessoa que se encontra no local, por razões de doença aguda (artigo 903.º-B, n.º 3 do CC). Situação que não será rara face às crescentes notícias que apontam o crescendo risco de isolamento da população idosa que, aliás, tem vindo a aumentar.

Quanto às hipóteses de deferimento da desocupação (artigo 930.º-C do CPC), é de notar que o Executado, dentro do prazo de oposição à execução, pode requerer o diferimento de desocupação do local arrendado, invocando razões sociais imperiosas, e oferecendo logo as provas disponíveis, demonstrando que a desocupação imediata do local causa ao executado um prejuízo muito superior à vantagem conferida ao exequente; ou que a falta de pagamento de rendas se deve a carência de meios do executado (o que se presume relativamente ao beneficiário de subsídio de desemprego ou de rendimento social de inserção); e ainda que o executado é portador de deficiência com grau comprovado de incapacidade superior a 60%.

Neste confronto entre o direito de propriedade que afeta o proprietário do prédio arrendado (cf. artigo 62.º da CRP) e o direito da arrendatária a ter uma habitação digna (artigo 65.º da CRP), o legislador em 2006, com o NRAU, optou pela criação de um conjunto de hipóteses que embora comprimam o direito de propriedade, conferem ao executado a possibilidade de encontrar uma solução habitacional, assumindo o Estado o pagamento das rendas reportadas ao período do diferimento decidido pelo juiz nos termos do artigo 930.º-D do CPC.

Esta solução tem uma dupla finalidade. Por um lado, visa diluir os prejuízos que por via do diferimento da desocupação resultariam para o senhorio. Por outro, protege a dignidade das pessoas que, de outro modo, seriam colocadas na rua “sem dó nem piedade”. A solução é mais do que justa⁶³.

⁶³ No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6 de setembro de 2011 (JACINTO MECA) decidiu-se que o prazo de 5 meses que havia sido concedido para resolver a questão habitacional era justo e adequado à sua situação, considerando que a situação clínica da executada era delicada mas não impeditiva de procurar uma solução habitacional no prazo de 5 meses, competindo naturalmente ao Estado pagar-lhe as respetivas rendas durante esse período.

3. Alterações constantes na Proposta de Lei n.º 38/XII em matéria de resolução por não pagamento da renda

Com o objetivo dinamizar o mercado de arrendamento urbano (cf. artigo 1.º), a Proposta de Lei n.º 38/XII cria mecanismos mais céleres de resolução do contrato, nomeadamente através da redução dos prazos para resolver ou fazer caducar o direito de resolução. Mas a grande novidade passa, sem dúvida alguma, pela criação de um procedimento especial de despejo, destinado a recuperar rapidamente o local arrendado, colocando-o de novo no mercado de arrendamento.

3.1. Alterações substanciais relativas ao não pagamento da renda

Tal como ficou patente, os artigos 1083.º e 1084.º do CC são disposições, até ao momento, pouco claras em matéria de arrendamento, e que dividem doutrina e jurisprudência.

A excessiva demora que era imposta ao senhorio para que pudesse resolver o contrato sem ter que recorrer à via judicial foi severamente criticada como vimos. Esse prazo foi encurtado. E, com a nova lei o senhorio poderá resolver o contrato após dois meses de não pagamento da renda, comunicando-o ao arrendatário (cf. artigo 1083.º, n.º 3 do CC, nova lei).

Trata-se de uma importante alteração que vem trazer utilidade prática à presunção aí consagrada. No entanto, somos da opinião que o prazo de dois meses continua a ser excessiva, não se vislumbrando o porquê da existência de uma dualidade de prazos. Dois meses de mora, um mês para pôr fim à mora (como adiante melhor trataremos). Seria preferível e mais razoável consagrar um mês para as duas situações. Ou seja, quando o arrendatário cumprisse um mês de mora, o senhorio poderia resolver o contrato se durante o mês seguinte o arrendatário não pusesse fim à mora.

Além disso, prevê-se também uma outra presunção, esta mais ousada. Segundo a nova redação do artigo 1083.º, n.º 4 do CC, nova lei, “[é] ainda inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento no caso de o arrendatário se constituir em mora superior a oito dias, no pagamento da renda, por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de doze meses, com referência a cada contrato”⁶⁴.

⁶⁴ Com esta importante alteração “obvia-se à manutenção de contratos em que a confiança entre as partes tenha sido quebrada por reiteradas situações de incumprimentos, ainda que, isoladamente, pouco significativos” (Exposição dos Motivos da Proposta de Lei n.º 38/XII).

Nesta hipótese exige-se cumulativamente a verificação de cinco requisitos, a saber: 1) o mesmo contrato de arrendamento; 2) o não pagamento da renda; 3) a mora superior a oito dias; 4) por mais que quatro vezes, seguidas ou interpoladas; 5) e, finalmente, que o incumprimento se enquadre num período de doze meses. Isto significa que se o arrendatário se atrasar 3 vezes, num período superior a oito dias, durante todo o ano de 2011, e se atrasar uma logo no início de 2012, ainda que esse período seja considerável, não estão preenchidos os requisitos. Como tal a manutenção do contrato não se presume inexigível.

O problema pode levantar-se quanto à contagem e prova dos sucessivos atrasos. Terá o senhorio que aguardar o período da mora relevante, ou seja, 8 dias, e depois interpellar o arrendatário para pagar, servindo tal comunicação como prova?

Pela nossa parte, consideramos insuportável exigir ao arrendatário uma interpellação mensal, porquanto a obrigação de pagamento recai sobre o arrendatário. Nessa medida, o senhorio não terá que “andar atrás das rendas”. Pelo que, no nosso modesto entender, basta que senhorio invoque os vários atrasos, cabendo ao arrendatário, em sede de oposição, apresentar prova de pagamento (recebido de quitação).

Esta norma tem, no entanto, o mérito de punir os arrendatários que se esquecem de pagar as rendas a tempo e horas. Nessa medida, será uma norma bem vista por parte dos senhorios.

Além disso, é dito na parte final daquela norma que não se aplica o disposto no artigo 1084.º, n.º 3 e 4 do CC (nova lei), ou seja, não existe a possibilidade do arrendatário purgar a mora (leia-se os vários atrasos) no prazo de um mês. Nessa medida, esta presunção acaba por ser ainda mais grave do que a consagrada no n.º 3 desse preceito, já que neste caso o arrendatário, após um mês de mora, tem ainda outro mês para purgar a mora.

Aplauda-se, na verdade, tal solução uma vez que uma das causas de morosidade tem que ver com as situações de arrastamento prolongado e repetido de incumprimentos, ainda que temporários. Por isso, se é dada a possibilidade do arrendatário se atrasar quatro vezes durante um ano, conceder-lhe ainda um mês extra para resolver a situação de incumprimento, seria atribuir um prémio aos incumpridores.

Diferentemente, se se verificar um atraso (superior dois meses), então, a lei permite que o arrendatário possa ainda purgar a mora no mês seguinte. Contudo, tal faculdade pode ser utilizada apenas por uma única vez em relação a esse contrato (cf. artigo 1084.º, n.º 3 e 4 do CC, nova lei). Pagando no decurso desse “período de graça”, a resolução fica sem efeito. Se o arrendatário não pagar, terá de desocupar o locado sem qualquer outro prazo.

Importa ainda esclarecer que as normas até agora analisadas ao abrigo daquela proposta de lei se referem unicamente à resolução do contrato por meio de comunicação, ou seja, pela via extrajudicial.

No que toca à resolução por via judicial, o termo do prazo de contestação continua a ser o limite máximo permitido para que o arrendatário possa por fim ao direito de resolução por falta de pagamento da renda. E também aqui se prevê que tal faculdade apenas possa ser usada uma vez (cf. artigo 1048.º, n.ºs 1 e 2 do CC, nova lei).

Cremos, por isso, que as novas propostas de alteração corrigirão algumas assimetrias anteriormente verificadas e que impediam que a via extrajudicial fosse uma verdadeira e eficaz alternativa.

3.2. *Alterações processuais (breve referência)*

No que se refere ao regime processual, a nova lei vem reforçar e reinventar mecanismos que garantam aos senhorios meios adequados e eficazes para reagirem perante as situações de incumprimento do contrato.

Com isto, acredita-se que mercado de arrendamento terá novas energias e a confiança dos proprietários será recuperada. Pois que, até ao presente o senhorio, mesmo dispondo de um título executivo extrajudicial tinha de recorrer muitas vezes à ação executiva para efetivar as suas legítimas pretensões, situação que tornava a espera demasiado longa.

3.2.1. *Ação de despejo*

A via judicial continuará a ser um via de recurso para resolução dos litígios. E nesta matéria a nova lei não contempla grandes alterações. Apenas é aditado no NRAU o artigo 14.º-A (nova lei) que refere “o contrato de arrendamento, quando acompanhado do comprovativo de comunicação ao arrendatário do montante em dívida, é título executivo para a execução para pagamento de quantia certa correspondente às rendas, aos encargos ou às despesas que corram por conta do arrendatário”.

Não havendo, por isso, qualquer comentário a acrescentar.

3.2.2. *O procedimento especial de despejo*

O novo mecanismo extrajudicial tem por nome “procedimento especial de despejo”. Esta denominação faz-nos lembrar o procedimento especial de injunção. Na verdade, as similitudes não se ficam pelo nome. Também no âmbito do procedimento especial de despejo será criado um Balcão Nacional

destinado a assegurar a tramitação de tal procedimento (cf. artigo 15.º-A do NRAU, nova lei)⁶⁵.

O mecanismo especial de despejo aplica-se a qualquer forma de cessação do contrato, seja por revogação, caducidade, por oposição à renovação, denúncia livre pelo senhorio, denúncia para habitação do senhorio ou filhos ou para obras profundas, denúncia pelo arrendatário, bem como à resolução do contrato de arrendamento por não pagamento de renda por mais de dois meses ou por oposição pelo arrendatário à realização de obras coercivas (cf. artigo 15.º NRAU, nova lei).

Além disso, o senhorio pode pedir cumulativamente o pagamento de renda e desocupação imóvel (artigo 15.º, n.º 4 do NRAU, nova lei). Evita-se, desta forma, a duplicação de ações: uma para efetivar o despejo e outra para obter o pagamento das rendas em atraso.

No entanto, se já tiver sido intentada a ação executiva para um desses fins (pagamento de quantia certa ou entrega de coisa imóvel arrendada) não é possível, logicamente, fazer aquela cumulação.

Cremos, no entanto, que por idênticas razões de economia processual, aquela cumulação faria igualmente sentido em fase executiva. Assim, esgotado o procedimento especial de despejo e não tendo sido pagas as rendas nem entregue o bem, era de todo vantajoso poder cumular-se. Esta continuará a ser a “espada no calcanhar de Aquiles”!

3.2.3. *A ação executiva*

O procedimento especial de injunção veio substituir em parte a ação executiva. Cremos, por isso, que esta última tenderá a ser cada vez menos utilizada.

Até porque, aquela perplexidade acima assinalada (2.3.1.) parece resolvida pela nova lei. Com efeito, o novo artigo 1048.º, n.º 1 do CC abandona a referência

⁶⁵ “Em síntese, o procedimento especial de despejo segue os seguintes trâmites: a) o senhorio apresenta junto do BNA, directamente ou através de profissional do foro, o requerimento de despejo; b) o BNA promove a notificação ao inquilino; c) se o inquilino não deduzir oposição ao pedido de despejo, o balcão emite título de desocupação do locado, podendo o senhorio promover a efectivação do mesmo, apenas havendo lugar à intervenção de tribunal, com carácter urgente, para a autorização de entrada no domicílio do arrendatário caso este se recuse a desocupar o imóvel ou incumpra o acordo de desocupação firmado com o senhorio; d) se o arrendatário deduzir oposição ao pedido de despejo por não verificação do fundamento invocado pelo senhorio, há lugar à intervenção do juiz, num processo judicial especial e urgente, mas apenas nos casos em que é prestada caução, paga a taxa de justiça e, no decurso do mesmo, efectuado o depósito das rendas vencidas” (Exposição dos Motivos da Proposta de Lei n.º 38/XII).

à “oposição à execução”. Nessa medida, o legislador vem agora tomar parte por aqueles que, como nós, defendem que o direito de oposição à resolução do contrato só poderá ser exercido uma única vez, como vimos, e jamais em sede executiva.

4. Notas finais

Por tudo que observamos, podemos considerar que as alterações introduzidas pelo Lei 6/2006 de 27 de fevereiro foram importantes mas não as suficientes. Embora quisesse colmatar a assimetria entre senhorio e arrendatário, incrementando um regime mais dinâmico, a verdade é que manteve diversas dificuldades e condicionalismos.

Primeiramente, queremos notar que o artigo 1083.º, n.º 3 do CC consagrou um prazo de espera demasiado longo. Com efeito, a utilidade prática dessa presunção pode ser escassa quando, pela via judicial o senhorio consegue mais cedo intimar o arrendatário. E embora a proposta de lei preveja a redução de três para dois meses, cremos que esse período de delonga, em matéria de não pagamento das rendas, reforça a ideia de assimetria entre a via judicial e extrajudicial ou, pelo menos, retarda o recurso a esta quando o senhorio pretenda fazer valer a presunção.

Além disso, a ser aprovada tal proposta, teremos uma outra presunção prevista para a nova redação do artigo 1083.º, n.º 4 do CC, para os casos em que o arrendatário se constitui em mora superior a oito dias, no pagamento da renda, por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de doze meses, com referência a cada contrato. Sublinha-se o mérito de tal previsão, mas não se esconde que tal possibilidade acentua ainda mais o fosso entre aquelas vias, uma vez que se reserva à hipótese de resolução do contrato por comunicação.

Por outro lado, no que toca à possibilidade de extinção do direito de resolução (por meio do pagamento das rendas em atraso), existem também previsões diferentes em relação aos prazos de oposição. Na ação judicial, o prazo terminada com o último dia para apresentar a contestação, enquanto pela via extrajudicial o prazo inicia-se com a mora e termina ao final de seis meses (ou quatro meses, se atendermos à nova proposta).

E quanto à possibilidade de utilizar por diversas vezes aquele meio de oposição, diga-se que a nova proposta vem resolver outra assimetria existente entre a via judicial e extrajudicial. O novo artigo 1084.º, n.º 4 do CC, decalcando o artigo 1048.º, n.º 1 do CC, prevê que tal faculdade apenas possa ser usada uma vez.

Dessa forma, a nova proposta põe cobro à querela doutrinal acima assinalada entre aqueles que sustentam que o arrendatário, apesar das várias oportunidades concedidas em sede extrajudicial, continua a poder fazer caducar o direito de resolução no âmbito da oposição à execução.

Nessa conformidade, já não haverá necessidade de fazer uma interpretação restritiva do artigo 1048.º, n.º 1 do CC.

Uma outra questão que poderá ser resolvida, pelo menos em parte⁶⁶, com a aprovação da nova lei tem que ver com duplicação de ações executivas. Assim, ao abrigo da nova lei (e com recurso ao procedimento especial de despejo) será possível ao senhorio pedir cumulativamente o pagamento de renda e desocupação imóvel, evitando-se, desta forma, a duplicação de ações: uma para efetivar o despejo e outra para obter o pagamento das rendas em atraso.

Importa também destacar que nova proposta de lei mantém o atual 1084.º, n.º 2 (embora na nova redação passe a ser o n.º 1), o que significa que o recurso à via judicial ou extrajudicial dependerá, em boa parte, do fundamento que estiver na base.

Com efeito, da articulação entre os artigos 1084.º e 1083.º do CC, quer na sua versão atual, quer na versão a ser aprovada, resulta que o direito de resolução seguirá a forma judicial quando se fundamentar numa das hipóteses gerais do artigo 1083.º; e por via extrajudicial quando tenha por base uma presunção.

Por esse motivo, continuará a haver quem defenda que o senhorio não pode recorrer, nesse caso, à via judicial, restando-lhe apenas a resolução por comunicação. Em sentido contrário, entendemos que a via extrajudicial (mesmo com criação do procedimento especial de despejo) nunca consumirá a via judicial, a não ser que o legislador o diga expressamente⁶⁷. Dessa forma, mesmo nos casos presuntivos o senhorio poderá, em nosso entender, optar pela via judicial, atendendo aos seus benefícios.

Cremos, por isso, que as novas propostas de alteração, embora criem um meio extrajudicial mais expedito e eficaz, não resolvem, contudo, todas as questões polémicas em conflito.

Acresce ainda que o problema da morosidade inicialmente apontado não se resolve apenas com a criação de um meio alternativo, pois a entrega efetiva do imóvel, quanto a nós, continuará, na prática, a passar pela instauração de uma ação executiva para entrega do imóvel arrendado. E aqui, como é do conhecimento público, tem havido atrasos demorados que afetam toda a ação executiva.

Apesar disso, é louvável o caminho traçado pela nova proposta. Vamos acreditar que será um meio mais rápido para obter o despejo de um imóvel, quando o arrendatário não pagar as rendas.

fevereiro de 2012

⁶⁶ Como referimos, em certos casos não é possível tal cumulação. Como sucede quando a ação executiva para pagamento de quantia certa já estiver em curso.

⁶⁷ Vale aqui o argumento sustentado no artigo 449.º, n.º 2, al. c) do CPC. Ou seja, mesmo quando o requerente possua um título executivo válido para instaurar a ação executiva, não está impedido de recorrer ao processo declarativo, embora possa ser condenado nas custas.

Diversidade linguística no Direito da União Europeia

DRA. MARTA MARQUES DA SILVA

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1. Considerações gerais. 2. O Multilinguismo – política oficial da União Europeia: 2.1. Breve resenha histórica; 2.2. A consagração jurídica do Multilinguismo; 2.3. Poderes – executivo e legislativo no âmbito da União Europeia; 2.4. A qualidade na redação da legislação da União Europeia; 2.5. Direito plurilingue. 3. A publicação multilinguística de textos normativos afeta os cidadãos europeus: 3.1. O acesso e a previsão dos efeitos da norma jurídica; 3.2. Versões autênticas/versões oficiais; 3.3. Técnicas utilizadas para minimizar problemas provenientes das traduções jurídicas. 4. O processo de interpretação levado a cabo pelo TJUE: 4.1. Relação com o Direito Multilingue; 4.2. O que significa interpretar e aplicar o Direito da União Europeia? 4.3. A interpretação e fundamentação do Direito Multilingue. 5. Conclusões.

1. Introdução

A União Europeia é uma Organização Internacional *sui generis*, que adota políticas únicas no mundo, como o Multilinguismo e a preservação da diversidade Cultural. Estas apresentam situações incontornáveis aquando da adopção de legislação Europeia pelos Estados-Membros. A legislação da União e outros documentos de elevada importância são obrigatoriamente traduzidos para as 23 línguas oficiais. A linguagem jurídica europeia e os conceitos jurídicos específicos adoptados, nem sempre encontram correspondência harmoniosa nas várias línguas nacionais. São 27 Estados-Membros a interpretar o mesmo texto, cada um influenciado pelo seu ordenamento jurídico, tradições, língua e conceitos jurídicos. A legislação da UE pode sofrer diferentes implementações, dentro do mesmo espaço geográfico. É tornar-se-á difícil, tanto para as Instituições Europeias como para os cidadãos ou empresas, identificar e cruzar a legislação implementada em cada Estado-Membro. Este artigo, tem como finalidade identificar algumas dificuldades típicas deste interface nos diferentes Ordenamentos Jurídico-nacionais, europeus e internacionais.

1.1. *Considerações gerais*

A coexistência harmoniosa de muitas línguas na Europa é um símbolo claro da aspiração da União Europeia de alcançar a União na diversidade, uma das pedras angulares do projeto europeu. As línguas definem a identidade de cada pessoa, mas fazem parte igualmente de uma herança comum¹. Ao fazer um enquadramento jurídico – internacional verificamos que existe uma variedade de textos e instrumentos jurídicos – internacionais, europeus e nacionais – que reconhecem a diversidade linguística e cultural² como um princípio da Proibição

¹ COM(2008) 566 final.

² Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948:

Preâmbulo: *“A fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres”.*

Artigo 2.º DUDH estabelece: *“todos têm todos os direitos e todas as liberdades, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública...”.*

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, artigo 27.º, e Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais:

Preâmbulos declaram: *“que o ser humano não pode ser livre se não forem criadas as condições que lhe permitam fruir tanto dos seus direitos civis e políticos, como dos seus direitos económicos, sociais e culturais”.*

Resolução 47/135, de 18 de dezembro de 1992, da Assembleia Geral das Nações Unidas, adota a Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias étnicas, religiosas e linguísticas.

Artigo 14.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950: *“O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões públicas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.*

Artigo 24.º da Convenção Interamericana e o artigo 3.º da Carta Africana.

Declaração Universal dos Direitos Linguísticos de Barcelona de junho de 1996, considera

“que o universalismo deve assentar numa concepção da diversidade linguística e cultural que se imponha simultaneamente às tendências homogeneizadoras e às tendências para o isolamento enquanto factor de exclusão.

Considerando que para garantir a convivência entre comunidades linguísticas é necessário encontrar princípios de carácter universal que permitam assegurar a promoção, o respeito e o uso social público e privado de todas as línguas.”

Artigo 167.º, n.º 4 do Tratado de Funcionamento da União Europeia: *“Na sua ação ao abrigo de outras disposições dos Tratados, a União tem em conta os aspectos culturais, a fim de, nomeadamente, respeitar e promover a diversidade das suas culturas”.*

Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia:

Artigo 21.º: *“É proibida a discriminação em razão, designadamente, língua.”.*

Artigo 22.º: *“A União respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística.”*

da Discriminação, um direito que pode ser igualmente identificado como o direito à igualdade, um dos princípios estruturantes de um sistema que conjuga dialécticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de Direito Democrático e Social.³ A Língua é a expressão mais direta de identidade de um povo, o respeito à diversidade linguística é um dos principais objectivos da União e é considerado um valor primário no TUE⁴. Portanto, a UE tem como um dos seus traços característicos o Multilinguismo, um fenómeno criado pela coexistência de diversas línguas numa determinada área geográfica.⁵ Perante tal pluralidade e diversidade linguística, a União adoptou como política institucional e oficial o multilinguismo. Esta é a realidade de uma Organização Internacional que contava apenas com 6 membros em 1958 e que agora é composta por 27 Estados-Membros. A União Europeia encontra alguns problemas relacionados com esta política, numa conjuntura atual de integração política, económica e social, que conta com 23 línguas oficiais.

Língua oficial é na definição dada pela Unesco:

a língua utilizada no quadro das diversas atividades oficiais: legislativas, executivas e judiciais de um Estado soberano ou território. É a língua consagrada na lei ou apenas pela via do costume, de um país, Estado ou outro território como a língua adoptada por este.

O objetivo deste artigo é analisar a aplicabilidade direta das normas emanadas pelos órgãos ou instituições da UE nos cidadãos dos Estados-Membros e o que representa a adopção deste regime linguístico na elaboração e evolução do direito da União Europeia, dado que é imprescindível uma versão oficial das normas comunitárias na língua dos sujeitos que a têm de cumprir ou aplicar. Com a utilização de línguas oficiais aumenta a transparência, a legitimidade e a eficácia da UE e do seu aparelho administrativo.

A principal razão de adopção da política do Multilinguismo pela União é a de dar a conhecer aos cidadãos europeus as medidas tomadas pelos seus órgãos e quais as possibilidades de desempenho da cidadania europeia, sem que, para tal, os cidadãos sejam obrigados a aprender uma língua estrangeira. A UE destaca-se, também, pela esfera supranacional na qual se realiza, pelo número de línguas integrantes e pelos princípios que a justificam, designadamente, por elementos e princípios democráticos.

³ BARRETO, Ireneu Cabral, *Convenção Europeia Direitos Humanos, anotada*, 4.ª ed., Coimbra ed., 2011.

⁴ Nos termos do artigo 2.º do TUE: A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não – discriminação (...).

⁵ Declaração Universal dos Direitos Linguísticos, junho 1996.

2. O Multilinguismo – política oficial da União Europeia

2.1. *Breve resenha histórica*

O multilinguismo tem feito parte da política, legislação e práticas comunitárias desde a época dos Tratados de Roma. No início, esteve exclusivamente associado ao regime linguístico adoptado nas instituições europeias, incluindo os contactos destas instituições com as autoridades e cidadãos dos Estados-Membros. O primeiro regulamento adoptado pelo Conselho da Comunidade Económica Europeia (15 de abril de 1958) confirmou a igualdade das línguas nacionais oficiais dos Estados-Membros e do seu estatuto como línguas oficiais e de trabalho das instituições europeias. Este princípio foi respeitado em todas as adesões e só pode ser modificado por decisão unânime do Conselho. Em 1 de janeiro de 2007, a pasta do multilinguismo foi atribuída ao comissário Leonard Orban, merecendo deste modo, um impulso considerável. Em consequência do alargamento, do mercado único e da mobilidade crescente na UE, da redinamização das regiões, do advento da sociedade do conhecimento, da imigração na UE e da globalização, o desafio multilingue alcançou uma importância completamente nova, em termos de dimensão, complexidade e relevância política. Este fenómeno é sobretudo visível na comunicação interlinguística e intercultural. Hoje, todos os Estados-Membros da UE tornaram-se sociedades multilingues e multiculturais, que exigem a definição de estratégias aos níveis regional, local e nacional, que facilitem a comunicação através das barreiras linguísticas e culturais⁶.

No dia 26 de Setembro celebra-se o dia europeu das línguas europeias.

2.2. *A consagração jurídica do Multilinguismo*

A base jurídica da política linguística é o Regulamento n.º 1 do Conselho Europeu de 1958, que estabelece o regime linguístico da Comunidade Económica Europeia. Aqui são enumeradas as línguas oficiais e especificado quando devem ser utilizadas. O Tratado de Lisboa⁷ consagra o princípio de que as instituições da UE devem comunicar com os destinatários dos Estados-Membros, na língua oficial escolhida por estes.

⁶ Relatório final do Grupo de Alto Nível sobre o Multilinguismo.

⁷ § 4.º do artigo 24.º TFUE: “qualquer cidadão da União se pode dirigir por escrito a qualquer das instituições ou órgãos a que se refere o artigo 13.º do TUE numa das línguas previstas no n.º 1 do artigo 55.º do TUE e obter uma resposta redigida na mesma língua”.

A Carta de Direitos Fundamentais da UE, também, fornece uma base jurídica ao regime multilinguístico da UE. O artigo 20.º afirma que: “*Todas as pessoas são iguais perante a lei.*” O Princípio da Igualdade é imprescindível ao respeito das diversas línguas na Europa. O artigo 21.º refere que: “*É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua.*” logo a seguir, o artigo 22.º salienta que: “*A União respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística.*”

Fica estabelecida uma obrigação jurídica de Não – Discriminação e o artigo 22.º enuncia o respeito da União face às diversidades culturais, religiosas e linguísticas, confirmado pelo Tribunal de Justiça da UE, nos Casos Prais⁸ e Bickel⁹.

⁸ Acórdão do TJCE de 130/75.

⁹ Acórdão C-274/96, considerando 16, 19, 26-31: neste Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades, de 24 de novembro de 1998, foi apresentada, pelo tribunal italiano, uma questão prejudicial ao abrigo do artigo 177.º do TCE, sobre a interpretação dos artigos 6.º, 8.º-A e 59.º TCE, no âmbito de dois processos penais, desencadeados, um contra H. O. Bickel e o outro contra U. Franz. O primeiro, é um camionista austríaco que foi detido por condução em estado de embriaguez e o segundo, é um turista alemão que foi detido por posse de arma de modelo proibido na região italiana de Bolzano. Ambos os arguidos declararam ao Pretore di Bolzano não conhecerem a língua italiana e pediram que os processos contra si instaurados decorressem em alemão, invocando regras destinadas a proteger a comunidade germanófono da província de Bolzano. Nos termos do *Decreto presidencial n.º 670, de 30 de agosto de 1972, relativo ao estatuto especial da região do Trentino-Alto Adige*, a língua alemã está em pé de igualdade com a língua italiana. E, os cidadãos de língua alemã têm o direito de utilizar a sua própria língua nas relações com os órgãos judiciais e com os serviços da administração pública situados nesta província ou com competência regional.

Ora, a questão colocada foi, se nos termos dos artigos supra mencionados do TCE, um cidadão da União, que possui a nacionalidade de um Estado-Membro e se desloca a um outro Estado-Membro, é concedido o direito de requerer que um procedimento penal, contra si instaurado, decorra numa outra língua, quando os cidadãos deste Estado, que se encontrem na mesma situação, gozam desse direito? O TJ recorda que em primeiro lugar, “na perspectiva de uma Comunidade baseada nos princípios da livre circulação de pessoas e da liberdade de estabelecimento, é atribuída uma importância especial à proteção dos direitos e facilidades dos indivíduos em matéria linguística.”

Mais, nos termos dos artigos 6.º (proibição de discriminação em razão da nacionalidade) e 59.º (direito à livre prestação de serviços) TCE, os nacionais de um Estado-Membro, podem deslocar-se e circular livremente no Estado de acolhimento. Além disso, em virtude do artigo 8.º-A do Tratado, “Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas no presente Tratado e nas disposições adoptadas em sua aplicação.” A este respeito, a possibilidade de os cidadãos da União comunicarem numa determinada língua com as autoridades administrativas e judiciais de um Estado, do mesmo modo que os nacionais, é susceptível de facilitar o exercício da liberdade de circulação e de permanência noutra Estado-Membro. Daqui resulta, que “pessoas

São reforçados os princípios da igualdade e da não discriminação aos quais a UE e todos os Estados-Membros estão juridicamente vinculados.

O Multilinguismo europeu encontra uma proteção especial na DUDL¹⁰. Esta salienta, que os direitos linguísticos individuais permeiam aspectos da intimidade do indivíduo que são igualmente protegidos pelo multilinguismo e que a língua é uma estrutura dinâmica que gera simultaneamente direitos colectivos e individuais, e adopta, como referência da plenitude dos direitos linguísticos, o caso de uma comunidade linguística histórica no respectivo espaço territorial, entendendo-se este não apenas como a área geográfica onde esta comunidade vive, mas também como um espaço social e funcional indispensável ao pleno desenvolvimento da língua.

Isto é, sendo a língua uma expressão de cultura e de identidade de um povo, cabe então à UE respeitar os direitos linguísticos colectivos e não exigir que alguns Estados de línguas minoritárias abdicuem destes em função da adopção lesiva de línguas maioritárias.

como H. O. Bickel e U. Franz, quando exercem o seu direito de circular e de permanecer noutro Estado-Membro, têm, em princípio, o direito de beneficiar de um tratamento não discriminatório em relação aos nacionais desse Estado, nos termos do artigo 6.º TCE, no que diz respeito ao emprego das línguas que neste são utilizadas.”

Embora, em geral, a legislação penal e as normas processuais penais, entre as quais se incluem as disposições em litígio relativas à língua processual, sejam da competência dos Estados-Membros, é de jurisprudência constante que o direito comunitário impõe limites a esta competência. Tais disposições não podem, com efeito, operar qualquer discriminação em relação a pessoas a quem o direito comunitário confere o direito à igualdade de tratamento nem restringir as liberdades fundamentais garantidas pelo direito comunitário. Daqui resulta que, “na medida em que pode afectar o direito à igualdade de tratamento dos nacionais dos Estados-Membros que exerçam o seu direito de circular e de permanecer noutro Estado-Membro, uma regulamentação nacional relativa à língua processual aplicável perante os órgãos jurisdicionais deste Estado deve respeitar o artigo 6.º do Tratado.”

Por último, o TJ respondeu que “o direito conferido por uma regulamentação nacional, de fazer com que um processo penal decorra numa língua diferente da língua principal do Estado em causa, entra no campo de aplicação do Tratado e deve, portanto, respeitar o seu artigo 6.º.” O TJ considera que “uma regulamentação, como a que está em causa no litígio principal, que subordina o direito de fazer com que, no território de uma determinada autarquia, um processo penal decorra na língua do interessado à condição de este residir nesse território, favorece os cidadãos nacionais em relação aos cidadãos dos outros Estados-Membros que exerçam o seu direito à livre circulação e, por conseguinte, é contrária ao princípio da não discriminação enunciado no artigo 6.º do Tratado.”

¹⁰ Declaração Universal de Direitos Linguísticos de Barcelona, de junho de 1996.

2.3. Poderes – executivo e legislativo no âmbito da União Europeia

Esta análise exige que se faça uma distinção entre os poderes executivo e legislativo no âmbito da UE. O processo legislativo ou o processo de adopção da legislação comunitária¹¹, ou legislação da União, pode ocorrer através dos seguintes atos: o processo legislativo ordinário, descrito no artigo 294.º TFUE, ou, através do processo legislativo especial, nos termos do n.º 2 do artigo 289.º TFUE. Estes diferem na base jurídica da proposta, da previsão especificada pelas normas do Tratado e da forma como o Parlamento Europeu e o Conselho participam¹². Estes são os órgãos da União que formalmente partilham o poder legislativo europeu, após o impulso dado pela Comissão.

Os atos legislativos e os documentos de interesse público são traduzidos para todas as línguas oficiais¹³, sendo que grande parte dos procedimentos, que originaram tais documentos, decorre nas principais línguas de trabalho (Inglês, Francês e em menor escala o Alemão), isto, devido a limitações práticas e orçamentais do Multilinguismo.

Por exemplo: a Comissão Europeia, utiliza no seu funcionamento interno três línguas: Inglês, Francês e em menor escala o Alemão e só recorre ao multilinguismo para informação e comunicação com o público; no Parlamento Europeu o fluxo de documentos é multilingue desde o início; no Conselho da UE utilizam-se as línguas mais conhecidas na comunicação interna da instituição e nos trabalhos onde intervêm peritos ou funcionários dos Estados-Membros e nas deliberações, os representantes dos Estados-Membros, exprimem-se na própria língua.

2.4. A qualidade na redação da legislação da União Europeia

Tendo em vista os problemas provenientes da negociação terminológica do texto legislativo e das respectivas traduções, no seio da UE, observa-se uma crescente preocupação com o aprimoramento dos atos normativos. O Acordo Interinstitucional de 1998, sobre as diretrizes comuns em matéria de qualidade de

¹¹ O termo *comunitário* caiu em desuso no jargão da UE, sendo por isso mais correta a expressão: legislação ou atos jurídicos da União Europeia.

¹² N.º 2 do artigo 289.º TFUE: nos casos específicos previstos pelos tratados, a adopção de um regulamento, de uma diretiva ou de uma decisão do Parlamento Europeu, com a participação do Conselho, ou por este, com a participação do Parlamento Europeu, constitui um processo legislativo ordinário.

¹³ O artigo 4.º do regulamento que estabelece o regime linguístico da Comunidade económica europeia, JO L 17 de 6.10.1958, diz que “os regulamentos e os outros textos de carácter geral são redigidos nas línguas oficiais”.

redação da legislação comunitária¹⁴, realizado entre o PE, Conselho e Comissão, estabelece que os atos legislativos devem ser formulados de forma clara, simples e precisa, sendo que, “durante todo o processo de formação, os projetos legislativos de atos comunitários devem ser redigidos usando termos e construções que respeitem o carácter multilingue da legislação comunitária e recorrendo com prudência a conceitos ou terminologias peculiares de um sistema jurídico nacional.”

2.5. *Direito plurilingue*

Como construir um direito único e uniforme com uma lei multifacetada em 23 línguas?

Com a negociação e aprovação de textos legislativos coredigidos ou traduzidos para as diferentes línguas oficiais da União deparamo-nos com a questão da unicidade ou multiplicidade do direito positivado.

Tendo em conta as limitações do direito plurilingue no que se refere às dificuldades encontradas nas traduções, às ambiguidades semânticas e à polissemia de termos jurídicos, é evidente a dificuldade e até mesmo a impossibilidade da equivalência linguística entre todos os textos normativos. Embora seja impossível a equivalência de significados entre textos normativos escritos em línguas diferentes, são todos dotados de estatuto oficial, utilizados em cada Estado-Membro, e cada um corresponde a uma versão autêntica. A atividade de traduzir é, por vezes, associada a uma “traição” do direito, a uma impossibilidade de assegurar a identidade e qualidade da mensagem legislativa. Ao positivar um conceito jurídico em diversas versões linguísticas está-se a transcender a simples tradução linguística e a aproximar o esforço de criação do direito a cada nova versão, tendo em vista, a cultura jurídica e a tradição histórico – linguística dos termos específicos de cada país¹⁵. Torna-se, então, evidente a indispensabilidade dos juristas – linguistas no exercício da atividade de tradução jurídica de textos normativos. Esta atividade, ultrapassa a tradução linguística porque vai interpretar o significado jurídico de um texto na sua língua original e produzir outro texto (jurídico) equivalente numa outra língua oficial. Os órgãos da União Europeia têm demonstrado preocupação com a clareza e a simplicidade linguística do texto original, através da escolha cuidadosa da terminologia e da elaboração de um vocabulário jurídico

¹⁴ Comissão, Conselho e Parlamento. Acordo Interinstitucional de 22 de dezembro de 1998 sobre as diretrizes comuns em matéria de qualidade de redação de legislação comunitária. JO C 73 de 17.3.1999, 1.

¹⁵ GALLAS, Tito. *Evaluation in EC Legislation*. Statute Law Review. Vol. 22, n.º 2, 83-95, Oxford University Press, 2001.

uniforme. Também têm sido criados instrumentos linguísticos técnicos de apoio às atividades de tradução como bases de dados, programas informáticos, redes de informação jurídicas, guias de léxico jurídico. Apesar destas medidas, o sistema jurídico da União Europeia encontra versões linguísticas de um texto normativo que expressam obrigações jurídicas diferentes e que impõe aos cidadãos de alguns Estados-Membros obrigações mais onerosas do que aos cidadãos de outros Estados-Membros.

3. A publicação multilinguística de textos normativos afeta os cidadãos europeus

3.1. O acesso e a previsão dos efeitos da norma jurídica

A UE, com a adoção da política do multilinguismo, pretende dar acesso à legislação europeia a todos os cidadãos, fornecendo os procedimentos e informação nas respectivas línguas dos Estados-Membros. Contudo, surgem alguns problemas derivados desta política. Será que esta prática da UE é compatível com as normas jurídicas e os seus requisitos de acesso e previsão dos efeitos da norma, tal como desenvolvidos pelos TEDH e na CEDH?¹⁶ Ou seja, a lei deve ser clara, previsível e acessível.

Ora, de acordo com o artigo 6.º, n.º 2 do TUE¹⁷:

A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a CEDH (...)

Com o Tratado de Lisboa a redação deste artigo passou a ser:

A União adere à Convenção europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União tal como definidas nos Tratados.

Os Direitos Fundamentais tal como foram desenvolvidos pelo TEDH têm como requisitos a acessibilidade e a previsão dos efeitos da norma jurídica. A acessibilidade requer a publicação num jornal oficial e a previsão dos efeitos requer que a norma seja suficientemente clara para o cidadão. Isto quer dizer que deve ser esclarecido o que deve, ou não deve, ser esperado ou requerido das autoridades

¹⁶ 4 de novembro 1950, UNTS, vol. 213-221; ETS n.º 5.

¹⁷ Versão de Nice.

públicas.¹⁸ As normas da UE preenchem claramente o requisito de acessibilidade visto que são publicadas no Jornal Oficial da UE. A partir de 1 de janeiro de 2007, os problemas, relacionados com a política do multilinguismo, aumentaram quando a UE passou a contar com 23 línguas oficiais.

O artigo 55.º do TUE dispõe:

1. O presente Tratado, redigido num único exemplar, nas línguas alemã, búlgara, checa, dinamarquesa, eslovaca, eslovena, espanhola, estónia, finlandesa, francês, grega, húngara, inglesa, irlandesa, italiana, letã, lituana, maltesa, neerlandesa, polaca, portuguesa, romena e sueca, fazendo fé qualquer dos textos, será depositado nos arquivos do Governo da República Italiana, o qual remeterá uma cópia autenticada a cada um dos governos dos outros Estados signatários.

Mais, segundo jurisprudência europeia¹⁹, a legislação que não seja publicada numa das línguas oficiais não pode ser aplicada nesse Estado-Membro. O TJ salienta que o princípio da Segurança Jurídica exige que a regulamentação comunitária deve permitir aos interessados conhecer com exatidão o âmbito das obrigações que lhes impõe, o que apenas pode ser garantido pela publicação, devida, da referida regulamentação na língua oficial do destinatário²⁰.

Ora, os textos normativos ao serem publicados em 23 línguas oficiais permitem que os cidadãos possam comunicar com as instituições da UE em qualquer uma dessas línguas e têm direito à resposta na língua que escolherem, conforme § 4.º do artigo 24.º do TFUE²¹.

¹⁸ Landvreugd vs the netherlands, application no 37331/97, para 54

¹⁹ Acórdão skoma-lux 2007, I-10841, que trata de um litígio que opõe a sociedade Skoma-Lux sro ao Celní ředitelství Olomouc (Direcção das Alfândegas de Olomouc) a propósito de uma coima aplicada à Skoma-Lux por infracções aduaneiras alegadamente por esta cometidas entre março e maio de 2004, em que a referida sociedade alegou que a Direcção das Alfândegas não podia invocar uma regulamentação comunitária que ainda não tinha sido publicada em língua checa no Jornal Oficial da União Europeia.

²⁰ Skoma-lux 2007 I-10841, considerando 37-38: 37 “Com efeito, decorre do n.º 15 do acórdão de 25 de janeiro de 1979, Racke (98/78, Recueil, 69), que um acto adoptado por uma instituição comunitária, como o regulamento em causa no processo principal, não pode ser invocado contra pessoas singulares e colectivas num Estado-Membro, antes de estas terem a possibilidade de dele tomar conhecimento através da devida publicação no Jornal Oficial da União Europeia”. 38 “O Tribunal de Justiça decidiu que o princípio da segurança jurídica exige que a regulamentação comunitária permita aos interessados conhecer com exactidão o âmbito das obrigações que lhes impõe, o que apenas pode ser garantido pela publicação devida da referida regulamentação na língua oficial do destinatário”.

²¹ V. citação 10.

3.2. *Versões autênticas/versões oficiais*

Os acórdãos²² e as decisões administrativas individuais, mesmo quando publicadas em todas as línguas, só são autênticas nas línguas originais do processo. As versões são claramente traduções, mas as 23 versões linguísticas dum ato legislativo são igualmente autênticas²³. Segundo o TJUE, a interpretação de uma disposição de direito comunitário envolve a comparação entre as diferentes versões linguísticas.

O TJUE alerta ainda para o facto de o direito comunitário ter um jargão próprio e, conseqüentemente, os significados de certos termos jurídicos variarem entre os diferentes Estados-Membros. Em último lugar, o Tribunal salienta que cada disposição de direito comunitário deve ser colocada em contexto e deve ser interpretada à luz do direito comunitário como um todo.

O problema surge do facto de 2 textos redigidos em línguas diferentes não poderem ser equivalentes e terem exatamente o mesmo significado. Um exemplo de distorção linguística é a palavra “*spiritual*”²⁴ no segundo parágrafo do preâmbulo da Carta de DFUE. Em alemão esta palavra, quando traduzida literalmente, não produz um significado equivalente, tendo de ser feita uma tradução dentro do contexto alemão. Por essa razão, a tradução oficial para alemão difere das demais e passou a ser “*geistig-religios*”, sendo assim, o alemão a única versão a fazer uma referência à religião²⁵.

3.3. *Técnicas utilizadas para minimizar os problemas das traduções jurídicas*

Existem algumas técnicas para minimizar estes problemas criados pela política do multilinguismo, e por conseguinte das traduções jurídicas. Uma delas é a de desenvolver textos plurilinguísticos com todas as línguas relevantes em mente. Contudo, no caso de 23 línguas será praticamente impossível redigi-los nas 23 línguas, simultaneamente. Outra técnica aplicada atualmente pela UE, é a que consiste em fazer um controlo final sobre a consistência das 23 versões. Este é um procedimento na fase final do processo legislativo, que promove a

²² Artigo 31.º RPTJUE: Fazem fé os textos redigidos na língua do processo ou, eventualmente, em língua autorizada nos termos do artigo 29.º do presente regulamento. E, ainda, o n.º 2 do artigo 30.º RPTJUE: As publicações do Tribunal são feitas nas línguas mencionadas no artigo 1.º do Regulamento n.º 1 do Conselho.

²³ Case 283/81, 6 october 1982, CILFIT, considerandos 18-20.

²⁴ Versão portuguesa do preâmbulo da CDFUE: “Consciente do seu património espiritual.”

²⁵ SCHILLING, Theodor, “*Beyond Multilingualism: On different approaches to the Handling of Diverging Language Versions of a Community Law*”, in *European Law Journal*, vol. 16, n.º 1, January 2010, 47-66.

edição dos textos jurídicos e a finalização por técnicos jurídico – linguistas. Uma terceira técnica é a de tentar desenvolver uma referência comum dos termos jurídicos e criar assim uma “nova” linguagem jurídica. A vantagem desta técnica é que permite a construção de conceitos autónomos do Direito Comunitário, com os significados específicos correspondentes, criando assim, uma cultura jurídica comunitária extensa. Isto é o que acontece na elaboração de jurisprudência, pelo TJUE, no que diz respeito a algumas definições e conceitos que foram sendo integrados pelos Tratados da União, e que foi apelidado de “jargão comunitário”.

De momento, parece que o mais provável será que as divergências entre os diferentes idiomas e versões do DUE persistam e que estas sejam a regra em vez da exceção. Nos textos jurídicos de carácter extensivo, haverá, pelo menos, divergências de significado entre duas ou mais línguas. Apesar de, todas as versões dos textos jurídicos europeus serem igualmente autênticos, estas divergências representam um problema real no seio do DUE e para a preservação do princípio da igualdade entre os cidadãos de todos os Estados-Membros. Se 23 línguas são igualmente autênticas e juridicamente vinculativas, e se *nem* todas, se consideradas e analisadas isoladamente, têm o mesmo significado, isto significa que haverá consequências jurídicas diferentes. Assim, três soluções são possíveis: ou, todas as versões divergentes são interpretadas uniformemente, ou, cada versão linguística é tratada de acordo com o seu mérito, e aí depende da linguagem, qual a versão jurídica a ser aplicada ao caso concreto; ou, a norma é considerada nula e inválida por causa das contradições que origina e o cidadão ao tomar conhecimento de todas as versões não é capaz de prever os efeitos e as consequências que essa norma poderá originar. No acórdão Kraajeveld²⁶, são feitas referências e comparações entre as diferentes versões linguísticas de uma diretiva comunitária. Segundo jurisprudência do TJUE, de 1977, *North Kerry Milk Products*²⁷, “a eliminação de divergências linguísticas por via interpretativa pode, em determinadas circunstâncias, ir contra o princípio da segurança jurídica, na medida em que alguns dos textos em causa podem ser interpretados de um modo que difere do sentido próprio e usual dos termos”. Em 1982, no acórdão *Cilfit*²⁸, o Pretor consagra que “uma dada versão linguística não pode ser determinante para uma interpretação uniforme. As diferentes versões linguísticas fazem igualmente fé”, e, “a interpretação de uma disposição de direito comunitário implica uma comparação das suas

²⁶ Case C-72/95, Kraajeveld, considerandos 25 e 28.

²⁷ Case 80/76, 03 de março de 1977, *North Kerry Milk Products*, Recueil, p. 425, n.º 11 colect., p. 149.

²⁸ Case 80/76.

versões linguísticas”. Por outro lado, em *Rockfon*²⁹ de 1995, o TJ afirmou que “a necessidade de uma interpretação uniforme dessas versões exige, em caso de divergência entre elas, que a disposição em causa seja interpretada em função da economia geral e da finalidade da regulamentação, da qual constitui um elemento.”

4. O processo de interpretação levado a cabo pelo TJUE

4.1. *Relação com o Direito Multilingue*

A posição do TJUE tem sido clara desde o acórdão *Stauder*³⁰⁻³¹, onde o Juiz considera que quando uma única decisão dirigida a todos os Estados-Membros exige uma aplicação e uma interpretação uniforme, isto, exclui que ela possa ser considerada, isoladamente, numa das suas versões. Exige-se que seja interpretada em função, quer da vontade efetiva do seu autor, quer do fim por ele pretendido com base nas versões de todas as línguas. O juiz salienta ainda que, num caso como o presente, deve prevalecer a interpretação menos restritiva, quando ela for suficiente para alcançar os objectivos propostos pela decisão em causa³².

O TJ faz ainda referência aos *travaux préparatoire*, aos documentos preparatórios do texto normativo onde está consubstanciada a vontade real do legislador da União, um princípio de interpretação já consolidado no âmbito dos Tratados internacionais³³.

Embora sejam visíveis as dificuldades de uma política oficial de multilinguismo com um leque tão vasto de línguas, é evidente o valor da iniciativa ao procurar efetivar a igualdade de direitos entre os cidadãos da União na participação da sua construção, possibilitando-os de o fazer na sua própria língua, tornando mais legítimo e palpável a ligação entre a UE e os seus cidadãos: “*the preservation*

²⁹ Case C-449/93, 7 de dezembro de 1995, *Rockfon*, colect., p. I-4291, n.º 28.

³⁰ Em causa estava o facto do artigo 4.º da decisão 69/71/CEE da Comissão, de 12 de fevereiro de 1969, implicar a oferta de manteiga a preço reduzido (...) esta decisão era dirigida a todos os Estados-Membros, autoriza os mesmos a facilitar o escoamento de manteiga excedentária no mercado comum (...) estabelece em duas versões, uma alemã: que os Estados devem tomar todas as medidas para que os beneficiários apenas possam comprar o produto em questão sob a apresentação de uma “senha com o seu nome”, enquanto que, noutras versões linguísticas, apenas, se exige a apresentação de uma “senha individualizada”, que permite assim, a aplicação de meios de controlo diferentes de uma designação nominativa do beneficiário.

³¹ Case 29/69, 12 de novembro de 1969, *Stauder*.

³² Case 29/69, *Stauder*, considerando 3 e 4.

³³ NGUYEN, Quoc Dinh, et all., *Direito Internacional Público*, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003; *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969*, artigo 32.

of cultural and linguistic diversity is an all-important principle, vital to the very existence of the Union”³⁴.

O Multilinguismo tem diferentes níveis de aplicação e utiliza critérios diferentes: regimes linguísticos aplicados a procedimentos administrativos e judiciais, que envolvem cidadãos e instituições da UE, devem ter como ponto de partida os direitos humanos; os que são aplicados a procedimentos parlamentares e consultas entre representantes dos Estados-Membros devem ser guiados pelo princípio da igualdade (soberana) dos Estados.

4.2. *O que significa interpretar*³⁵ *e aplicar o Direito da União Europeia?*

“Interpretar” significa não só esclarecer o sentido material das disposições do DUE em causa, mas, também, determinar o alcance e definir os seus efeitos. Uma das funções mais importantes da interpretação é o facto desta exprimir o princípio da uniformidade, considerada uma das características essenciais do DUE.

³⁴ Nos termos do Study Group on European Civil Code: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference: “a diversidade cultural e a diversidade linguística são princípios com uma natureza política muito importante, a par da protecção dos Direitos humanos e da promoção do Mercado interno”.

³⁵ VALLEJO, Manuel Diez de, *Instituciones Derecho Internacional Público*, Madrid, 1994. Este autor faz uma descrição dos conceitos interpretativos utilizados pelo DUE e pelo DIP, designadamente:

Pelo órgão ou pessoas que a realizam:

- *Auténtica*: levada a cabo pelas partes do tratado ou por um acto posterior (acordo interpretativo);
- *Doutrinal*: levada a cabo por juristas, jus internacionalistas, por meio de resoluções e acordos de institutos científicos;
- *Judicial*: realizada por órgãos judiciais internacionais e por tribunais internos que apliquem o Direito Internacional;
- *Diplomática*: realizada por ministérios de negócios estrangeiros

O método empregado:

- *Literal ou gramatical*: determina o sentido fazendo uma análise simples das palavras;
- *Teleológico*: atende aos fins perseguidos pelas normas dos tratados;
- *Histórico*: tem-se em conta o momento histórico de celebração do tratado e o significado que os termos tinham naquele momento;
- *Sistemático*: tem-se em conta não só a norma a interpretar mas todo o enquadramento normativo.

Quanto aos resultados:

- *Extensivo ou restritivo*: conduz a uma ampliação das obrigações constantes no Tratado de forma a que estas sejam menos onerosas dentro da letra da cláusula interpretada.

Existem várias metodologias de interpretação no DUE: interpretação teleológica e a interpretação conforme. Estas são as mais utilizadas pelo TJUE e seguem uma terminologia, que foi introduzida pelo Tratado de Nice no n.º 2 do artigo 225, e que agora corresponde aos n.ºs 2 e 3 do artigo 256 TFUE, de garantia da “unidade” e da “coerência” do DUE. Segundo o Professor Fausto Quadros³⁶, o Tribunal de Justiça criou a teoria em que os Estados não devem adoptar normas ou atos, que sejam incompatíveis com o DUE, e que devem revogar normas ou atos, que divirjam do DUE. A aplicação de uma diretiva deve ser feita, não no sentido que a esta for dado pelo ato de transposição, mas no sentido que, de facto, resulte da letra e do espírito da diretiva. Assim, em caso de divergência entre o sentido literal do ato e a sua teleologia, ela deve ser sempre interpretada no sentido mais favorável à Comunidade, ou à União. Para uma interpretação exata, é necessário que verifiquemos se o significado pretendido corresponde à vontade histórico – psicológica³⁷ do legislador, onde é considerado o momento da vontade, ou, pelo contrário, o sentido “lógico objectivo” da lei³⁸ onde é considerado o momento da interpretação.

O que se observa na prática de interpretação jurídica, e também, no Direito da UE é o uso da teoria objectiva, que aumentou o uso do método teleológico, embora este, seja aplicado de forma combinada com o método sistemático³⁹ (isto é diferente do que acontece no Direito Internacional público onde é mais usado o método gramatical).

Os métodos mais comuns⁴⁰, no DUE, em que se dá a interpretação são: “a interpretação teleológica que traduz uma ideia de progressividade, contratual ao fenómeno da integração e que impõe uma interpretação dinâmica e evolutiva”, nas sábias palavras de Fausto Quadros, e a interpretação conforme. Esta última, implica o dever de interpretar o direito derivado em conformidade com os tratados, o que para alguns, advém, da hierarquia das fontes do DUE. Este pode ser estudado num conceito amplo, que significa a interpretação do direito nacional em conformidade com o DUE e, num sentido restrito, onde ganha relevância na interpretação das diretivas pelos Estados-Membros.

As questões prejudiciais descritas no artigo 267.º TFUE⁴¹ são consideradas pela doutrina como o primeiro e o mais importante instrumento de interpreta-

³⁶ QUADROS, Fausto de, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2004.

³⁷ A chamada teoria subjectiva, in *supra cit.* 36.

³⁸ A chamada teoria objectiva, in *supra cit.* 36.

³⁹ Ver considerando 20 do Caaso 283/81, de 6 de outubro, CILFIT v. Italian Ministry of Health.

⁴⁰ V. *supra cit.* 39.

⁴¹ O Tribunal de Justiça da UE é competente para decidir a título prejudicial sobre:

- a) a interpretação dos tratados;
- b) a validade e a interpretação dos atos adoptados pelas instituições, os órgãos ou os organismos da União (...).

ção uniformizadora do DUE, dentro deste, é dado maior destaque às questões prejudiciais de interpretação do que às questões de apreciação de validade. Este instrumento jurisdicional tem lugar no DUE, de acordo com princípios e procedimentos previstos neste, mais precisamente previsto nos tratados, embora a sua função, foi sendo modificada, conforme as necessidades dos objetivos fixados nos tratados, demonstrando a dinâmica deste instituto.

É de salientar que, anteriormente, prevalecia nos Tratados um pendor subjetivista e historicista e hoje a orientação é mais objectivista e atualista.

O TJ, ao interpretar o DUE, utiliza as técnicas supra mencionadas, resumidamente: parte do texto do Tratado – do elemento gramatical. No entanto, ao procurar o sentido real do texto, depara-se com algumas dificuldades provenientes das especificidades do direito a interpretar. Assim, o TJ, para atingir o sentido correto de uma norma, vai socorrer-se da comparação entre as diferentes versões linguísticas. Em caso de divergência e se a divergência subsistir, o tribunal utiliza os métodos funcionais ou teleológicos.

Nem sempre os tribunais internacionais e nacionais utilizam as mesmas técnicas interpretativas do TJUE, no entanto, os critérios de interpretação das normas internacionais devem, até certo ponto, ser os mesmos, porque seria inaceitável exigir um fim uniforme se os critérios ou “meios” forem diferentes. O que o distingue é que a atividade do Juiz da UE tem algo de criador. Não podia ser de outra forma, dado que, a UE é um ente jurídico *sui generis*⁴² e por isso, precisa

⁴² A sua posição *sui generis* no Direito Internacional é acentuada pelas suas características *supranacionais*. A atribuição de poderes, pelos Estados-Membros à União, tem efeitos internos e externos. Em relação aos primeiros, a União tem assistido à criação de uma nova ordem jurídica Internacional, em benefício da qual, os Estados limitaram os seus direitos soberanos (Acórdão do TJUE, C26/62, Van Gend en Loos, (1963) ECR 1. O Tribunal conclui que “a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual, os seus estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais”. A criação de uma União, dita absoluta, implica que esta nova ordem jurídica faça parte integrante dos sistemas jurídicos internos dos seus membros, e ao qual, os tribunais nacionais estarão obrigados a aplicar (Acórdão do TJUE, C 6/64, Costa v. Enel, (1964) ECR 585. O TJ refere que “o primado do direito comunitário é confirmado pelo artigo 189.º, nos termos do qual os regulamentos têm valor obrigatório e são diretamente aplicáveis em todos os Estados – membros.” Mais à frente, salienta que “a transferência efectuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do tratado, implica pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um ato unilateral ulterior incompatível com o conceito de comunidade.” Mais, o princípio do primado do DUE sobre o direito dos Estados-Membros, e de um efeito direto de grande parte das suas provisões faz com que a UE seja uma Organização Internacional única, se comparada com outras OIs. Com efeito, a Ordem Jurídica da UE e o conjunto das suas políticas-chave, como é o caso do Multilinguismo, assemelham-se ao modo de funcionamento de um Estado.

de um órgão jurisdicional que possa solucionar as controvérsias jurídicas que vão sendo suscitadas, solucionando problemas específicos e únicos, numa ordem jurídica europeia que não tem precedentes no mundo inteiro.

A autonomia dos Estados-Membros na execução do DUE também deve ser conciliada com as necessidades de uma aplicação uniforme, a fim de evitar um tratamento desigual dos cidadãos da UE. A aplicação é o procedimento com que se aplica o Direito da UE depois de se ter interpretado corretamente ou convenientemente as normas comunitárias.

A natureza do Direito Comunitário é original e é determinada na sua forma e métodos de interpretação, tanto ao nível das normas comunitárias, como ao nível das normas nacionais, sendo estas adoptadas em conformidade com o direito da UE.

A interpretação do Direito da UE é influenciada, em primeiro lugar, pelo DUE como sendo um direito em formação, com mais de 50 anos de existência e que tem criado um Ordenamento consistente: um Direito de Integração, tanto no campo económico, político e social.

Em segundo lugar, o DUE é um Direito Multilingue, redigido em todos os idiomas oficiais dos Estados-Membros, não só no seu Direito Constitutivo, como no seu Direito Derivado.

Em terceiro lugar, o DUE aplica-se numa forma descentralizada, de modo a que o seu ordenamento normativo, a sua aplicação administrativa e o controlo jurisdicional sejam efectuados preferencialmente pelas autoridades nacionais⁴³.

O desafio da integração europeia e institucional caracteriza-se em larga medida por uma diversidade de tradições jurídicas nacionais, que representam as diferentes culturas e que refletem diferentes hábitos sociais e diferentes línguas e por conseguinte diferentes regimes jurídico – linguísticos.

Dentro deste marco histórico – evolutivo, o Tribunal de Justiça da UE tem vindo a desenvolver uma jurisprudência caracterizada pelo Princípio da interpretação conforme.

Referi anteriormente, que esta é uma obrigação que consiste em que os diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, ao aplicarem as normas do DUE, tanto pela mão do juiz como pela da administração, devem ser realizadas de forma a que o direito nacional seja interpretado conforme ao direito da União. O desenvolvimento deste princípio está associado, principalmente, a casos de incumprimento

⁴³ Isto resulta do princípio da subsidiariedade, nos termos do n.º 3 do artigo 5º TUE: “Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas e na medida em que os objectivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local (...)”.

de diretivas ou da sua má aplicação pelas autoridades dos Estados-Membros. Estes incumprimentos, ou má aplicação dos instrumentos jurídicos europeus, é muitas vezes motivado pela “incompreensão” ou divergência linguística. A atividade do TJUE é assim, de primordial importância.

4.3. *A interpretação e fundamentação do Direito Multilíngue*

É patente a criação de uma linguagem própria europeia. Isto é, em grande medida o resultado da intervenção do Tribunal de Justiça na sua criação pretoriana do DUE. O Tribunal de Justiça desfruta de uma posição privilegiada na interpretação uniformizadora do DUE. Os Tratados constitutivos estão redigidos em 23 línguas oficiais e o direito derivado também é considerado autêntico nas diferentes versões linguísticas. O Multilinguismo e a convergência de culturas jurídicas distintas justificam a intervenção do TJ no apoio das tarefas de aplicação do DUE. No acórdão CILFIT, que já referimos, o TJ estabeleceu uma série de pautas interpretativas. O Juiz referiu as características próprias do DUE e das dificuldades especiais da sua interpretação⁴⁴. O Tribunal de Justiça, em CILFIT, salientou a diferença entre uma versão numa língua oficial e as demais versões, nas outras línguas oficiais. Ele não dá maior valor à interpretação de uma versão sobre as outras senão com o fim de não pôr em perigo o princípio da segurança jurídica⁴⁵. Logo, prefere optar por um método de interpretação sistemático ou

⁴⁴ “it must be borne in mind that Community legislation is drafted in several languages and that the different language versions are equally authentic. An interpretation of a provision of Community law thus involves a comparison of the different languages versions. It must also be borne in mind, even where the different languages are entirely in accord with one another, that community law uses terminology which is peculiar to it. It must be emphasized that legal concepts do not necessarily have the same meaning in Community law and in the law of the various member states. Finally, every provision of Community law must be placed in its context and interpreted in the light of the provisions of Community law as a whole, regard being had to the objectives thereof and to its state of evolution at the date on which the provision in question is to be applied. The answer to the question submitted by the Corte suprema di cassazione must be that the third paragraph of art. 177 EEC Treaty is to be interpreted as meaning that the court against whose decisions there is no judicial remedy under national law is required, where a question of CL is raised before it, to comply with its obligation to bring the matter before the court of justice, unless it has established that the question raised is irrelevant or that the community provision in question has already been interpreted by the court or that the correct application of CL is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt. This must be assessed in the light of the specific characteristics of CL, the particular difficulties to which its interpretation gives rise and the risk of divergences in judicial decisions within the community”.

⁴⁵ Case 80/76, 3 de março de 1977, Kerry milk/minister for agriculture.

teleológico. O TJ opta por uma interpretação que tem em conta os fins últimos perseguidos pelas normas, ou, aplica a disposição pertinente em função de todo o enquadramento normativo⁴⁶. O TJ faz referência ao artigo 4.º (1) letra a) da Diretiva 77/799 CEE, sobre assistência mútua entre as autoridades competentes estatais e o âmbito dos impostos diretos. Nas versões alemã, francesa, italiana, portuguesa, holandesa e finlandesa o TJ fala em “redução ou isenção anormal”, nas outras versões faz referência a uma “perda de imposto”.

Assim, o TJ sustém que os conceitos de DUE devem ser interpretados de forma autónoma e com independência dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros “pelas exigências de aplicação uniforme do DUE e do princípio de igualdade pode-se concluir que o teor de uma disposição de DUE que não tenha uma remissão expressa no Direito dos Estados-Membros a determinar o seu alcance e sentido, deve ser objecto de uma interpretação autónoma e uniforme em toda a Comunidade, deve realizar-se tendo em conta o contexto da disposição e o objectivo perseguido pela norma em questão”⁴⁷.

O TJUE desenvolveu termos chave e autónomos do Ordenamento Comunitário e estipulou o limite da livre circulação de trabalhadores, o próprio termo “trabalhadores” ganhou um novo sentido na relação com a prática de desporto: “*having regard to the objectives of the community sport is subject to community law only in so far as it constitutes an economic activity within the meaning of article 2 Treaty*”⁴⁸. *This applies to the activities of professional or semi-professional footballers, where they are in gainful employment or provide remunerated service*”⁴⁹.

Na aceção do conceito de “órgão jurisdicional” pode colocar-se uma questão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE (anterior 234.º TCE). Nesta definição, o DUE difere dos ordenamentos jurídicos nacionais: “para apreciar se o organismo de reenvio possui a natureza de um órgão jurisdicional na aceção do artigo 234.º TCE, uma questão que releva unicamente no DUE, o TJ tem em conta um conjunto de elementos, tais como a origem jurídica do órgão, a sua permanência, o carácter obrigatório da jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação pelo órgão das normas de direito, bem como a sua independência.”

As exigências de uma interpretação conforme, do direito nacional com as diretivas comunitárias e a proteção efetiva dos direitos dos cidadãos impõe, ao órgão jurisdicional nacional, verificar se as disposições pertinentes do direito nacional permitem reconhecer aos cidadãos um direito de recurso em matéria

⁴⁶ Acórdão 13 de abril de 2000, W.N. C-420/8, rec. P. I-2847, § 21.

⁴⁷ Acórdão Yiadom, 9 de novembro 2000, C-357/96, rec. P. I – 9265, § 26.

⁴⁸ Case C-36/74, 12.12.1974, Walrave.

⁴⁹ Case C-415/93, 15.12.1995, Bosman, rec. I-4921, § 93.

de adjudicação de contratos públicos de serviços. A este respeito o “órgão jurisdicional” nacional pode ser obrigado, em especial, a verificar se esse direito de recurso pode ser exercido.

O TJUE, nos primórdios do DUE, desenvolveu a “eficácia do Direito Comunitário que resulta da análise do espírito e dos termos próprios do tratado comunitário”⁵⁰.

No acórdão *Simmenthal*⁵¹, o TJ considerou que qualquer juiz nacional tem o dever de, no âmbito das suas competências, aplicar integralmente o DC e proteger os direitos que este confere aos particulares, considerando inaplicável qualquer disposição contrária ao DC. “O efeito útil da disposição diminuiria se se impedisse o juiz de dar ao DC uma aplicação imediata conforme com a decisão ou com a jurisprudência do TJ”. Ou seja, uma interpretação que culmina com a comparação entre disposições literalmente idênticas dos Tratados e que possuem efeitos distintos. O Tratado da União é a carta constitucional de uma comunidade de direito. De acordo com jurisprudência reiterada pelo TJUE, os Tratados comunitários têm um âmbito cada vez mais amplo e os seus sujeitos não são só os Estados-Membros, mas também, os seus cidadãos. O ordenamento comunitário criou assim o Primado do DUE, com respeito pelos ordenamentos nacionais.

O TJ ao interpretar o DUE desenvolveu uma série de princípios que constituem elementos caracterizadores do mercado interno, de coesão económica e social. Estes são levados em conta na interpretação das normas comunitárias e facilitam a sua aplicação. À luz da importância e do alcance dos princípios, o TJ interpreta restritivamente as exceções às Liberdades Comunitárias ou em relação às normas dos consumidores⁵².

Por razões semelhantes, o TJ aplica extensivamente as vantagens derivadas das Liberdades Fundamentais⁵³.

O desenrolar dos princípios comuns nos direitos nacionais supõe a assunção e reformulação de princípios nos ordenamentos jurídicos nacionais, adaptados às necessidades da integração europeia. De forma que, o TJ procura obter princípios fundados nas tradições dos Estados-Membros, que resolvam os problemas de aplicação e de controlo do direito da União, desenvolvendo um denominador mínimo comum. São exemplos os princípios de igualdade, proporcionalidade, segurança jurídica, transparência, subsidiariedade, entre outros. A missão do TJUE tem sido absolutamente indispensável no processo de integração europeia e no geral é um tribunal que demonstra prudência, ao resolver questões sempre

⁵⁰ Case *Van Gend en Loos*, de 1963, v. supra cit. 49.

⁵¹ Case *Simmenthal*, C 106/77, de 9 de março de 1978.

⁵² Case *Veefald C-203/99*, 10 de maio de 2001.

⁵³ Case *Yiadom e Antonissen C-292/89*, 26 de fevereiro de 1991.

de acordo com a “atual fase de evolução do DUE” ou “dentro do estado atual do DUE”. Estabelece, igualmente, as fronteiras e os limites da integração europeia. O TJ desenvolveu jurisprudência em torno da matéria da livre circulação de mercadorias, na relação com a proteção dos DF, mantém um diálogo com os tribunais nacionais, e demonstra preocupação na aplicação de um DUE que proteja os cidadãos.

Posto todo este labor do TJUE, verifica-se que a evolução do direito multilingue na UE encontra o apoio e a fundamentação deste Tribunal. Contudo, até quando é que a proteção dada a este regime linguístico e a esta política do multilinguismo terá o apoio do Juiz comunitário? Será que estamos perante uma colisão de direitos fundamentais, por um lado o princípio de não discriminação em razão da língua e por outro lado, o princípio de igualdade de direitos entre todos os cidadãos europeus?

5. Conclusões

A globalização propõe, através da homogeneização, dar uma resposta ao “linguistic melting pot” que originou. O projeto da Europa unida é um projeto de construção e evolução, com muitas questões e problemas a necessitarem de resposta. A UE anda a par e passo com a globalização, fazendo parte integrante deste movimento internacional que se tem vindo a desenvolver. A Europa absorve várias culturas. Uma decisão tomada por vários Estados que seguiram a via do multiculturalismo. Uma emergência de democratizar e de preservar direitos de minorias. A criação europeia pretendeu dar resposta a diversos problemas históricos e ao mesmo tempo criou e cria novos problemas. A multiplicidade de línguas na Europa é um exemplo. O inglês tornou-se a língua de divulgação científica, contudo, outros idiomas linguísticos, apesar de minoritários em termos populacionais são igualmente importantes, como é o caso do português que tem séculos de cultura e que transmite o pensamento de todo um povo, já para não falar da língua portuguesa enquanto língua global, falada nos quatro cantos do globo. A Europa apela à unidade através de uma dialéctica de multiplicidade, criada por esse multiculturalismo e designadamente por tão diferentes línguas oficiais, respeitando a diferença e a diversidade cultural. Contudo, este respeito pela diversidade linguística também criou uma crise cultural. Perante tal complexidade é necessário preservar uma verdadeira identidade. Isto, também cria algumas tensões entre nacionalidades e o multiculturalismo e por conseguinte, o multilinguismo, que tal como podemos observar origina alguns entraves à aplicação de conteúdos normativos europeus de forma uniformizadora. A UE assenta em valores comuns (nos termos do artigo 2.º TUE) a todos os seus Estados-Membros, como

a diversidade, a igualdade e a não discriminação. No entanto, estes, poderão ter resultados contraditórios quando aplicados em diferentes ordenamentos jurídicos europeus. Por exemplo, podemos pensar em disputas contratuais originadas pela utilização de termos diferentes para o mesmo caso, resultante das traduções e de diferentes versões linguísticas, empregues no mesmo território. A UE tem a pretensão de uniformizar e harmonizar os diferentes ordenamentos jurídicos, debaixo do mesmo tecto da União. No entanto, os povos e as culturas são diferentes. E, o multilinguismo apesar de salvaguardar essa diferença, acaba por criar direitos diferentes para os cidadãos europeus.

Ora, numa sociedade, como a UE, que está em permanente mudança, a comunicação e o seu bom funcionamento, já há algum tempo que deixou de ser uma pré-condição para passar a ser um dado adquirido. A livre circulação de mercadorias, capitais, serviços e pessoas, dentro e fora da União, não deixou os valores fundamentais da sociedade, nem os mecanismos de trocas comerciais intocados. O choque civilizacional de todas estas culturas e línguas originou algumas situações de conflito. Alguns dos quais provocados pela diversidade linguística, que procura assimilar vários ordenamentos jurídicos num só. A língua é um veículo de comunicação por excelência. Contudo, o mercado único favorece a utilização de um número reduzido, ou mesmo, exclusivo, de uma língua. Em termos nacionais impera a língua nacional respectiva. A nível internacional, e europeu, o inglês tem ganho terreno, da mesma forma que o grego ou o latim já foram as línguas comumente utilizadas nas trocas comerciais e na comunicação entre os diferentes povos. A política do multilinguismo da UE tem criado algumas divergências acerca dos termos a empregar nos diferentes ordenamentos jurídicos dos Estados. Incertezas e ambiguidades jurídico – linguísticas acontecem a vários níveis no seio da União. No entanto, a Europa não seria a mesma sem o respeito e a afirmação pela diversidade linguística, cultural e a sua preservação. Por isso, entende-se que, será mais uma criação pretoriana de DUE a definir a opção linguística ou terminológica mais correta. O pretor como o intérprete supremo, dos riscos linguísticos que a política do multilinguismo origina. Uma interpretação realizada caso a caso, num contexto determinado pelo respeito pela diversidade cultural. Daqui resulta que, na UE, onde coexistem 23 línguas oficiais, a interpretação jurídica e a política do multilinguismo andam lado a lado. Uma disposição jurídica que provoca disparidades de direitos entre os cidadãos de um mesmo território será interpretada pelo Juiz da União comparando as várias versões linguísticas, dentro do contexto geral onde se inserem, e interpretadas à luz do direito comunitário como um todo, de acordo com os seus objectivos e finalidades.

Em nome da sociedade: o Ministério Público nos sistemas constitucionais do Brasil e de Portugal

DR. RODRIGO DE ALMEIDA MAIA

SUMÁRIO: Introdução. Esclarecimentos iniciais. Razão de ordem. 1. O Ministério Público no sistema constitucional brasileiro: 1.1. Noções iniciais; 1.2. As garantias dos membros do Ministério Público brasileiro; 1.3. O Princípio do Promotor Natural: garantia da sociedade; 1.4. As vedações aos membros do Parquet e a autonomia funcional, administrativa e financeira da Instituição; 1.5. A independência do Ministério Público e a sua qualificação como garantia institucional fundamental; 1.6. As funções institucionais; 1.7. Os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional. O aspecto correccional; 1.8. A investidura do chefe do Ministério Público. Questão controversa; 1.9. A ádvana atribuição: a possibilidade de delegação de atribuição típica do Presidente da República ao Procurador-Geral da República. 2. O Ministério Público na Constituição da República Portuguesa de 1976: 2.1. A autonomia do Ministério Público perante o poder político e a magistratura judicial; 2.2. O princípio hierárquico de inspiração francesa; 2.3. As atribuições do Ministério Público português: 2.3.1. A representação do Estado pela Instituição. Exame crítico; 2.4. A transmissão de instruções pelo Ministro da Justiça ao Ministério Público; 2.5. A magistratura monocrática e os órgãos da Administração Superior. Conclusões.

Introdução. Esclarecimentos iniciais. Razão de ordem

O objeto do presente estudo é a análise dos aspectos gerais do Ministério Público nos sistemas constitucionais do Brasil e de Portugal, em especial a diferenciação entre os modelos traçados pelo Poder Constituinte e pelo legislador de cada país¹.

¹ Pedimos licença, desde já, para apresentarmos o estudo em nossa vertente brasileira da língua portuguesa. Eventuais comentários e contatos com o autor poderão ser feitos através do seguinte correio eletrônico: rodrigo.maia@uol.com.br

É de conhecimento de todos a importância que o Ministério Público possui num Estado de Direito Democrático², norteando sua atuação pela defesa do interesse social. À atribuição criminal³, ainda de grande relevo na atualidade, diante do aumento da criminalidade em escala mundial, foi acrescida a tutela de interesses coletivos e difusos (meio ambiente⁴, improbidade administrativa e consumidor). O papel da Instituição na área penal permanece crucial em razão do aumento da complexidade, periculosidade e difusão dos fenômenos criminais nas últimas décadas⁵.

² Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. “Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático”. In: *Ministério Público II (Democracia)*. Obra coletiva. José Marcelo Menezes Vigilar e Ronaldo Porto Macedo Júnior (Orgs.). São Paulo: Altas, 1999, 87-102; e MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Ministério Público Brasileiro: Um novo Ator Político”. In: *Ministério Público II (Democracia)*. Obra coletiva. José Marcelo Menezes Vigilar e Ronaldo Porto Macedo Júnior (Orgs.). São Paulo: Altas, 1999, 103-114.

³ Montesquieu já se mostrava favorável à acusação pública, isto é, à figura do Ministério Público, ainda que embrionário. Nesse sentido, afirmava, *in verbis*: “Em Roma, era permitido a um cidadão acusar outro. Isso era estabelecido segundo o espírito da república, onde cada cidadão deve demonstrar um zelo sem limites pelo bem público (...) quem quer que possuísse muitos vícios e muitos talentos, uma alma vil e um espírito ambicioso, procurava um criminoso, cuja condenação pudesse agradar ao príncipe: era essa a estrada que levava às honrarias e à fortuna, coisa que não observamos entre nós. Hoje possuímos uma lei admirável: a que exige que o príncipe estabelecido para fazer executar as leis designe um oficial em cada tribunal para processar, em seu nome, todos os crimes. Desse modo, a função dos delatores é desconhecida entre nós; e, se esse vingador público fosse suspeito de abusar de seu ministério, obrigá-lo-iam a nomear seu denunciador” (Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis – De l’Esprit des Lois*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, 94).

⁴ Sobre a proteção do meio ambiente, vide, dentre outros, VOYOUCAS, Constantin. “Defesa Social, Proteção do ambiente e Direitos Fundamentais”. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, n.º 2, 207-225, ab.-jun./1992; e DANTAS, A. Leonas. “A intervenção do Ministério Público na Defesa do Ambiente”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 102, 79-96, abr.-jun./2005.

⁵ Cf. DI FREDERICO, Giuseppe. “La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad: Análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada”. In: *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n.º 48, 14, 1997. A globalização tem modificado as relações sociais e, em consequência, acarretado uma criminalidade específica e altamente organizada: daí, ainda, a atual e primordial importância do Ministério Público no combate ao crime. Como expõe Marcelo Neves, “o conceito de sociedade mundial tem predominantemente um caráter ‘descritivo’. Mediante ele, faz-se referência a um processo que se desenvolve gradualmente em todo globo terrestre a partir da era moderna (...) a sociedade moderna significa, em princípio, que o horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado. Formulando com maior abrangência, tornam-se cada vez mais regulares e intensas as relações sociais além de identidades nacionais ou culturais e fronteiras político-jurídicas. Nesse sentido, a sociedade deixa de ser vinculada diretamente ao ente estatal (...)” (Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – Zwischen Themis und Leviathan: eine schwierige Beziehung*. Trad. do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 216-217). Vislumbra-se, em suma, o surgimento de uma nova sociedade, e, em consequência, de um novo direito, pois, *ubi societas, ibi jus*.

A Instituição desempenha importantíssimo papel na concretização de direitos e na promoção da democracia. Se, na expressão do Presidente da última Assembleia Nacional Constituinte brasileira, o Deputado Ulysses Guimarães, a Magna Carta de 1988 é uma “constituição cidadã”, o redesenho do Ministério Público pelo constituinte pós-ditadura brasileira o alçou a verdadeiro agente promotor da cidadania e da legalidade democrática: o *Parquet* é verdadeiro paladino da defesa dos direitos, liberdades e garantias e promotor dos direitos fundamentais⁶.

O título do trabalho indica, aliás, a razão de ser da Instituição: a sociedade é a destinatária final da atuação do Ministério Público, que age *para e em nome* da coletividade. A busca por uma sociedade livre, justa e solidária⁷, longe de ser uma utopia, deve ser o principal objetivo do *Parquet*.

Para uma atuação mais profícua da Instituição, é imprescindível a autonomia no exercício funcional. Lembremos que, *exempli gratia*, na França e na Alemanha, o Executivo exerce sobre o Ministério Público grande influência, o que coloca em risco o princípio da igualdade. Parafraseando Antônio Almeida Santos, “o melhor atestado que pode exibir um Estado de Direito, para justificar a pertinência do qualificativo, é o grau de autonomia do seu Ministério Público”⁸.

Em Portugal, foi dado um enorme passo na autonomia e independência ministerial, a partir da revisão constitucional de 1989, que rompeu com o precedente de inspiração napoleônica, em razão da criação do Conselho Superior do Ministério Público, composto majoritariamente por membros da Instituição, o que garante, ao menos, independência externa⁹.

Em *terrae brasilis*, o Ministério Público teve uma estupenda evolução institucional. De mero apêndice do Poder Executivo, até o ano de 1988, propulsor de um Direito Penal de cunho liberal-individualista, o *Parquet* foi alçado pela atual Constituição da República a verdadeiro defensor dos interesses da coletividade,

⁶ Sobre a promoção dos direitos fundamentais pelo Ministério Público, v. CHEQUER, Cláudio. *O Ministério Público e a promoção dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁷ Destaque-se que são princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3.º, inciso I, da Constituição da República de 1988) e da República Portuguesa (artigo 1.º da Constituição da República de 1976) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse sentido, a legislação brasileira é expressa em conferir ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 5.º, I, “c”, da Lei Complementar n.º 75/1993).

⁸ Cf. SANTOS, Antônio Almeida. “O Ministério Público num Estado de Direito Democrático”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 76, 12, out.-dez./1998.

⁹ Cf. COSTA, Eduardo Maia. “El Ministerio Público en Portugal”. In: *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, n.º 21, 84, 1/1994.

objetivando a construção de uma sociedade menos desigual e mais solidária¹⁰. Nas palavras do Supremo Tribunal Federal, “o Ministério Público tornou-se, por destinação constitucional, o defensor do povo”¹¹. É função da Instituição, logo, utilizar o Direito como instrumento de transformação da realidade social, na evolução da sociedade.

1. O Ministério Público no sistema constitucional brasileiro

1.1. *Noções iniciais*

O texto da Constituição da República brasileira de 1988 disciplinou de forma harmônica e orgânica o Ministério Público e delimitou as principais atribuições da Instituição, diferentemente das constituições anteriores. Foi assegurada autonomia institucional, disciplinado o procedimento de investidura e destituição dos Procuradores-Gerais, bem como previstas as principais garantias, vedações e atribuições dos membros.

O Ministério Público brasileiro é previsto no Capítulo IV (“*Das Funções Essenciais à Justiça*”) do Título IV (“*Da Organização dos Poderes*”), com desvinculação dos Capítulos do Poder Executivo (Capítulo II do Título IV), do Poder Legislativo (Capítulo I do Título IV) e do Poder Judiciário (Capítulo III do Título IV).

O *Parquet* brasileiro possui autonomia em relação a todos os Poderes da República, a eles não se sujeitando, nem recebendo qualquer tipo de orientação ou direção, o que lhe permite fiscalizar o Estado em relação a eventuais abusos cometidos contra a liberdade do indivíduo ou da coletividade, permitindo-lhe, ainda, a ampla fiscalização da Administração Pública, com a tutela da probidade administrativa.

¹⁰ A *solidariedade* é um valor superior que fundamenta todos os direitos: “plantear la solidaridad como virtud es plantearla siempre desde el individuo, plantearla como valor superior, es hacerlo desde una función inspiradora de la organización social, aunque pueda tener un reflejo individual como es este caso, en que se concreta los derechos fundamentales (...) la solidaridad, como valor relacional, incide también en la libertad y en la igualdad, las vivifica y completa; pero tiene su ámbito de acción propio que explica derechos como los referidos al medio ambiente (...) es una idea compatible e integrable en las concepciones antropocéntricas e individualistas que están en el origen de los derechos fundamentales (...) la finalidad del valor solidaridad como fundamento de los derechos e, por consiguiente, contribuir a la autonomía, independencia o libertad moral de las personas, igual que los restantes valores, libertad, seguridad e igualdad” (Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, 173-181).

¹¹ Supremo Tribunal Federal – Mandado de Segurança n.º 21.239/DF, Pleno, J. 05/06/1991 (disponível na rede mundial de computadores no sítio <www.stf.jus.br>. Acesso em 22/12/2008).

Dado o regime federativo do Estado brasileiro, a Constituição da República prevê o Ministério Público Federal, que atua junto aos órgãos federais de jurisdição, e o Ministério Público dos diversos Estados da Federação, junto aos Tribunais estaduais. Apesar disso, a Constituição considera o Ministério Público uno e indivisível, de caráter nacional¹², à semelhança do que ocorre com a magistratura.

A sujeição da Instituição brasileira ao Poder Executivo foi dissipada pela Constituição. De fato, o Constituinte de 1988 vedou expressamente a representação judicial do Estado ou a prestação de consultoria jurídica a entidades públicas pelo Ministério Público¹³. Aqui reside uma diferença do *Parquet* lusitano, como veremos.

1.2. *As garantias dos membros do Ministério Público brasileiro*

A Constituição da República de 1988 conferiu independência funcional aos seus membros, com garantias idênticas àquelas outorgadas aos magistrados¹⁴, a saber: a) *vitaliciedade*, adquirida após dois anos de exercício, o que significa que o membro do *Parquet* não pode perder o cargo senão por sentença transitada em julgado; b) *inamovibilidade*, através do qual se assegura a permanência do membro no órgão de execução em que esteja lotado, de onde só poderá ser removido se desejar ou, em casos *excepcionais* previstos em lei, de forma compulsória para

¹² A Constituição da República relaciona todos os ramos do Ministério Público, da União e dos Estados em um único dispositivo (art. 128), sujeitando todos os ramos do *Parquet* aos mesmos princípios (art. 127, com expressa referência ao art. 93, que trata da magistratura), vedações e garantias (art. 128, § 5.º), sendo que existe um órgão único de controle externo de todo o Ministério Público (Conselho Nacional do Ministério Público), o que, indubitavelmente, demonstra o caráter nacional do *Parquet*, a exemplo do que ocorre com a magistratura.

¹³ Conforme dispõe o artigo 129, IX, da CRFB/1988. A atribuição de representar judicialmente o Estado e prestar consultoria, na esfera federal, é da Advocacia-Geral da União (artigo 131 da Constituição da República brasileira) e da Procuradoria da Fazenda Nacional (Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, artigo 1.º). No âmbito dos Estados e do Distrito Federal, a representação incumbe às respectivas Procuradorias (artigo 132). A opção do constituinte brasileiro elaborador da Carta Magna de 1988 foi a de *vedar a representação do Estado pelo Ministério Público*, após ampla discussão do tema. Registre-se que as exceções das normas constitucionais transitórias já estão, na atualidade, totalmente ultrapassadas. De fato, as leis complementares referidas no artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias já foram aprovadas, cessando por completo a possibilidade de o Ministério Público exercer a representação do Estado no Brasil.

¹⁴ Artigo 128, § 5.º, I, da CRFB/1988.

atender ao interesse público; e c) *irredutibilidade de subsídios*, que evita a retaliação por agentes detentores do poder com a imposição de perdas salariais¹⁵.

No que tange à garantia da inamovibilidade, é importante ressaltar que não poderá o Chefe do Ministério Público ou qualquer outra autoridade indicar o membro do Ministério Público que atuará em determinado caso: o agente tem *inamovibilidade* e não pode ser afastado por conveniência do Procurador-Geral da República ou do Procurador-Geral de Justiça. A atribuição é previamente disciplinada por lei, de forma genérica e abstrata, e o agente do *Parquet* brasileiro não poderá ser afastado do caso por circunstâncias discricionárias ou mesmo por “razões ponderosas de complexidade processual ou de repercussão social”, como prevê a lei portuguesa¹⁶⁻¹⁷.

¹⁵ Além das mencionadas garantias, a Constituição da República de 1988 estabeleceu foro por prerrogativa de função aos membros do Ministério Público. Assim, é disciplinado que compete: 1) ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações comuns, o Procurador-Geral da República (art. 102, I, “b”); 2) ao Senado Federal, julgar o Procurador-Geral da República e os membros do Conselho Nacional do Ministério Público nos crimes de responsabilidade (art. 52, II, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45/04); 3) ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar, originariamente, os membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (art. 105, I, “a”); 4) aos Tribunais Regionais Federais, processar e julgar, originariamente, os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral e a dos Tribunais Superiores; e 5) aos Tribunais de Justiça, processar e julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, os membros do Ministério Público do respectivo Estado da Federação (art. 96, III). Com efeito, o foro por prerrogativa de função é uma garantia conferida a ocupantes de determinados cargos que, em razão da natureza das funções que exercem, estão suscetíveis de sofrer inúmeras acusações delas derivadas, “o que aconselha que o seu julgamento seja originariamente realizado por órgãos jurisdicionais de instância mais elevada, atenuando a pressão” (Cf. GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3.ª edição. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, 474). Justifica-se tal garantia em razão do cargo ocupado, não se associando à pessoa do agente, uma vez que a *ratio* dessa garantia não é conferir ao membro um odioso privilégio.

¹⁶ O Estatuto do Ministério Público português disciplina o assunto da seguinte forma: “1 – Nos processos criminais, e sem prejuízo do disposto nos artigos 47.º, n.º 3, alínea b, e 73.º, n.º 1, alínea c, o Procurador-Geral da República pode nomear qualquer magistrado do Ministério Público para coadjuvar ou substituir outro magistrado a quem o processo esteja distribuído sempre que razões ponderosas de complexidade processual ou de repercussão social o justifiquem; 2 – O procurador-geral distrital pode determinar, fundado em razões processuais, que intervenha nas fases subsequentes do processo o magistrado do Ministério Público que dirigiu o inquérito” (artigo 68). A lei confere ao Chefe do Ministério Público lusitano uma grande margem de *discricionariedade*, possibilitando o afastamento do magistrado do Ministério Público de determinado caso que não esteja atendendo a interesses políticos, por exemplo. Por essas razões, a previsão da inamovibilidade do agente ministerial melhor atende aos interesses coletivos, na medida em que impede a indevida ingerência hierárquica no seio da Instituição. No fundo, a inamovibilidade é uma garantia da sociedade.

¹⁷ Analisando disposição idêntica, Eduardo Maia Costa concluiu pela impossibilidade de o Procurador-Geral da República em Portugal substituir ou fazer coadjuvar o magistrado a quem

Todas as garantias constitucionais previstas aos membros do Ministério Público são, em *ultima ratio*, garantias da própria sociedade: evita-se, com a outorga dessas garantias, pressões odiosas que poderiam colocar em risco a atuação rígida e eficaz da Instituição.

1.3. O Princípio do Promotor Natural: garantia da sociedade

A garantia da inamovibilidade é uma das bases do *Princípio do Promotor Natural*¹⁸.

Esse princípio, como se sabe, tem o mesmo significado do princípio do Juiz Natural: nas ações penais públicas, o imputado tem direito de ser acusado por um órgão estatal *independente*, identificado *segundo critérios legais e abstratos fixados anteriormente à prática da infração penal*.

Antes do direito de ser julgado por um órgão judicial independente, fixado previamente¹⁹, tem o suposto autor da infração penal direito de também ser acusado por um órgão do Estado *previamente identificado, segundo critérios legais*. Com isso, perseguições infundadas são evitadas ou mesmo acobertamentos de determinadas pessoas, através da nefasta figura do *acusador de exceção*.

Referindo-se ao princípio do Promotor Natural, Paulo César Pinheiro Carneiro assinala que “este princípio, na realidade, é verdadeira garantia constitucional, menos dos membros do *parquet* e mais da própria sociedade, do próprio cidadão, que tem assegurado, nos diversos processos em que o MP atua, que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher Promotor ou Procurador espe-

certa causa estiver distribuída, sempre que razões ponderosas de complexidade processual ou de repercussão o justifiquem (Cf. COSTA, Eduardo Maia. “O artigo 51.º da Lei Orgânica do Ministério Público. Uma disposição inovadora. e inconstitucional”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.ºs 33 e 34, jan.-jun./1988, 367/370).

¹⁸ Ada Pellegrini expressa que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido aos membros do *Parquet* o princípio do Promotor Natural, paralelo ao do ‘juiz natural’ (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “A legislação brasileira em face do crime organizado”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, out.-dez./1997, 60). Sobre o assunto, ver ainda FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. “Princípio do Promotor Natural”. In: *Ministério Público II (Democracia)*. Obra coletiva. José Marcelo Menezes Vigilar e Ronaldo Porto Macedo Júnior (Orgs.). São Paulo: Altas, 1999, 139-149.

¹⁹ A garantia do juiz natural significa: 1) a necessidade de que o magistrado seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; 2) a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; e 3) a proibição de juizes extraordinários e especiais (Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal – Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Trad. Fauzi Hassan Choukr *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 472). Se a garantia do juiz natural importa uma “conquista moderna”, na expressão de Ferrajoli (*op. cit.*, 472), o princípio do promotor natural pode ser considerado uma evolução no ordenamento constitucional de um país e mais uma importante garantia da sociedade.

cífico para determinada causa, bem como que o pronunciamento deste membro do MP dar-se-á livremente, sem qualquer tipo de interferência de terceiros. Esta garantia social e individual permite ao Ministério Público cumprir, livre de pressões e influências, a missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”²⁰.

Realmente, trata-se de postulado importantíssimo para a isenção que o membro do Ministério Público deve ter quando de sua atuação funcional. Ao membro garante-se que não haverá qualquer ingerência, sequer da chefia da Instituição; à sociedade, a destinatária da atuação do *Parquet*, é assegurado um profissional com atribuição fixada por lei, sem designações arbitrárias e casuísticas que possam afetar a imparcialidade.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, em diversas oportunidades, já reconheceu o princípio do Promotor Natural no atual ordenamento constitucional brasileiro. Em *leading case* sobre a matéria, a Corte Constitucional brasileira destacou que “o postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do *acusador de exceção*. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinado tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, o próprio Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei”. Prossegue a Corte asseverando que “a matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural, limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a chefia do Ministério Público de hegemônico e incontrastável”²¹.

Trata-se, enfim, de uma importante garantia da sociedade.

²⁰ Cf. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. 6.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 47-48. Prossegue o autor com a seguinte indagação: “Qual a garantia que se poderia dar a alguém, à própria sociedade, de que a lei seria cumprida, na hipótese de ficar ao arbítrio de determinada autoridade a escolha do membro do Ministério Público para examinar da conveniência ou não de promover ação penal em face de alta autoridade pública; para promover ou não, ação cível contra poderosa fábrica que polui o ar de determinada região pobre; para promover ação visando a apurar abuso e omissões de autoridades; para coibir abuso de autoridade ou poder econômico; para intervir, em geral, nos processos nos quais está em jogo direito social ou individual indisponível? Certamente nenhuma” (*op. cit.*, 48).

²¹ Supremo Tribunal Federal – *Habeas Corpus* n.º 67.759-2/RJ, plenário, J. 6/8/1992, RTJ, 146/794 – disponível na rede mundial de computadores no sítio <www.stf.jus.br>. Acesso em 20/12/2008.

1.4. *As vedações aos membros do Parquet e a autonomia funcional, administrativa e financeira da Instituição*

Além das garantias conferidas aos membros do Ministério Público, o texto constitucional também previu as correspondentes vedações: receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; exercer a advocacia²²; participar de sociedade comercial, na forma da lei; exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; exercer atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei²³.

A autonomia funcional²⁴, administrativa e financeira do *Parquet*, asseguradas constitucionalmente, conferem à Instituição a possibilidade de autogestão administrativa e funcional. Assim, o Ministério Público pode propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, a política remuneratória e os planos de carreira, devendo elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias²⁵.

1.5. *A independência do Ministério Público e a sua qualificação como garantia institucional fundamental*

O constituinte brasileiro de 1988 optou, de forma clara, em desvincular a Instituição dos demais Poderes estatais, afastando-o do poder político.

Apesar de não representar um *quarto Poder*²⁶, podemos afirmar que o Ministério Público é um órgão independente, sem qualquer vinculação, subordinação

²² Em Portugal, os magistrados do Ministério Público podem exercer a advocacia em casos excepcionais previstos em lei: somente podem advogar *em causa própria, do seu cônjuge ou de descendente* (artigo 93.º do Estatuto do Ministério Público).

²³ Artigo 128, § 5.º, II, da CRFB/1988.

²⁴ A autonomia funcional significa que os seus membros, no desempenho de seus deveres profissionais, não estão subordinados ou vinculados a nenhum órgão ou Poder estatal: devem se submeter apenas à sua consciência, à lei e à Constituição.

²⁵ Artigo 128, § 5.º, II, da CRFB/1988.

²⁶ O poder do Estado é uno, expressão de sua soberania. As funções é que se tripartem, na clássica lição de Montesquieu, em executiva, legislativa e judiciária. Mazzilli menciona que a Constituição da República do Brasil de 1988 conferiu “um elevado *status* constitucional ao Ministério Público brasileiro, quase o erigindo a um *quarto Poder*” (Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, 103). Pierangeli destaca que “o nosso legislador constituinte, que tanto inovou, embora muitas vezes para pior, mas quase sempre para melhor, ficou bem próximo de atingir o tão almejado sonho de Alfredo Valadão, que vaticinava

ou supervisão de qualquer outro Poder²⁷. Trata-se, na verdade, de um órgão independente, em que pese “sua integração na estrutura do Poder Executivo”²⁸.

O artigo 127 da Constituição brasileira dispõe que o Ministério Público é Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe

o Ministério Público como um Quarto Poder de Estado, rompendo com a secular tripartição dos poderes de Montesquieu, para atingir a decantada modernidade” (Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*. 3.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 233). Prossegue esse último autor afirmando que “o legislador constituinte, que continua a dever algo mais ao Ministério Público, de certa forma consagrou uma divisão da Magistratura, em judicante e requerente, tal como concebido na legislação italiana, só que, no país peninsular, ambos pertencem a um único poder, o Judiciário, e seus membros alternam na função de requerer e julgar” (*op. cit.*, 233). A atual Constituição da República, sem sombra de dúvidas, dedicou ao Ministério Público brasileiro uma conformação institucional qualificada, *marcada pela independência* em relação aos Poderes constituídos e com extrema autonomia institucional. Contudo, não é possível afirmarmos, diante da realidade constitucional, que ao Ministério Público foi conferido o *status* de Poder da República. Sobre o tema, Celso Ribeiro Bastos destaca que “para alguns, o Ministério Público é considerado um verdadeiro ‘poder’, pretendendo-se com isso alterar a divisão tripartida de Montesquieu. Para outros, é componente do Poder Legislativo, pois a este cabe a elaboração da lei e ao Ministério Público fiscalizar seu cumprimento, via jurisdicional, circunstância que tornaria visível a maior afinidade lógica entre a vontade do legislador e a atividade do órgão, mais do que qualquer outro do Estado. Há os que o incluem no Poder Judiciário, embora órgão não jurisdicional, mas sempre independente do Poder Executivo. A maioria, porém, tem o Ministério Público como órgão do Poder Executivo, que faz executar as leis através do Judiciário, embora reconhecendo ter ele funções autônomas, independentes, próprias e constitucionais, com parcela da soberania do Estado” (Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Das funções essenciais à Justiça – do Ministério Público”. In: *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva 1988, t. 4, v. 4, 10).

²⁷ Como ressaltam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, “evidenciando uma indefinição quanto ao enquadramento jurídico-constitucional da Instituição, variou a topografia das normas sobre o Ministério Público em nossas várias Constituições. Ora aparece ele como ‘órgão de cooperação nas atividades governamentais’ (1934); ora em dispositivos esparsos (1937); ora com título autônomo (1946); ora no capítulo do Poder Judiciário (1967); ora no capítulo do Poder Executivo, em 1969. Situa-se, hoje, no Título da Organização dos Poderes, em capítulo distinto dos três poderes clássicos (no capítulo das Funções Essenciais à Justiça). Se o constituinte não lhe quis assinalar o nome de Poder, como fez em relação ao Executivo, Legislativo e Judiciário, decerto que lhe reservou uma conformação institucional de marcada independência com relação a esses ramos da Soberania” (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2008, 996).

²⁸ Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 132/Rondônia, J. 30/4/2003, DJU de 30/5/2003, 28 – disponível também na rede mundial de computadores no sítio <www.stf.jus.br>. Acesso em 22/12/2008). Consta da ementa do mencionado acórdão o seguinte: “(...) III – Ministério Público: atribuição para ‘adquirir bens e serviços e efetuar a respectiva contabilização’: constitucionalidade, *dado cuidar-se de corolário de sua autonomia administrativa (e financeira), não obstante sua integração na estrutura do Poder Executivo*”. Destaque-se que o Ministério Público é um *órgão do Estado*, não do Governo ou do Poder Executivo.

a defesa da ordem jurídica, do regime democrático²⁹ e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ao assegurar à Instituição o caráter permanente, temos que não será possível ao Poder Constituinte Derivado a supressão³⁰ ou mudança que altere a sua essência, sendo vedada a apresentação de qualquer emenda tendente a abolir a Instituição, considerada verdadeira cláusula pétrea³¹, uma vez que o Ministério Público é verdadeiro protetor dos direitos e garantias individuais indisponíveis e agente promotor da cidadania e da legalidade democrática.

Nesse passo, faz-se mister mencionar que tal previsão sequer seria necessária para evitar a supressão ou mudança que alterasse a essência do Ministério Público³².

De fato, tamanha a importância do Ministério Público no direito luso-brasileiro que é possível afirmar que o *Parquet* constitui *autêntica garantia institucional fundamental*³³. O Ministério Público, no Brasil e em Portugal, está protegido de eventual supressão ou esvaziamento de suas garantias e atribuições por parte da ação erosiva do legislador e do poder de reforma constitucional, garantia esta, em *ultima ratio*, da sociedade, destinatária final da atuação da Instituição³⁴.

²⁹ A referência à “defesa do regime democrático” teve inspiração na Constituição da República portuguesa de 1976 (Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, 37).

³⁰ Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, 107.

³¹ Artigo 60, § 4.º, IV, da Constituição da República brasileira

³² A Constituição da República de Portugal não prevê o *Parquet* como Instituição permanente e, nem por isso, seria lícito ao Poder Constituinte Derivado suprimir ou deformar o Ministério Público lusitano, por se tratar de autêntica garantia institucional.

³³ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9.ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 202. Como se sabe, a doutrina da garantia institucional, ministrada pelo constitucionalismo de *Weimar*, foi revigorada por Scheuner no estudo intitulado “As garantias institucionais da Lei Fundamental”, de 1953 (Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. IV, 81 ss.; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, 2007, 142 ss.; e BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, 525 ss.). A garantia institucional é “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza” (Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, 525 ss.). Tem como finalidade resguardar o núcleo essencial de determinadas instituições jurídicas da ação erosiva do legislador e até mesmo de uma eventual supressão por parte deste e dos demais poderes públicos: têm como função primordial a preservação e permanência da instituição (Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, 541). O que se protege com a garantia institucional é a essência da Instituição, vinculando o legislador.

³⁴ Explica Canotilho que “a protecção das garantias institucionais aproxima-se da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a

1.6. *As funções institucionais*

Como funções institucionais do Ministério Público, a Constituição brasileira prevê a promoção privativa da ação penal pública, na forma da lei³⁵; o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, com a promoção das medidas necessárias a sua garantia; a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos³⁶; a promoção da ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição; a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas; a expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência; o controle externo da atividade policial; a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; além de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade³⁷.

Ao lado da clássica função de acusação pública – promoção da ação penal –, a Constituição de 1988 elenca diversas atribuições ao Ministério Público, ora como parte da relação jurídico-processual (órgão agente), ora como fiscal da lei – *custus legis*³⁸ (órgão interveniente).

salvaguarda do ‘mínimo essencial’ (núcleo essencial) das instituições” (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, 1999, 373-374). Jorge Miranda alerta que “a maior ou menor importância desta ou daquela garantia institucional – como deste ou daquele direito – é função da sua maior ou menor proximidade dos princípios basilares da Constituição” (Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. IV, 81). Não há dúvidas de que o Ministério Público se aproxima, e muito, dos princípios estruturantes da Constituição, na medida em que foi erigido a protetor da legalidade democrática e dos interesses coletivos, sendo imprescindível para o Estado Democrático de Direito.

³⁵ No aspecto penal, é importantíssima a atuação do Ministério Público nos denominados “crimes de colarinho branco” (expressão advinda da doutrina inglesa – ‘white collar crimes’), que ferem de morte os fundamentos da República (Cf. FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 115 ss.).

³⁶ Sobre a atuação ministerial na área dos interesses difusos e coletivos, vide, dentre outros, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. 6.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, em especial 249 ss.; e GUASQUE, Luiz Fabião. “O Ministério Público e a Tutela dos Interesses Difusos”. In: *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.º 41, jan.-jun./2000, 235-263.

³⁷ Artigo 129 da Constituição da República. Importante atribuição conferida ao Ministério Público é a tutela coletiva e individual (indisponível) dos idosos (Cf. GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos Direitos dos Idosos*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, em especial 101-212).

³⁸ Como órgão interveniente o *Parquet* exerce os mesmos poderes e direitos processuais das partes, exceto a disposição do direito ou da ação. Como exemplos, podemos citar a intervenção

A ação penal representa um dever para o Ministério Público e um direito para os cidadãos³⁹. Vale lembrar que na ação penal pública o Ministério Público age na qualidade de *órgão agente* e não está obrigado a promovê-la, única e exclusivamente, para obter a condenação do réu. Nesse caso, *deve* usar todos os meios lícitos possíveis para a correta aplicação da lei, objetivando um provimento jurisdicional justo⁴⁰. O membro do *Parquet* com atribuição criminal não é um “*partisan*” da acusação, objetivando a condenação a todo custo: acima de tudo, deve buscar a justiça em cada caso concreto.

Em suma, podemos afirmar que a atuação do Ministério Público é norteada pelo interesse social⁴¹.

do Ministério Público em ação de dissolução de sociedade conjugal, de usucapião, em ação em que haja interesse de incapaz, dentre outros. São, portanto, inúmeras as hipóteses de intervenção processual do Ministério Público como órgão interveniente.

³⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal (Diritto e ragione: teoria del garantismo penale)*. Trad. Fauzi Hassan Choukr *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 457.

⁴⁰ Cf. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. 6.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 9. O membro do Ministério Público pode pleitear qualquer medida em favor do réu, incluindo, por exemplo, a impetração de *habeas corpus*, de mandado de segurança em matéria criminal e de recurso em benefício do acusado. Já no ano de 1867 observava Navarro de Paiva que “a importante instituição do ministerio publico tem sido geralmente mal compreendida e avaliada. Alguns de seus membros professam a erronea opinião de que o ministerio publico é um accusador, sempre energico, sempre implacavel, sempre inflammado do zêlo ardente pela punição dos accusados, sempre inflexivelmente empenhado em fazer descarregar a espada da lei sobre a cabeça dos accusados. Estas idéas, que o vulgo tem adotado, contrariam diametralmente a indole e fins racionais, moraes, e sociaes d’esta excellente instituição (...) a missão, portanto, do ministerio publico não é, nem pôde ser, a de perseguir com severa inflexibilidade e com implacável rigor todos os accusados, a quem a contingencia da prova moral arrastou aos tribunaes. Seria degradar altamente semelhante instituição, rebaixar os seus elevados fins, reduzi-la a um mecanismo social, abdicar a razão, a liberdade e, consequentemente, a moralidade (...) a consciencia publica, e a sociedade, de quem o ministerio publico é órgão, se revoltariam, vendo que magistrados, a quem a lei confiou a accusação dos crimes publicos, empregam o mesmo empenho e solicitude em promover a punição de um réu convicto, e em accusar um individuo a quem a contingencia da prova moral e, muitas vezes, a deficiência d’ella obrigam a demonstrar a sua innocencia, ou a ausencia de imputação e, consequentemente, da criminalidade (...) quando os factos imputados se apresentarem destituídos de criminalidade, quando a discussão patentear uma ausencia completa de imputação, ou de carência total de prova, o ministerio publico, como órgão da lei e interprete da verdade e da justiça, não deve hesitar em concluir pela absolvição do accusado; e seu ministerio seria oppressivo, a sua missão a consagração da mais revoltante iniquidade, um verdadeiro flagello social, se fosse condemnado a pedir sempre, abdicando os impulsos da propria consciencia, a condemnação do accusado, ou a emmudecer ante o triumpho da innocencia” (Cf. PAIVA, José da Cunha Navarro de. *Manual do Ministerio Publico*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1867, 22-23 e 85-86 – trechos no original).

⁴¹ Cf. BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão Cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 128.

Uma questão que tem sido bastante discutida em sede doutrinária e jurisprudencial é a possibilidade de o Ministério Público realizar, diretamente, investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública⁴². De um lado, sustenta-se que a investigação criminal foi pela Constituição reservada, exclusivamente, à Polícia Judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal)⁴³, sendo ilegítimo e inconstitucional o desempenho de tal atividade pelos membros do Ministério Público, que assim agindo estariam usurpando atribuição. Além disso, ao *Parquet* competiria tão-somente a função de exercer o controle da atividade policial e não o de substituí-la⁴⁴. De outra banda, entende-se legítima a investigação criminal direta pelo Ministério Público, uma vez que a Instituição, na condição de titular da ação penal pública, não seria mera espectadora da investigação a cargo da autoridade policial, podendo, por isso, não só requisitar diligências, como realizá-las diretamente, quando elas se mostrassem necessárias⁴⁵.

Entendemos que a investigação criminal direta pelo Ministério Público brasileiro é lícita, constitucional, e, muitas vezes, conveniente.

Primo, porque a atividade investigatória não é de exclusividade da Polícia Judiciária: basta vislumbrarmos a investigação realizada, por exemplo, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito⁴⁶.

⁴² Em Portugal, é pacífica a possibilidade de o Ministério Público realizar investigação criminal *diretamente*. De fato, no regime lusitano vigente, os órgãos de polícia criminal “assistem” o Ministério Público e atuam sob sua direta orientação e na dependência funcional (art. 263.º do Código de Processo Penal português). Sendo o Ministério Público o *dominus* do inquérito, poderá realizar as diligências investigatórias diretamente ou realizá-las através da polícia (nesse sentido, MESQUITA, Paulo Dá. “Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de direito democrático – suscitadas por uma proposta de lei dita de organização da investigação criminal”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 82, abr.-jun./2000, 137-149; e PEREIRA, Rui. “O domínio do inquérito pelo Ministério Público”. In: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, 119-131).

⁴³ Artigo 144 da CRFB/1988.

⁴⁴ Artigo 129, VI, da CRFB/1988.

⁴⁵ Luís Roberto Barroso sintetiza as posições favoráveis e contrárias em relação ao tema (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público: Argumentos Contrários e a favor. A síntese possível e necessária*. Rio de Janeiro, 22 jan./2004. Disponível na rede mundial de computadores em <www.2ccr.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_textos_interesses/investigacao_MP.pdf>. Acesso realizado em 16 de junho de 2009). Anne Crenier assinala que “uma exigência emerge, mesmo nos sistemas anglo-saxônicos, a favor de um Ministério Público imparcial; a fase preparatória do processo penal, muitas vezes determinante para o resultado final do processo, não deverá estar ao abrigo da arbitrariedade policial e obedecer a critérios de legalidade e de proporcionalidade que só um magistrado imparcial e independente pode assegurar?” (Cf. CRENIER, Anne. “Separar as carreiras dos juizes e do Ministério Público?” In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 77, jan.-mar./1999, 175-176).

⁴⁶ Artigo 58, § 3.º, da CRFB/1988.

Secundo, porque a própria Constituição prevê como função institucional do Ministério Público o exercício de outras funções, desde que compatíveis com a sua finalidade⁴⁷, e não é preciso um esforço argumentativo para verificar que a investigação criminal é compatível com a finalidade da Instituição.

Tertio, porque a legitimidade investigatória do *Parquet* é decorrente da finalidade da investigação, que é formar a sua *opinio delicti* (a promoção da ação penal depende, muitas vezes, da prévia atividade investigatória)⁴⁸.

Afinal, por que poderia o Ministério Público requisitar diligências à autoridade policial e não realizá-las diretamente? Da interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, percebe-se que a investigação direta pelo Ministério Público nos crimes de ação penal de iniciativa pública é perfeitamente possível e constitucional, sem margens para maiores tergiversações⁴⁹.

⁴⁷ Artigo 129, IX, da CRFB/1988.

⁴⁸ A investigação direta pelo Ministério Público é, realmente, conveniente em muitos casos. Como Rodrigues Maximiano sublinhou, “sabendo-se que a corrupção e a criminalidade de ‘colarinho branco’ se interceptam com os detentores do poder político – onde não há poder de decisão não há corrupção – cria-se objectivamente a possibilidade de ser o Governo, através da sua extensão na direção da Polícia Judiciária, a decidir o que é que deve ser prevenido ou investigado e o que é que deve ser silenciado, à revelia da Magistratura, ficando a investigação criminal da corrupção sujeita não ao princípio da objectividade, independência e legalidade estrita, mas sim ao princípio da oportunidade política” (Cf. MAXIMINANO, António Henrique Rodrigues. “Proposta da Lei 48/IV – Combate à corrupção”. Comunicação às jornadas parlamentares do Partido Socialista, na Sala do Senado da Assembléia da República de Portugal, no dia 4/5/1993. Publicado na *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 54, abr.-jun./1993, 61-75). Tal advertência, outrossim, pode ser plenamente aplicável no Brasil; por isso, a importância da investigação criminal feita diretamente pelo Ministério Público em algumas situações.

⁴⁹ O assunto foi recentemente decidido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n.º 91.661/PE, J. 10/3/2009 (disponível na rede mundial de computadores no sítio <www.stf.jus.br>. Acesso em 16/6/2009), com expresse reconhecimento da possibilidade investigatória direta pelo Ministério Público. A questão, contudo, ainda está pendente de ser decidida pelo Pleno do Excelso Pretório (HC n.º 84 548/SP). Para melhor compreensão da matéria, conferir, dentre outros, HAMILTON, Sérgio Demoro. “A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal”. In: *Temas de Processo Penal*. 2.ª edição. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000, 207-227; STRECK, Lenio Luiz.; FELDEN, Luciano. *Crime e Constituição*. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, 2006; e BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública: papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

1.7. *Os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional. O aspecto correccional*

Como princípios institucionais, o texto constitucional brasileiro elenca os seguintes: unidade, indivisibilidade e independência funcional⁵⁰. Princípio da unidade significa que o Ministério Público constitui uma Instituição única, devendo seus membros serem considerados integrantes de um só organismo, sob direção de um só chefe⁵¹. O princípio da indivisibilidade deve ser entendido que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros, segundo disciplinado em lei⁵².

Por fim, princípio da independência funcional significa que os membros do Ministério Público podem atuar no exercício de suas funções livremente, fundamentadamente, de acordo com a sua consciência, com a Constituição da República e com a lei, não podendo ser responsabilizados pelos atos que praticarem no exercício funcional. Cada membro tem liberdade de exercer as suas funções em face de outros órgãos ou agentes de mesma Instituição. A garantia é ilimitada⁵³: o membro do *Parquet* não está, no exercício funcional, sujeito sequer a acatar as recomendações do Procurador-Geral, do Conselho Superior do Ministério Público ou do Conselho Nacional do Ministério Público⁵⁴. Isso significa que

⁵⁰ Artigo 127, § 1.º, da CRFB/1988.

⁵¹ O Princípio da Unidade do Ministério Público deve ser considerado dentro de cada Ministério Público. Como estatuído na Constituição da República, o Ministério Público é organizado da seguinte forma: 1) Ministério Público da União, que, por sua vez, compreende: a) Ministério Público Federal, b) Ministério Público do Trabalho; c) Ministério Público Militar, d) Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; e 2) Ministério Público dos Estados (artigo 128), independentes entre si. Assim, não é possível, *exempli gratia*, ao membro do Ministério Público Federal exercer as atribuições de membro do Ministério Público do Estado e vice-versa. A Instituição, em que pese a sua divisão em Ministério Público da União e Ministério Público dos Estados, possui o *caráter nacional* (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, 998).

⁵² O Princípio da Indivisibilidade também deve ser considerado dentro de cada Ministério Público.

⁵³ Cf. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. 6.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 43.

⁵⁴ Por força do princípio da independência funcional, o membro do Ministério Público não está obrigado a acatar as recomendações do Conselho Superior nem mesmo nos casos em que se mostre conveniente a atuação uniforme da instituição (artigos 10, XII, 15, X, 17, IV, e 20, da Lei Complementar n.º 8.625/93). Sobre o assunto destaca Emerson Garcia que “a superioridade hierárquica do Procurador-Geral, Chefe do Ministério Público, cinge-se ao âmbito administrativo – que é regido pelos princípios gerais que disciplinam essa seara – não guardando qualquer similitude com uma aberrante hierarquia funcional. Fosse outra a conclusão, violado seria o texto constitucional, pois independência e hierarquia não podem ocupar um único plano existencial: enquanto a primeira afasta a intervenção superior, a segunda a atrai, o que justifica a dicotomia de tratamento dispensada às esferas funcional e administrativa. O ofício ministerial deve ser livremente

nem mesmo o Chefe do Ministério Público pode determinar arbitrariamente que certa manifestação funcional (fática ou jurídica) seja feita dessa ou daquela forma.

Eventual recomendação expedida pelo Procurador-Geral da República ou pelos Procuradores-Gerais de Justiça, em qualquer matéria referente ao exercício funcional, *não terá o caráter vinculativo*, ao contrário do sistema vigente em Portugal⁵⁵. A recomendação será meramente indicativa e não vinculativa.

A independência funcional, de fato, beneficia a sociedade, possibilitando ao membro do Ministério Público a correta aplicação da lei, sem qualquer influência econômica ou política. Na esfera penal, isso significa que será processado tanto o criminoso sem recursos financeiros como o mais poderoso economicamente, sem qualquer ingerência política ou econômica: a lei é igual para todos e o princípio da independência funcional pode ser considerado um instrumento da igualdade.

Ao contrário do Ministério Público português, iluminado pelas características do *Parquet* francês, que tem como regra o *princípio hierárquico*⁵⁶, a Instituição brasileira tem como princípio basilar a liberdade funcional de seus membros. Diante da independência funcional, não se admite hierarquia no exercício das funções ministeriais: só há hierarquia no âmbito administrativo. Nesse sentido, o Chefe da Instituição – Procurador-Geral – tem poderes de designação na forma da lei e existe disciplina funcional. Ainda sob o aspecto administrativo, o membro deve acatar as decisões do Conselho Nacional do Ministério Público e dos órgãos da Administração Superior, quando, *exempli gratia*, o Conselho Superior do Ministério Público revisa uma decisão de arquivamento de um inquérito civil.

exercido, somente rendendo obediência ao ordenamento jurídico e à consciência do membro do Ministério Público. A importância dessa garantia é indiscutível” (Cf. GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 65).

⁵⁵ Nesse sentido, a pacífica doutrina assinala que “os membros do Ministério Público (promotores e procuradores) e os órgãos do Ministério Público (tanto os órgãos individuais quanto os órgãos coletivos, como o Conselho Superior ou o Colégio de Procuradores), *no exercício da atividade-fim*, só estão adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis; não estão obrigados a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da própria instituição, no que digam respeito ao que devam ou não fazer. Estamos a referir-nos aqui à plena liberdade no exercício da atividade-fim (se, p. ex., é caso de dar ou não denúncia, se é caso de pedir condenação ou absolvição, ou de recorrer ou não): nesse ponto, é irrestrita a liberdade funcional). Entretanto, na atividade-meio, devem os membros do Ministério Público seguir avisos, instruções e regulamentos das autoridades administrativas competentes da própria instituição (se, p. ex., é caso de comunicarem o ajuizamento de alguns tipos de ações ou se devem fazer relatórios do movimento de processos ou do atendimento ao público pela promotoria)” (Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2007, 202).

⁵⁶ O princípio da independência funcional é justamente o oposto do princípio da hierarquia.

Diversamente do que pode parecer à primeira vista, o princípio da independência funcional não inviabiliza a responsabilidade disciplinar dos membros do Ministério Público.

A independência conferida a cada integrante do *Parquet* não significa que o seu agir (quando do exercício funcional) possa ser irresponsável ou leviano; não é lícito ao membro acobertar-se sobre o manto do princípio da independência funcional para a prática de irregularidades. Por isso, justamente para evitar excessos e possibilitar o importante controle interno e externo, existe, respectivamente, a figura da Corregedoria-Geral, no âmbito de cada Ministério Público, e o Conselho Nacional do Ministério Público, este último com caráter nacional.

A Corregedoria-Geral é um órgão da Administração Superior do Ministério Público e tem como principal atribuição a fiscalização e orientação dos membros do *Parquet*⁵⁷. O Conselho Nacional do Ministério Público, outrossim, também possui atribuição correccional⁵⁸. Ambos poderão, portanto, exercer correção e evitar a indesejável conduta desviante por parte do membro do Ministério Público, consoante previsto em lei.

1.8. *A investidura do chefe do Ministério Público. Questão controversa*

A Constituição de 1988 disciplinou a nomeação do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União⁵⁹, e dos Procuradores-Gerais de Justiça, chefes dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Até a promulgação da Constituição de 1988, o Presidente da República escolhia *livremente* o Procurador-Geral da República, que deveria ter reputação ilibada e notório conhecimento jurídico. Isto significa que não havia a imperiosa necessidade que a escolha recaísse necessariamente sobre um integrante do Ministério Público: bastava que o cidadão tivesse notório conhecimento jurídico e reputação ilibada, ambos conceitos indeterminados⁶⁰.

⁵⁷ Artigo 17 da Lei n.º 8.625/1993.

⁵⁸ Artigo 130-A, § 2.º, III, da CRFB/1988.

⁵⁹ O Ministério Público da União compreende: o Ministério Público Federal, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Trabalho (artigo 128, I, da CRFB/1988).

⁶⁰ Sobre conceitos jurídicos indeterminados, consultar, dentre outros, ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico (Einführung – In das juristische denken)*. Trad. J. Baptista Machado. 10.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 208 ss.; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. António Ulisses Cortês. 3.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, 144; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados”. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n.ºs 895/896/897, v. 261, jan.-mar./1978, 13-19;

Na atual regra constitucional, o Procurador-Geral da República deve ser nomeado pelo Presidente da República *dentre os integrantes da carreira*, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução⁶¹, impossibilitada a demissão *ad nutum*.

A nomeação dos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios é um pouco diversa, uma vez que há a participação da classe na escolha. Estes Ministérios Públicos devem formar lista tríplice *dentre os integrantes da carreira*, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo *dentre os três membros figurantes da lista*, para mandato de dois anos, permitida somente uma recondução. Nesse caso, a sistemática da escolha é mais adequada: há a participação da classe, que forma a lista tríplice após votação, e somente é permitida uma recondução, ao contrário do previsto para o Procurador-Geral da República, que pode ser reconduzido indefinidamente.

A doutrina alienígena tem elogiado a independência e autonomia do Ministério Público brasileiro, ressaltando que a sistemática de escolha do chefe do *Parquet* não afeta as mencionadas características da Instituição⁶².

No entanto, existe uma grande celeuma sobre a participação do Poder Executivo na escolha do chefe do Ministério Público.

Parte da doutrina sustenta que a escolha do chefe institucional deve caber tão-somente à classe⁶³, sem a participação de *extraneus*, uma vez que a atuação

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, 23 ss.; e CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003, 116 ss.

⁶¹ Artigo 128, § 1.º, da CRFB/1988.

⁶² Nesse sentido, sublinha Cândido Conde-Pumpido Ferreiro que “el Ejecutivo continúa manteniendo cierta vinculación formal en la actividad o elección del titular del Ministerio Fiscal (...) cuanto el ‘Procurador general de Justicia’ es nombrado por el gobernador de cada Estado, en los términos que determine la legislación estatal (Brasil). Sin embargo esto no es óbice para que se mantenga en la doctrina de esos países que la independencia de la institución queda asegurada y se afirme” (Cf. FERREIRO, Cândido Conde-Pumpido. “La nueva naturaleza del Ministerio Fiscal en la Constitución Española”. In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. Jorge de Figueiredo Dias, Ireneu Cabral Barreto, Tereza Pizarro Beza e Eduardo Paz Ferreira (Orgs). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, v. I, 270).

⁶³ Cf. FERRAZ, António Augusto Mello de Camargo.; DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. “Aperfeiçoamento do Sistema de Investidura do Procurador-Geral de Justiça: Pressuposto para a Afirmação do Ministério Público como Defensor do Regime Democrático”. In: *Ministério Público II (Democracia)*. Obra coletiva. José Marcelo Menezes Vigilar e Ronaldo Porto Macedo Júnior – Orgs. São Paulo: Altas, 1999, pp.113-129; e GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 77 e 163.

do Poder Executivo acabaria por abalar a autonomia institucional, em razão da ingerência indevida.

De outro lado, sustenta-se que a regra exposta na Constituição atende à sistemática dos freios e contrapesos (*checks and balances*). A participação do Poder Executivo (Presidente da República) e do Poder Legislativo (Senado Federal – que representa os Estados da Federação brasileira) na escolha do Procurador-Geral da República, e do Governador do Estado, no caso da escolha dos Procuradores-Gerais de Justiça, faz com que prevaleça não só o interesse corporativo dos membros da Instituição, mas também dos agentes políticos democraticamente eleitos, que representam a sociedade, conferindo maior legitimidade democrática ao processo de escolha do chefe do Ministério Público e à própria Instituição. Destaque-se que o ingresso dos membros do *Parquet* brasileiro na carreira ocorre mediante concurso público de provas e títulos⁶⁴, ao contrário do que ocorre em algumas unidades da Federação dos Estados Unidos da América (Promotores Distritais Estaduais, que são eleitos), por exemplo. A fórmula constitucionalmente prevista de participação do poder político na escolha do Chefe maior da Instituição, em suma, poderia conferir ao Ministério Público uma *legitimidade democrática*⁶⁵.

Com efeito, não há sistemática perfeita para preenchimento dos cargos do Estado de grande destaque, como os membros dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, especialmente), membros dos Tribunais de Contas e Chefe do Ministério Público. As fórmulas conhecidas oscilam entre a ingerência político-partidária, de um lado, e os interesses das respectivas instituições, de outro.

Autonomia não significa soberania ou totalitarismo: não pode nem deve o *Parquet* considerar-se alheio a qualquer forma de ingerência externa. Nenhum Poder, aliás, é soberano: são harmônicos e independentes entre si, coexistindo o sistema de freios e contrapesos. No entanto, sopesando a ingerência do Poder Executivo na nomeação do chefe do Ministério Público e a prevalência absoluta do interesse da classe, entendemos que o que melhor atende ao interesse *da coletividade* é, efetivamente, a segunda opção.

De fato, o último resquício do Ministério Público de origem francesa, que possibilita a indevida ingerência por parte do Executivo, deve ser extirpado do sistema constitucional brasileiro.

A forma de nomeação dos Chefes dos Ministérios Públicos, como atualmente estabelecido na Constituição, é forçoso admitir, torna políticos os cargos de Procuradores-Gerais de Justiça e compromete a independência que deve ter

⁶⁴ Artigo 129, § 3.º, da CRFB/1988.

⁶⁵ É importante ressaltar que a legitimidade do Ministério Público também decorre da sua atuação em cada caso concreto, de acordo com a prescrição *constitucional e legal*.

o Ministério Público no cumprimento das funções institucionais previstas na Constituição Federal⁶⁶. O envolvimento e compromissos de caráter político-partidário devem ser afastados da chefia institucional.

Outro fundamento que nos leva a admitir a escolha direta da chefia institucional por seus pares, sem a participação do Executivo, tem ligação com o princípio da igualdade. Isto porque os presidentes dos Tribunais Federais e Estaduais são eleitos diretamente pelos magistrados, sem a participação do Executivo. Assim, diante da sistemática prevista no ordenamento constitucional brasileiro, que confere tratamento isonômico entre o Ministério Público e a magistratura (ambos são frutos “da mesma árvore”), é forçoso reconhecer a necessidade de extirpar a ingerência do Executivo na escolha do Chefe do Ministério Público.

A sistemática de nomeação adotada no Brasil, em suma, reclama por mudanças, de forma a garantir ainda mais a imparcialidade e a independência do Chefe do Ministério Público⁶⁷, o que, ao certo, repercute na atividade funcional de todos os membros.

1.9. *A ádvena atribuição: a possibilidade de delegação de atribuição típica do Presidente da República ao Procurador-Geral da República*

Como visto, a autonomia do Ministério Público brasileiro diante dos demais Poderes, em suma, foi assegurada de forma bastante eficaz pela Constituição em vigor. Talvez o único resquício que poderia denotar subordinação direta entre o Poder Executivo e o *Parquet* seja a possibilidade de o Presidente da República delegar ao Procurador-Geral da República as seguintes atribuições: a) dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração pública federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; b) conceder

⁶⁶ Não é por outra razão que atualmente está em tramitação no Congresso Nacional Proposta de Emenda à Constituição (PEC n.º 189, de 2007) objetivando a alteração do artigo 128 da Lei Maior, para modificar a sistemática de nomeação dos Procuradores-Gerais de Justiça. De acordo com a proposta, competiria à classe a eleição direta do Chefe do Ministério Público, que seria nomeado pelo Governador do Estado, após aprovação da maioria absoluta da Assembléia Legislativa. Assim sendo, o Governador não mais escolheria o membro do Ministério Público constante da lista tríplex: haveria tão-somente um controle pelo Poder Legislativo, que aprovaria ou não o nome sufragado pela classe. Seria efetivamente uma melhora na sistemática de escolha da chefia do Ministério Público, sem dúvidas.

⁶⁷ Cf. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. 6.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 247.

indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; e, por fim, c) prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei⁶⁸.

Trata-se de vinculação incabível entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República, na medida em que não há qualquer subordinação entre os chefes de órgãos independentes a autônomos, o que não ocorre entre as demais autoridades mencionadas no dispositivo constitucional (Ministros de Estado e Advogado-Geral da União), que prestam direto assessoramento ao Presidente da República e mantêm com esse estreito vínculo de subordinação. Ademais, as matérias passíveis de delegação referem-se à organização interna do Poder Executivo, não possuindo qualquer conexão com as atribuições do Ministério Público.

Dessa forma, em que pese a possibilidade dessa delegação por parte do Presidente da República não afetar a autonomia do Ministério Público, teria sido melhor que a Constituição tivesse previsto no dispositivo referido apenas aquelas autoridades que tivessem subordinação direta com o Chefe do Poder Executivo Federal, excluindo a figura do Procurador-Geral da República.

Em suma, diante da importante autonomia do Ministério Público trazida pela Constituição da República de 1988 é que se afirma que a Instituição brasileira alcançou seu maior crescimento e redimensionamento, sequer comparável ao de outros países: as atribuições foram diversificadas e ampliadas; as garantias e prerrogativas aumentadas. Espera-se que, com a consolidação do *Parquet*, a democracia brasileira possa ser solidificada e a desigualdade social diminua, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o que deve ser o maior objetivo da Instituição ministerial.

2. O Ministério Público na Constituição da República Portuguesa de 1976

2.1. *A autonomia do Ministério Público perante o poder político e a magistratura judicial*

A Constituição da República de Portugal de 1976, de forma inédita, consagrou a autonomia do Ministério Público perante o poder político e a magistratura judicial, atribuindo-lhe estatuto próprio⁶⁹. Pode-se afirmar, portanto, que

⁶⁸ Artigo 84, parágrafo único, da CRFB/1988.

⁶⁹ Artigo 219.º da CRP/1976.

a magistratura do Ministério Público é paralela à magistratura judicial e dela totalmente independente⁷⁰.

O Ministério Público português está previsto na Constituição no Capítulo IV do Título V (“*Dos Tribunais*”), determinando o texto constitucional a separação do *Parquet* da magistratura judicial, o que implica a existência de carreiras autônomas⁷¹.

Como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, “no sistema pré-constitucional, o MP funcionava no escalão inferior como estágio vestibular da carreira judicial, sendo os escalões superiores preenchidos por juízes. Havia pois apenas uma separação funcional”⁷². Com o advento da atual Constituição, ocorreu efetivamente a autonomia do Ministério Público da magistratura judicial: não há que se falar em dependência hierárquica nem mesmo do Governo⁷³.

A Constituição portuguesa conferiu ao Ministério Público autonomia⁷⁴, de forma expressa e nos termos da lei. Disso decorrem duas conseqüências: é a lei que fixará os termos da autonomia ministerial e a autonomia conferida à Instituição é elevada, porém não é ilimitada.

A autonomia do Ministério Público português consiste na vinculação a critérios de legalidade e objetividade e na exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às diretivas, ordens e instruções previstas em lei.

⁷⁰ Por essa razão, o Estatuto do Ministério Público português dispõe que nas audiências e atos oficiais que presidam magistrados judiciais, os do Ministério Público que sirvam junto do mesmo Tribunal devem tomar lugar à sua direita (artigo 75.º, n.º 1). Ainda, os Procuradores da República e os procuradores-adjuntos têm categoria, tratamento e honras iguais aos dos juízes dos tribunais junto dos quais exercem funções e usam o traje profissional que a estes compete (artigo 90.º, n.º 4, do Estatuto). É da própria alma do Ministério Público a completa autonomia no duplo aspecto da independência face ao poder e à magistratura judicial (Cf. FONSECA, Guilherme da. “O Ministério Público e a Constituição”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 31, jul.-set./1987, 71).

⁷¹ Aqui uma diferença entre as instituições lusitana e brasileira: enquanto a primeira é considerada uma magistratura autônoma da judicial (seus membros são designados como magistrados do Ministério Público), a segunda é considerada um órgão independente, integrante da estrutura do Poder Executivo.

⁷² Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 830.

⁷³ Sobre a evolução da legislação referente ao Ministério Público português, v. SANTOS, Manuel Simas. “Ministério Público: Estatuto e Organização”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.ºs 35 e 36, jul.-dez./1988, 09-29.

⁷⁴ Como se sabe, autonomia significa a possibilidade de estabelecer as próprias regras a serem seguidas e diverge da concepção de soberania. Autonomia deriva das palavras gregas *auto* (aquilo que é próprio) e *nomia* (regra, norma).

2.2. O princípio hierárquico de inspiração francesa

Vige no sistema constitucional português o princípio hierárquico, de inspiração francesa⁷⁵, diferentemente do princípio da independência funcional vigente no Brasil, como já mencionado.

Enquanto no Brasil os membros do Ministério Público são absolutamente livres no exercício de suas funções, devendo atuar fundamentadamente de acordo com a sua consciência, com a Constituição e com a lei, em Portugal os magistrados do *Parquet* devem atuar funcionalmente de acordo com a *hierarquia*, estabelecida através de diretivas, ordens e instruções emanadas de superiores.

Nesse ponto, a Constituição expressa que os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados⁷⁶. De um lado, a *responsabilidade* consiste em os agentes responderem pelo cumprimento dos seus deveres e pela observância das diretivas, ordens e instruções que receberem, nos termos da legislação; de outro, a *hierarquia* significa a subordinação dos magistrados aos de grau superior e na conseqüente obrigação de acatamento por aqueles das diretivas, ordens e instruções recebidas, nos termos da lei⁷⁷.

A imparcialidade do Ministério Público deve ser aferida não só externamente⁷⁸. A organização da Instituição mediante critério de hierarquia funcional fere a imparcialidade e a autonomia interna, uma vez que a decisão de um magistrado de grau inferior poderá ser revista pelo de um grau superior, chegando-se, na escala hierárquica maior, ao Procurador-Geral da República, nomeado pelo

⁷⁵ O mesmo ocorre em Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor Leste.

⁷⁶ Art. 219.º, n.º 4, da CRP/1976.

⁷⁷ Os poderes diretivos hierárquicos, contudo, têm limites. O próprio Estatuto do Ministério Público prevê diversas hipóteses limitadoras dos poderes diretivos (Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 2/90, de 20 de janeiro, 23/92, de 20 de agosto, 10/94, de 5 de maio e 60/98, de 27 de agosto). Sobre essa matéria, os magistrados do Ministério Público podem solicitar ao superior hierárquico que a ordem ou instrução seja emitida por escrito, devendo sempre sê-lo por esta forma quando se destine a produzir efeitos em processo determinado (artigo 79.º, n.º 1, do Estatuto). Os magistrados do Ministério Público, outrossim, devem recusar o cumprimento de diretivas, ordens e instruções ilegais e podem recusá-los com fundamento em grave violação da sua consciência jurídica, por escrito e fundamentadamente, sendo que o exercício injustificado da faculdade de recusa constitui falta disciplinar (artigo 79.º, n.ºs 2, 3 e 6, do Estatuto). Não podem ser objeto de recusa por parte do magistrado do Ministério Público as seguintes matérias: a) as decisões proferidas por via hierárquica nos termos da lei de processo; b) as diretivas, ordens e instruções emitidas pelo Procurador-Geral da República, salvo com fundamento em ilegalidade (artigo 79.º, n.º 5, do Estatuto).

⁷⁸ Cf. PEREIRA, Rui. "Ministério Público: hierarquia e autonomia". In: *Cadernos da Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 6, IV Congresso do Ministério Público, maio/1994, 76.

Presidente da República, sob proposta do Governo, com ligações, portanto, com o poder político. Assim sendo, a desejável autonomia e imparcialidade seria alcançada, *jure constituendo*, com o princípio da independência funcional.

A introdução do princípio da independência funcional em sede constitucional, enfim, acabaria com a subordinação hierárquica, que tende a limitar a independência ministerial⁷⁹, permanecendo a hierarquia tão-somente no aspecto administrativo.

2.3. *As atribuições do Ministério Público português*

Com o novo modelo do Ministério Público, pretendeu a Constituição de 1976 assegurar a todos os agentes ministeriais as condições necessárias para o exercício livre das importantes funções a eles atribuídas.

Nesse ponto, a Constituição dispõe que compete ao Ministério Público: 1) representar o Estado; 2) defender os interesses que a lei determinar; 3) participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania; 4) exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade; e 5) defender a legalidade democrática⁸⁰.

Na defesa da legalidade democrática, o Ministério Público é fiscal da lei (*custus legis*) e assim deve agir o magistrado da Instituição quando de sua atuação funcional⁸¹.

⁷⁹ Cf. TRASSARD, Cédric. “O Ministério Público em França”. In: *O Papel do Ministério Público – Estudo Comparado dos Países Latino-Americanos*. Obra coletiva. João Paulo Dias e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (Orgs.). Coimbra: Almedina, 2008, 128.

⁸⁰ Artigo 219.º, n.º 1, da CRP/1976.

⁸¹ O Tribunal Constitucional português considerou que o Ministério Público carecia de legitimidade para intervir em processos de apresentação de candidaturas para a eleição dos órgãos das autarquias locais (o caso concreto tratava de interposição de recurso para plenário das decisões das seções sobre anotação de coligações – conforme decidido no acórdão n.º 181/85 – in *Acórdãos*, 6.º volume, 711-723, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 9 de janeiro de 1986). Contudo, no nosso entender, diferentemente do que foi decidido pela Corte Constitucional, a legitimidade do Ministério Público português para intervir nos processos de apresentação de candidatura para eleição dos órgãos das autarquias locais advém justamente de sua atribuição constitucional de *defesa da legalidade democrática*. Ora, ao intervir nesses processos eleitorais o Ministério Público está, de fato, vinculando-se ao exercício da cidadania e, em *ultima ratio*, à *concretização da própria democracia*. O alicerce normativo que estrutura a defesa da legalidade democrática é justamente o processo eletivo, que deve ter a necessária participação do Ministério Público: este deve ter legitimidade para intervir em processos de apresentação de candidaturas, podendo, em consequência, manejar os recursos cabíveis. Por essa razão, *data venia*, o Tribunal Constitucional deveria ter reconhecido no caso julgado (acórdão n.º 181/85) a legitimidade do *Parquet* lusitano. Essa posição, contudo, não foi adotada pela Corte Constitucional portuguesa.

A legitimidade constitucional do Ministério Público o permite cobrar do Estado determinadas posturas que viabilizem o exercício da cidadania. A sociedade, portanto, exerce através do *Parquet* a cidadania, atendendo-se o direito de participar do processo de formação da *vontade pública*.

Como atribuição do Ministério Público, a Constituição ainda dispõe que à Instituição compete participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania. Isto é, o *Parquet* não pode *definir* a política criminal, mas tão-somente *participar* da política definida pelos órgãos de soberania⁸².

Talvez a mais difundida e importante atribuição do Ministério Público seja o exercício da ação penal⁸³.

De fato, a Constituição portuguesa atribui ao *Parquet* o exercício da ação penal, que deve ser *orientada pelo princípio da legalidade*⁸⁴. Isto significa que toda conduta que possua indicativos de antijuridicidade deve ser levada à apreciação do juízo criminal, que deverá aplicar a norma penal ao caso concreto imputando ao seu autor a sanção prevista em lei.

⁸² Cunha Rodrigues assinala que “o sistema judicial (e, especialmente, os tribunais e o Ministério Público) participa, segundo as regras de competência pré-definidas, na execução da política criminal. Este reconhecimento foi agora elevado a princípio constitucional quanto ao Ministério Público” (Cf. RODRIGUES, Cunha. *Em Nome do Povo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 161). No mesmo sentido, Armínio Ribeiro Mendes destaca que “a idéia de que o Ministério Público participa na execução da política criminal definida apenas pelos órgãos de soberania visa acentuar que o Ministério Público não é um órgão de soberania, nem faz parte de um órgão de soberania, não podendo definir ou modelar a política criminal” (Cf. MENDES, Armínio Ribeiro. “O Ministério Público, a Constituição de 1976 e a Jurisprudência Constitucional”. In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. Jorge de Figueiredo Dias, Ireneu Cabral Barreto, Tereza Pizarro Beleza e Eduardo Paz Ferreira – Orgs. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, v. I, 608).

⁸³ A constituição do direito penal como protetor dos bens fundamentais à subsistência da comunidade e o processo penal como um tema de ordem pública fizeram com que o Estado elegeesse o Ministério Público como titular do princípio da oficialidade, para que exercesse sua representação na investigação criminal e no exercício da ação penal (Cf. LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. “O Papel do Ministério Público, dentro do processo penal, à vista dos princípios constitucionais – Uma visão fundada no Direito Processual Penal português”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 93, jan.-mar./2003, 23). Ainda, imperioso indicar que “a instituição do Ministério Público é uma exigência do processo acusatório” (Cf. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2003, v. II, 35; e GUARIGLIA, Fabrício O. “Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”. In: *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc., 1993, 81-96).

⁸⁴ O Tribunal Constitucional português já decidiu que “compete ao Ministério Público o ‘exercício da ação penal’ e a ‘defesa da legalidade democrática’, da qual é componente essencial o princípio da igualdade. Da articulação dessas funções resulta a obrigatoriedade do exercício daquela ação (princípio da legalidade), e a exigência de que, no mesmo quadro de condições, todas sejam, e nos mesmos termos, criminalmente perseguidas” (acórdão n.º 455/89, in Acórdãos, 14.º volume, 89-130, publicado no *Diário da República*, II série, de 28 de agosto de 1991. Também disponível na rede mundial de computadores no sítio <www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>. Acesso em 2 de julho de 2009).

É correto dizer que, quanto ao Ministério Público, não se pode falar em *direito de ação*, mas sim em *dever de agir*. A idéia de que o Ministério Público é obrigado a agir funda-se, em última análise, no princípio da legalidade: se o *Parquet* identifica a existência da lesão em caso no qual a lei exija sua atuação, não pode alegar conveniência em não propor a ação penal ou não prosseguir na promoção do procedimento, exceto quando a própria lei lhe permita, expressamente, esse juízo de conveniência e oportunidade. Entretanto, se, ao investigar supostos fatos que poderiam servir de base para uma ação penal, o Ministério Público se convence de que esses fatos não ocorreram, ou que o investigado não é responsável por eles, ou que esses fatos ocorreram, mas não são ilícitos – em todos esses casos, o Ministério Público poderá deixar de agir, sem violar dever funcional. É o que, em suma, pretende a Constituição: que o exercício da ação penal seja orientado pelo princípio da legalidade, isto é, com estrita vinculação à lei.

A Lei Maior portuguesa atribui ao Ministério Público, outrossim, a defesa dos interesses que a lei determinar⁸⁵. Trata-se de uma cláusula aberta, de atribuição residual, que abre à Instituição um leque enorme de atribuições que a lei definir. Assim, *verbi gratia*, compete ao Ministério Público português: a) na área laboral, o patrocínio judiciário dos trabalhadores carentes e de suas famílias⁸⁶; b) na área de família e menores, a defesa dos interesses dos incapazes, atuando como defensor dos órfãos, viúvas e miseráveis⁸⁷; c) na área dos direitos coletivos e difusos, a defesa dos valores do meio ambiente⁸⁸ e do consumidor⁸⁹; d) na área administrativa e fiscal, a intervenção social e de defesa da legalidade democrática, bem como, no contencioso administrativo, a ação pública, a coadjuvação do tribunal na realização do Direito e o patrocínio judiciário do Estado e de outras pessoas representadas por imperativo legal⁹⁰.

⁸⁵ Destaque-se, por oportuno, que é da Assembléia da República a competência para conferir atribuição ao Ministério Público através de lei, por força do que dispõe o artigo 165, n.º 1, “p”, da Constituição. A Constituição da República Portuguesa atribui competência legislativa ao Governo, consoante disposto no artigo 198: o Governo poderá legislar sobre todas as matérias que a Constituição não reservou à competência da Assembléia da República ou das Assembléias Legislativas Regionais. Em matérias de reserva relativa da Assembléia da República, previstas no artigo 165 da Constituição, mister será a prévia autorização legal parlamentar para a elaboração de decreto-lei pelo Governo (artigo 198, n.º 1, “b”). É o caso de atribuição a ser conferida ao Ministério Público.

⁸⁶ Artigos 7.º e 8.º do Código de Processo do Trabalho (Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de novembro).

⁸⁷ Artigo 3.º, n.º 1, “a”, do Estatuto do Ministério Público.

⁸⁸ Artigo 45, n.º 3, da Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87, de 7 de abril).

⁸⁹ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com as alterações conferidas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de janeiro, art. 26, n.º 1, “c”.

⁹⁰ Cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo. “A reforma do contencioso administrativo e as funções do Ministério Público”. In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. I. Jorge de Figueiredo Dias, Ireneu Cabral Barreto, Tereza Pizarro Beleza e Eduardo Paz Ferreira (Orgs.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, v. I, 303-304.

2.3.1. *A representação do Estado pela Instituição. Exame crítico*

Diferentemente do que foi estabelecido pela Constituição brasileira, o Ministério Público lusitano tem atribuição de *representar o Estado*, atuando como verdadeiro advogado estatal⁹¹.

Há muito se discute a conveniência e adequação em se manter tal atribuição ao Ministério Público, presente na ordem Constitucional portuguesa desde a Carta de 1933⁹². José Alberto dos Reis defendeu a manutenção da representação do Estado pelo Ministério Público argumentando que tal medida seria mais econômica para os cofres públicos⁹³. Também nesse sentido se pronunciou Cunha Rodrigues, ex-Procurador-Geral da República⁹⁴.

⁹¹ Sobre o assunto, v. NOGUEIRA, Alberto Pinto. “Da natureza da intervenção do Ministério Público quando, em juízo, se encontram pessoas colectivas de Direito Público e pessoas colectivas de utilidade pública”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 5, abr./1981, 139-157 (1.ª parte), e *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 6, jul./1981, 131-149 (2.ª parte); RIBEIRO, Neves. “O MP e a defesa dos interesses privados do Estado e outros públicos nos Tribunais”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 19, out./1984, 59-69; e COSTA, Maria Isabel F. “O Ministério Público no contencioso administrativo – Memória e razão de ser”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 110, abr.-jun./2007, 5-46.

⁹² Artigo 118 da Constituição portuguesa de 1933.

⁹³ Assinala José Alberto dos Reis que “desde que o Estado tem no Ministério Público um representante natural, para que há de complicar-se mais o serviço publico e onerar-se o orçamento das despesas, nomeando para cada pleito um advogado ou instituindo, ao lado dos agentes do Ministério Público, procuradores officiaes?” (Cf. REIS, José Alberto dos. *Organização Judicial: Lições feitas ao curso do 4.º ano jurídico de 1908 a 1909*. Coimbra: Imprensa Académica, 1909, 278). Utilizando o mesmo argumento – economia nos gastos públicos – e acrescentando que não seria cabível “desperdiçar o acervo de conhecimentos especializados e de experiência adquiridos por magistrados do Ministério Público ao serviço do contencioso do Estado”, Maria Cândida de Almeida também defende a atribuição da representação do Estado pelo Ministério Público. Afirma, ainda, que “a especialização e eficácia da resposta do Ministério Público às situações, relativamente pouco frequentes, de conflitos de interesses que demandam a nomeação de advogado pela respectiva Ordem, parece poder concluir-se que, face a esta válvula de segurança de solução desses conflitos, não se justifica romper, por forma definitiva, com a tradição da representação dos interesses privados do Estado pelo Ministério Público” (Cf. ALMEIDA, Maria Cândida de. “O Ministério Público. Contributo para uma nova cidadania”. In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. Jorge de Figueiredo Dias, Ireneu Cabral Barreto, Tereza Pizarro Beleza e Eduardo Paz Ferreira – Orgs. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, v. I, 58).

⁹⁴ Cunha Rodrigues afirma que “em Portugal, a advocacia do Estado tem sido exercida pelo Ministério Público com equilíbrio e os governos têm-se, em geral, conformado com um contencioso exercido segundo critérios a que pode faltar alguma flexibilidade quando comparados com a relação clientelar estabelecida entre o constituinte e o advogado mas onde não têm surgido desvios funcionais verificados noutros países. No momento presente, a rigidez do texto constitucional, ao atribuir a representação do Estado ao Ministério Público, impede uma alteração que tem sido, várias vezes, reclamada, nomeadamente por correntes sindicais” (Cf. RODRIGUES, Cunha. *Em Nome do Povo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 156).

Posição contrária entende que a manutenção dessa atribuição traria a indesejável ingerência do Governo na Instituição, bem como a dificuldade de conciliar a defesa da legalidade com os interesses do Estado.

Nesse passo, “não será constitucionalmente admissível – justamente em atenção ao significado substancial da atribuição ao Ministério Público da competência para representação do Estado – a admissão de que o Ministério Público, ‘em patrocínio do Estado’, assumia posições não compatíveis com a legalidade”, como destacam Jorge Miranda e Rui Medeiros⁹⁵.

Embora essa atribuição tenha sido ao longo do tempo bem realizada pelo Ministério Público lusitano, seria de bom alvitre que a representação do Estado ficasse a cargo de outra Instituição, a exemplo do que ocorre no Brasil. A alegação de que a manutenção dessa atribuição traria economia para os cofres públicos, com a devida vênia, não é sustentável. Na verdade, a estruturação e pagamento de pessoal com a Instituição incumbida da representação do Estado não aumentariam os gastos públicos consideravelmente, sendo certo que a existência de exigente concurso público para o ingresso dos profissionais na Instituição traria qualificação profissional ao corpo de advogados da Fazenda Pública.

Se em Portugal a representação do Estado fosse realizada por outra Instituição, e não pelo Ministério Público, a ingerência do Executivo seria diminuída, o que, por certo, traria mais autonomia institucional, beneficiando a coletividade. Acabaria a interferência do Ministro da Justiça na Instituição, com recomendações em ações cíveis, representando uma conquista institucional.

De toda forma, é imprescindível ressaltar que, se houver, no caso concreto, colidência entre o interesse estatal e a legalidade, o magistrado do Ministério Público não poderá agir em dissonância com a prescrição legal: deverá sempre optar pela defesa da legalidade democrática⁹⁶.

Ainda sobre a representação do Estado, faz-se necessário destacar que não haveria óbice se a legislação infraconstitucional conferisse tal atribuição a outro órgão ou entidade que não o Ministério Público⁹⁷, uma vez que a Constituição de 1976⁹⁸ não confere ao *Parquet* a *exclusividade* na representação estatal.

⁹⁵ Cf. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t. III, 215.

⁹⁶ Hugo Nigro Mazzilli destaca que “embora a representação da Fazenda tenha sido uma das raízes históricas da instituição, aos poucos o Ministério Público dela se apartou, e ela foi assumida pela advocacia do Estado (...). Há total incompatibilidade do exercício da advocacia por parte dos membros do Ministério Público, ainda que tal advocacia se faça em prol de interesses da Fazenda Pública” (Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, 344).

⁹⁷ Cf. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t. III, 216.

⁹⁸ Artigo 219.º, n.º 1, da CRP/1976.

2.4. *A transmissão de instruções pelo Ministro da Justiça ao Ministério Público*

A justificação primária da autonomia ministerial decorre do exercício da ação penal⁹⁹ e não tem o caráter absoluto: “a Constituição parte do princípio da não subordinação do Ministério Público aos restantes órgãos do poder central, regional ou local e da sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade mas não obsta em absoluto que, em determinados domínios, em que estejam em causa interesses disponíveis e em que, portanto, seja relevante a autonomia do Estado, possa haver lugar a ordens e instruções por parte deste”¹⁰⁰. Por essa razão, as instruções transmitidas pelo Governo ao Procurador-Geral da República, através do Ministro da Justiça, referentes a ações cíveis em que o Estado seja parte, não são inconstitucionais.

De fato, a lei infraconstitucional¹⁰¹ estabelece a possibilidade de o Ministro da Justiça transmitir, por intermédio do Procurador-Geral da República, instruções de ordem específica nas ações cíveis e nos procedimentos tendentes à composição extrajudicial de conflitos em que o Estado seja interessado, assim como autorizar o Ministério Público a confessar, transigir ou desistir nas ações cíveis em que o Estado seja parte.

A ingerência do Executivo no Ministério Público, com a possibilidade de instruir a Instituição, é mais um argumento contrário pela manutenção da atribuição do *Parquet* de representar o Estado.

É necessário frisar, no entanto, que as instruções transmitidas pelo Ministro da Justiça ao Ministério Público somente poderão versar sobre ações cíveis em que o Estado seja parte. O Governo não deverá instruir a Instituição na promoção da ação penal ou em matéria de tutela coletiva, *exempli gratia*.

⁹⁹ Conforme ressaltado pelo Tribunal Constitucional português no acórdão n.º 254/93.

¹⁰⁰ Cf. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t. III, 239.

¹⁰¹ O artigo 80 do Estatuto do Ministério Público dispõe que compete ao Ministro da Justiça: a) transmitir, por intermédio do Procurador-Geral da República, instruções de ordem específica nas ações cíveis e nos procedimentos tendentes à composição extrajudicial de conflitos em que o Estado seja interessado; b) autorizar o Ministério Público, ouvido o departamento governamental de tutela, a confessar, transigir ou desistir nas ações cíveis em que o Estado seja parte; c) requisitar, por intermédio do Procurador-Geral da República, a qualquer magistrado ou agente do Ministério Público relatórios e informações de serviço; d) solicitar ao Conselho Superior do Ministério Público informações e esclarecimentos e fazer perante ele as comunicações que entender convenientes; e) solicitar ao Procurador-Geral da República inspeções, sindicâncias e inquéritos, designadamente aos órgãos de polícia criminal.

2.5. *A magistratura monocrática e os órgãos da Administração Superior*

Outra diferenciação entre o Ministério Público português e o brasileiro, como já mencionado, reside no fato de que o primeiro é uma magistratura monocrática, hierarquicamente organizada¹⁰², que tem como órgão superior a Procuradoria-Geral da República¹⁰³. A Instituição brasileira tem como princípio basilar a autonomia funcional de seus membros, sendo que a hierarquia *só existe no aspecto administrativo*.

A Procuradoria-Geral da República é presidida pelo Procurador-Geral da República¹⁰⁴, que, a seu turno, é nomeado (e exonerado) pelo Presidente da República, sob proposta do Governo¹⁰⁵, para mandato de seis anos¹⁰⁶.

Aqui também reside uma diferença entre o *Parquet* brasileiro e o português: neste último, a Constituição e a lei não exigem que o chefe da Instituição seja um magistrado do Ministério Público, já no Brasil, a escolha deve necessariamente recair sobre um membro da Instituição, inovação trazida pela Constituição da República do Brasil de 1988. Nesse sentido, é mais adequada a sistemática brasileira, na medida em que um membro do *Parquet* terá melhores condições de dirigir a Instituição, por melhor conhecê-la interna e externamente, do que um terceiro não integrante da carreira.

O Tribunal Constitucional português frisou que a fórmula de nomeação do Procurador-Geral da República lhe garante “uma certa estabilidade conjugada com uma íntima e permanente ligação ao poder político considerado no seu todo (que não apenas o Governo), sendo esta ligação que lhe confere a indispensável

¹⁰² Artigo 219, n.º 4, da CRP/1976.

¹⁰³ Artigo 220, n.º 1, da CRP/1976.

¹⁰⁴ Artigo 220, n.º 2, da CRP/1976.

¹⁰⁵ Artigo 133, “m”, da CRP/1976.

¹⁰⁶ Artigo 220, n.º 3, da CRP/1976. Com efeito, o Tribunal Constitucional português já decidiu que a nomeação e exoneração do Procurador-Geral da República “configuram-se como actos políticos *stricto sensu*. Por esse motivo, a conformação, por via legislativa, dos termos e condições dessa nomeação e exoneração afigura-se com constitucionalmente ilegítima”. Entendeu a Corte Constitucional que a lei não pode regular as condições de exercício de atos políticos (artigo 136.º, alínea ‘m’, da Constituição), como, por exemplo, vir a limitar a escolha do Primeiro-Ministro entre cidadãos com certa idade ou habilitações mínimas. Dessa forma, a lei não pode fixar a limitação temporal do exercício do cargo do Procurador-Geral da República, nem pode estabelecer que a sua nomeação deva ocorrer dentre magistrados da Instituição (acórdão n.º254/92, publicado no *Diário da República*, I Série-A, de 31 de julho de 1992, 3589 ss., in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 22.º volume, 83-120). Frise-se que, quando do referido julgamento, não havia previsão constitucional de limitação temporal do mandato do Procurador-Geral da República, o que ocorreu somente após a Revisão Constitucional de 1997.

legitimidade democrática”¹⁰⁷. Com a devida vênia, entendemos que a melhor sistemática de nomeação do Chefe da Instituição seria a escolha direta por magistrados do Ministério Público, a exemplo do que sustentamos em relação ao Brasil.

A legitimidade do Ministério Público, considerado como um todo, decorre da sua atuação em cada caso concreto, de acordo com a prescrição *constitucional e legal*. Não se faz necessária a participação do Governo na escolha do Procurador-Geral da República, o que ocasiona um indesejável enlace entre a chefia do *Parquet* e o poder político.

A sistemática de nomeação adotada em Portugal, no nosso entendimento, necessita ser modificada, de forma a garantir a imparcialidade e a independência do Chefe do Ministério Público. Para isso, seria imprescindível a revisão do texto constitucional, uma vez que não seria possível que a legislação infraconstitucional delimitasse o que a Constituição não o fez; *id est*, caberia à Constituição, e não à lei, disciplinar que a escolha do Procurador-Geral da República caberia à classe, *exempli gratia*.

Diante do princípio hierárquico previsto na Constituição, compete ao Procurador-Geral da República dirigir, coordenar e fiscalizar a atividade do Ministério Público e emitir as diretivas, ordens e instruções a que deve obedecer a atuação dos respectivos magistrados¹⁰⁸. Essas instruções, mesmo se referentes ao exercício funcional, ao contrário da sistemática brasileira, têm caráter vinculante e a desobediência ao estabelecido pelo Chefe do Ministério Público pode representar falta funcional.

Conclusões

A presente investigação teve como escopo demonstrar a atual importância do Ministério Público em um Estado Democrático de Direito, em especial a partir da análise dos textos constitucionais brasileiro e português¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Acórdão n.º254/92, publicado no *Diário da República*, I Série A, de 31 de junho de 1992. Disponível na rede mundial de computadores no sítio <www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>. Acesso em 2 de julho de 2009.

¹⁰⁸ Artigo 12.º, n.º 2, do Estatuto do Ministério Público.

¹⁰⁹ Há muito já se propagava que as atribuições do Ministério Público, se bem compreendidas, são as mais belas que existem (“*Les attributions du ministère public, bien comprises, sont les plus belles qui existent*” – De Molènes. *Traité pratique des fonctions du procureur du Roi*. Paris, 1848, t. I, 01, *apud* RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*. Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1967, 1). Tal frase continua bastante atual diante da grande importância da Instituição numa democracia: “tem o Ministério Público, portanto, preponderante papel na implementação do Estado Democrático de Direito, o que traz como corolário o dever de

A Instituição do Ministério Público, em verdade, ainda não recebeu até o momento a mesma atenção que os estudiosos dedicaram ao Poder Judiciário¹¹⁰, não obstante ambos – Ministério Público e Magistratura – serem “*frutos de uma mesma árvore*”¹¹¹.

A desvinculação da Instituição do Poder Executivo trouxe enormes vantagens, uma vez que possibilitou ao membro do *Parquet* agir de acordo com a sua consciência e com a prescrição constitucional e legal, melhor atendendo aos reclames da sociedade. Se o Ministério Público nasceu para representar os interesses da Coroa, não é mais cabível na atualidade a ingerência do poder político no exercício funcional. Na verdade, a independência da Instituição é uma garantia de todos os cidadãos e não uma questão corporativa.

A atribuição primária do Ministério Público esteve voltada para evitar a desigualdade na aplicação da lei penal¹¹², evitando, com isso, que a acusação dependesse exclusivamente da iniciativa do particular. Ao longo do tempo, a Instituição foi adquirindo novas atribuições, até incorporar a importante atribuição da defesa dos direitos difusos e coletivos, talvez a mais importante vertente atuação ministerial na atualidade. Com isso, espera-se uma maior proteção da sociedade, na medida em que sua atuação beneficiará um sem-número de pessoas. Não foi por outra razão que Cappelletti afirmou que um dos maiores problemas da sociedade con-

participar ativamente do processo de construção da cidadania” (Cf. ARRUDA, Elóisa de Sousa. “O papel do Ministério Público na efetivação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos”. In: *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. Obra coletiva. Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva -Orgs. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 376), com indisfarçável controle da Administração Pública, em prol dos direitos fundamentais (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, 89). Lembremos, ainda, que o Ministério Público é importante não só no direito interno. No âmbito do direito internacional, houve o reconhecimento de sua importância como órgão independente no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Cf. MIGUEL, João Manuel da Silva. “O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional”. In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. Jorge de Figueiredo Dias, Ireneu Cabral Barreto, Tereza Pizarro Beleza e Eduardo Paz Ferreira – Orgs. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, v. I, 623-659), nos estatutos e regulamentos do Tribunal Penal Internacional para a antiga ex-Iugoslávia e do Tribunal Internacional para Ruanda. A comunidade internacional, e não só o Estado-nação, deve se precaver contra inimigos extremos que praticam condutas infringentes da lei, para garantia da dignidade humana. Por isso, mais uma vez a importância da Instituição no âmbito internacional.

¹¹⁰ Cf. DI FREDERICO, Giuseppe. “La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad: Análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada”. In: *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n.º 48, 1997, 16.

¹¹¹ Expressão utilizada por PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*. 3.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 228.

¹¹² Cf. CLUNY, Antônio. “O Estatuto Constitucional do Ministério Público”. In: *Direito e Cidadania*, número especial, Revisão Constitucional em Cabo Verde. Lisboa, maio/1999, 55-72.

temporânea é a garantia de acesso de todos à justiça¹¹³. Através de ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público, na área do consumidor, *verbi gratia*, o acesso à justiça poderá ser mais eficaz na garantia dos direitos dos cidadãos.

Com efeito, não importa, efetivamente, se o Ministério Público é considerado integrante da estrutura do Poder Executivo, como órgão autônomo, como ocorre no Brasil; se foi constituído pela Magna Carta como órgão separado da magistratura tradicional, com autonomia e estatuto próprio, como é o caso de Portugal; se integra um quarto Poder Estatal, como ocorre na Venezuela; ou se desempenha uma função típica da própria magistratura judicial, como é o caso do *Parquet* italiano. O que interessa, de fato, é que a Instituição possua *autonomia*; que seja um órgão independente e forte, sem qualquer vinculação, subordinação ou supervisão de qualquer outro órgão ou Poder, em especial quando da atuação de seus agentes nas áreas de tutela coletiva e penal¹¹⁴.

Pode-se afirmar que existe profunda conexão entre democracia e a existência de um Ministério Público autônomo e independente. A submissão da Instituição só interessa a governos totalitários, onde vigora a exceção e o arbítrio, onde a atuação ministerial é voltada para interesses de governos ou governantes, e não para o interesse da sociedade.

Dentre as atribuições conferidas ao Ministério Público brasileiro e ao português, deve ser dado realce às atuações extrajudiciais. Brasil e Portugal sofrem com o enorme crescimento das ações judiciais. A cada ano, um sem-número de ações aguarda provimento jurisdicional final, abarrotando não só os Juízes de Primeira Instância, mas também os Tribunais Superiores. Nesse sentido, a atuação ministerial, objetivando a composição de conflitos, sem o encaminhamento de ações ao Poder Judiciário, representa um grande avanço no sistema. Na verdade, a justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais, fazendo-se necessária a utilização de mecanismos de composição extrajudiciais.

Em *terrae brasiliis*, os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) celebrados pelo Ministério Público, na área dos direitos coletivos e difusos (meio ambiente,

¹¹³ Afirma Mauro Cappelletti que “entre os problemas mais importantes, que exigem solução, em todos os países, está o problema da efetividade, da igualdade de todos perante o direito e a justiça. Trata-se do problema da pobreza legal. A dificuldade de acesso de muitos indivíduos e grupos aos benefícios que derivam da lei e das instituições jurídicas, em particular as instituições de proteção legal, sobretudo os tribunais” (Cf. CAPPELLETTI, Mauro. “Acesso à Justiça” *In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.º 35, 1995, 47-53).

¹¹⁴ Analisando a origem e desenvolvimento do Ministério Público em diversos países, Eduardo Ferrari conclui que, independentemente de sua estruturação, não é possível que a Instituição fique totalmente vinculada ao Governo, pois, se assim fosse, deixaria de ser uma *legítima Instituição do Estado de Direito* (Cf. FERRARI, Eduardo Reale. “O Ministério Público e a separação dos poderes”. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 14, abr.-jun./1996, 146).

consumidor, cidadania e infância e juventude), representam um importante mecanismo de composição de litígios, muitas vezes mais ágeis, mais eficazes e mais econômicos do que uma ação judicial¹¹⁵.

O Ministério Público tem evoluído muito no mundo, em especial no Brasil, nos últimos quinze anos, em resposta evidente às singulares exigências postas pela nossa realidade social. Percebe-se, claramente, o seu caminhar em distanciamento daquela figura de “advogado do Rei e do Estado”, preponderante num passado que não nos é muito distante.

Por essa razão, seria uma conquista se o Ministério Público português não mais ficasse encarregado da advocacia estatal¹¹⁶. Como se procurou demonstrar neste trabalho, a representação do Estado pela Instituição, que advém do modelo francês e foi assimilada por todas as ex-colônias lusitanas na África e na Ásia, possibilita ao Poder Executivo, através do Ministro da Justiça, transmitir, por intermédio do Procurador-Geral da República, instruções de ordem específica nas ações cíveis e nos procedimentos tendentes à composição extrajudicial de conflitos em que o Estado seja interessado, assim como autorizar o Ministério Público a confessar, transigir ou desistir nas ações cíveis em que o Estado seja parte.

Manter qualquer tipo de ingerência do Governo, mesmo nesses casos específicos, não é o melhor para a evolução da Instituição. Solução em curto prazo, nesse sentido, seria a criação de um corpo especializado de advogados estatais que ficassem encarregados da representação do Estado. E, destaque-se, essa criação

¹¹⁵ Em Portugal, o Procurador da República Luís Eloy Azevedo defende enfaticamente a atuação extrajudicial do Ministério Público afirmando que não se pode esquecer que “restringir a intervenção do Ministério Público ao processo judicial é reduzir a sua intervenção a uma parcela diminuta dos conflitos e a uma pequena parte dos litígios produzidos na sociedade, sendo que o processo de acesso à justiça, de que o Ministério Público é actor, não coincide forçosamente com o acesso ao processo oficial” (Cf. AZEVEDO, Luís Eloy. “Os interesses difusos no quadro da história do Ministério Público em Portugal”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 100, out.-dez./2004, 148-149).

¹¹⁶ É certo, porém, que se constata que o Ministério Público em Portugal possui elevada autonomia. Nesse sentido, repetimos que “o melhor atestado que pode exibir um Estado de Direito, para justificar a pertinência do qualificativo, é o grau de autonomia do seu Ministério Público” (Cf. SANTOS, António Almeida. “O Ministério Público num Estado de Direito Democrático”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 76, out.-dez./1998, 12), e é certo que “colocando, pois, o ‘termômetro’ da Justiça democrática no *parquet*, o atestado, no que toca a Portugal, é altamente positivo” (Cf. LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. “O Papel do Ministério Público, dentro do processo penal, à vista dos princípios constitucionais – Uma visão fundada no Direito Processual Penal português”. In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 93, jan.-mar./2003, 39). Mas, diante da necessidade das instituições evoluírem, importante seriam duas providências em Portugal: 1) que a advocacia estatal passasse a ser efetivada por um corpo específico de funcionários e não pelo Ministério Público; 2) que passasse a vigorar o princípio da independência funcional, em substituição ao vetusto princípio hierárquico.

poderia ser feita mesmo através de lei ordinária, pois, como mencionado, a Constituição portuguesa não atribui *exclusividade* ao Ministério Público nessa área.

O Ministério Público brasileiro é extremamente autônomo e independente. Seus membros, que ingressam na carreira através de concurso público de provas e títulos, gozam das mesmas garantias da magistratura. Trata-se de uma Instituição sem precedentes no mundo contemporâneo. O Constituinte de 1988 brindou o Ministério Público com prerrogativas pessoais em relação aos seus membros (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e garantias institucionais (funcional e administrativa), além de ter previsto no texto constitucional os princípios institucionais (unidade, indivisibilidade e independência funcional).

Outra questão digna de nota nesta conclusão refere-se ao *princípio hierárquico*, vigente no Ministério Público português. A *subordinação* dos magistrados do *Parquet* aos de grau superior e a conseqüente obrigação de acatamento por aqueles das diretivas, ordens e instruções recebidas podem representar, ao final, uma menor autonomia dos agentes ministeriais. Melhor seria que a hierarquia só existisse no aspecto administrativo e não no exercício das funções, como ocorre no Brasil, onde vige o princípio da independência funcional. Por isso os elogios advindos de Mauro Cappelletti ao Ministério Público brasileiro nos seguintes termos: “não vou falar deste país, porque verdadeiramente uma das coisas mais surpreendentes constatadas nesta minha visita é a característica única do Ministério Público brasileiro – normalmente, em todos os demais países que conheço, França, Alemanha, Itália etc., o Ministério Público (repito) tende a ser um organismo burocratizado, e portanto muito lento, sem motivação bastante para assumir outra e grave atribuição, sobretudo no penal como é essa dos novos conflitos mencionados no campo econômico e social”¹¹⁷.

De toda forma, a hierarquia não deve representar uma obediência cega dos membros de grau inferior às ordens superiores: deve sempre ocorrer uma obediência reflexiva e pensada.

A tendência de fortalecimento do Ministério Público tem encontrado apoio, inclusive, nos órgãos internacionais. Durante o IX Congresso das Nações Unidas Sobre Prevenção do Crime, ocorrida no Egito (Cairo), em 1995, foi recomendado “aos Estados membros que considerem a possibilidade de reforçar a função do Ministério Público, dotando-o de autonomia”¹¹⁸.

¹¹⁷ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. “Acesso à Justiça”. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. I, n.º 18, 1985, 8-26.

¹¹⁸ Baseado nessa resolução, o Presidente da França, M. Chirac, nomeou, no ano de 1997, uma comissão, para, dentre outras funções, analisar as conseqüências de um Ministério Público sem subordinação ao Ministério da Justiça e sem hierarquia (Cf. DI FREDERICO, Giuseppe. “La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad: Análisis de

Apesar da grande evolução do Ministério Público brasileiro, o país, atualmente, ainda se vê mergulhado em inúmeros problemas, que exigem uma postura mais acerbada do *Parquet*, em defesa da sociedade que o legitima. Todos estes problemas exigem a presença de alguém que defenda esta sociedade das variadas agressões que ela vem recebendo ultimamente.

O Ministério Público brasileiro nasceu, com a atual independência, autonomia e importância, primeiramente com a Lei Complementar n.º 40, de 24 de dezembro de 1981¹¹⁹. Posteriormente, a Constituição da República de 1988 enrijeceu o *Parquet*, dotando-o com o aspecto de garantia institucional, cujo núcleo essencial ficou intocável pela ação do legislador.

E esse surgimento robusto do Ministério Público brasileiro pode ser creditado pelo despertar de uma necessidade coletiva, que clamou por uma Instituição isenta da ingerência do poder político, que fosse estruturada de forma a combater a criminalidade e a crescente corrupção e lutar incansavelmente na busca de uma sociedade justa, solidária e fraterna.

Após longo período de censura política, cultural e ideológica, o povo brasileiro clamava por liberdade, igualdade e fraternidade, ideais que remontam à Revolução Francesa¹²⁰. Com o fim da ditadura, nasce um novo modelo constitucional de Ministério Público, no ano de 1988, justamente com a finalidade de consolidar a democracia outrora perdida e lutar pelos direitos da sociedade brasileira, que é tão multicultural e heterogênea.

Esse é o Ministério Público brasileiro. Decorridos mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição da República e registrados alguns episódios marcantes de corrupção, inclusive no mais alto escalão dos Poderes da República, que impregnaram a consciência da nação, é forçoso reconhecer que o *Parquet* ajudou a consolidar o novo Estado de Direito Democrático brasileiro pós-ditadura.

un caso anómalo desde una perspectiva comparada". In: *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n.º 48, 1997, 18-19). Não obstante, a *Commission de réflexion sur la justice* concluiu que "la política judicial de la Nación debe de ser responsabilidad del Gobierno en la persona del Ministro de Justicia y que por esta razón se ha pronunciado de forma negativa sobre la autonomía total del fiscal (...)" (*op. cit.*, 19). Lamentavelmente, a França perdeu uma grande oportunidade para alavancar o seu Ministério Público, afastando-o definitivamente da nefasta ingerência do Executivo.

¹¹⁹ A primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, hoje sucedida pela Lei Federal n.º 8.625/1993, que surgiu com a redemocratização do Estado brasileiro.

¹²⁰ Nesse sentido, aliás, podemos afirmar, na esteira de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, citando Paulo Salvador Frontini, que "o Ministério Público é filho da democracia clássica e do Estado de Direito, nascidos da Revolução Francesa de 1789, que, abolindo o Estado Autoritário do *Ancien Régime*, instituiu uma nova ordem, baseada no respeito à lei, como expressão da vontade geral (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, 995).

No entanto, muito ainda há a ser feito, diante da grave desigualdade social brasileira. E, de fato, a contribuição do Ministério Público brasileiro será decisiva¹²¹.

Com o fortalecimento do Ministério Público no Brasil e em Portugal, ajudar-se-á a manter a Democracia, o Império da lei, a dignidade da pessoa humana; a diminuir a corrupção e as desigualdades sociais; a garantir o acesso de todos à Justiça; a, enfim, fazer com que a sociedade seja livre, justa e solidária. Essa a importância do Ministério Público no regime Republicano Democrático.

¹²¹ Como indicou Vidal Nunes Jr., “pode-se dizer, em linhas gerais, que o Ministério Público deve orientar sua atuação para o equacionamento de três demandas básicas: inclusão social, ética nas relações públicas e melhoria na qualidade de vida” (Cf. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. “O Ministério Público e a concretização do princípio da dignidade humana”. In: *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. Obra coletiva. Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva – Orgs. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 280).

Breves considerações sobre o Direito à Proteção da Saúde

DR. TIAGO VIANA BARRA

SUMÁRIO: § 1 – *Introdução*. § 2 – *História do Direito à Proteção da Saúde*: 1. *Aspetos Gerais*; 2. *O Serviço Nacional de Saúde em Portugal*. § 3 – *O Direito à Proteção da Saúde na Perspetiva do Acesso ao Serviço Nacional de Saúde*: 1. *O Conceito de Saúde*; 2. *A Natureza Jurídica da Prestação de Cuidados de Saúde*; 3. *A Situação dos Estrangeiros em Situação Irregular*; 4. *Discriminação Social e Discriminação Jurídica*. § 4 – *O Direito à Proteção da Saúde na Perspetiva da Distribuição Equitativa de Recursos e Distribuição dos Serviços Comerciais de Saúde*: 1. *Os Grupos Prioritários de Vacinação contra a Infecção do Vírus da Gripe Pandémica (H1N1)*; 2. *Perspetiva Nacional e Internacional*; 3. *O Caso Pischon e Sajous Vs. França (TEDH – 02/10/2001)*. § 5 – *Conclusão*.

§ 1. **Introdução***

Escolhemos este tema, que julgamos atual e interessante, com vista a afirmar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da igualdade,

* Abreviaturas mais utilizadas: CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem; CEDM – Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (publicada na I.ª série do Diário da República Portuguesa, pela Lei n.º 23/80, de 26 de Julho); CLC – Código do Consumidor francês (*Code de la Consommation* – Loi n. 93.949, du 26 juillet 1993); CRP – Constituição da República Portuguesa; CSER – Carta Social Europeia Revista; DDHC – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) *Os Princípios da Igualdade, Universalidade e Generalidade do Serviço Nacional de Saúde*; ERS – Entidade Reguladora da Saúde; ESNS – Estatuto do Serviço Nacional de Saúde (Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro, com as diversas alterações introduzidas posteriormente); EJHL – *European Journal of Health Law*; FCG – Fundação Calouste Gulbenkian; LBS – Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro); OMS – Organização Mundial de Saúde; PNC – Plano Nacional de Contingência; reimp. – reimpressão; RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; RPDS – Revista Portuguesa de Direito da Saúde; SEF – Serviço de Estrangeiros e Fronteira; SLS – Sistemas Locais de Saúde; SNS – Sistema Nacional de Saúde; TC – Tribunal Constitucional; TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; trad. – tradução; UE – União Europeia; VIH – *Vírus da Imunodeficiência* (vírus da sida).

universalidade e generalidade como limites à margem de livre apreciação da Administração da Saúde. Esta é, indubitavelmente, uma área muito sensível, na qual os utentes nos surgem como doentes, numa posição de particular fragilidade. Além de ser uma área em que a proclamação dos direitos fundamentais dos indivíduos e a sua defesa se impõe com especial acuidade.

O estudo e a compreensão de qualquer ramo do Direito, referimo-nos, em especial, ao Direito da Saúde, implica que se perca um momento para aprofundar a origem da sua afirmação histórica, a evolução e as preocupações sociais a par do crescimento da intervenção do Poder Público. Foi isso que se procurou atingir no capítulo § 2. com o aprofundamento dos antecedentes históricos do Direito da Saúde e do Serviço Nacional de Saúde em Portugal.

A transversalidade e especificidades da temática objeto do presente estudo, no que ao direito à proteção da saúde diz respeito, justificaria a escolha de um tema que permitisse compreender os alicerces do sistema de saúde, designadamente no que se refere ao complexo das normas que dele fazem parte e que direta ou indiretamente tutelam os interesses dos cidadãos que num determinado momento da sua vida se qualificam como pacientes necessitando de cuidados de saúde.

Todavia, aprofundado o domínio do Direito da Saúde, é possível vislumbrar uma tendência do legislador em “agrupar” os destinatários do direito à prestação da saúde, como se ficcionasse uma redução tendencial de categorias de cidadãos (p. ex. grupos-alvo para a vacinação contra a infeção do vírus da gripe; grupos de carenciados isentos do pagamento das taxas moderadoras; grupos de beneficiários que integram o sistema nacional de saúde).

Neste contexto, a catalogação social obriga a perceber a diferença, no sentido de identificar os obstáculos que surjam no caminho lógico da prossecução da discriminação positiva do tratamento igual do que é igual, ou do tratamento diferente daquilo que é diferente. Foi isso que tentámos fazer recorrendo à ideia de identidade logo na introdução deste trabalho, tentando demonstrar como o enquadramento do indivíduo em diferentes categorias funcionais facilita a necessária diferenciação de situações sociais.

O estudo é, pois, não só de Direito Constitucional, como de Direito Administrativo, em especial do Direito da Saúde, mas também de Direitos Fundamentais e de consulta aos instrumentos legais do Direito Internacional Público como sejam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), a Carta Social Europeia Revista (CSER), e, no Direito Comunitário, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

A motivação inicial deste impulso de apresentar a discussão do presente tema foi, efetivamente, a da constatação que os direitos dos cidadãos necessitados de cuidados de saúde têm vindo a ser, embora de modo fragmentário, consagrados.

Porém, essa consagração carece de enquadramento dogmático e análise discursiva, de modo que a afirmação dos referidos direitos se concretize sem discriminações na vivência quotidiana de todos, conhecendo cada um de nós, com clareza e em consciência, os nossos direitos e deveres, bem como os do nosso “vizinho” do lado, seja ele imigrante ou nacional do Estado Português. Esta fórmula contribuirá para que todos possamos beneficiar da melhoria da saúde nas populações.

Deste modo, escolhemos como paradigmas do direito à proteção da saúde, o acesso ao Serviço Nacional de Saúde, a distribuição equitativa de recursos e a utilização dos serviços comerciais de saúde. No capítulo § 3. tratamos da questão do acesso ao Serviço Nacional de Saúde contextualizando os direitos e deveres do doente, as discriminações positivas e negativas que se colocam aos beneficiários do Sistema Nacional de Saúde ou aos estrangeiros que, no limite, podem ser excluídos do direito à proteção da Saúde.

Esta opção teve em linha de conta as limitações introduzidas ao princípio da titularidade comum dos direitos, por razões ligadas à condição de estrangeiro, na medida em que certas disposições legais que determinam a aquisição do cartão de utente por parte de estrangeiros – em processo de legalização no nosso país – possam constituir restrições em matéria de titularidade e exercício de direitos fundamentais.

O propósito deste trabalho, com os seus inevitáveis erros e incompleições, é prover para a construção de um sistema que tutele de forma igual os interesses daqueles que recorrem aos estabelecimentos de saúde, com vista à prevenção ou tratamento da doença ou à promoção da saúde, ou tão simplesmente, em tantos casos, com vista à manutenção da vida ou à preservação da integridade física.

Por esta razão, a referência à situação de estrangeiros em situação irregular assim como o tratamento do princípio da discriminação social e jurídica estiveram presentes na elaboração deste trabalho.

Por último, o capítulo § 4. deste trabalho foi dedicado à perspetiva portuguesa e estrangeira da proteção da Saúde. Este assunto ganha tanto ou mais relevo devido a dois tipos de abordagem. Em primeiro lugar, o caso prático da implementação portuguesa dos grupos prioritários de vacinação contra a infeção do vírus da gripe pandémica (H1N1), na medida em que possa prejudicar a distribuição equitativa de recursos.

Em segundo lugar, a perspetiva internacional sobre a proteção da Saúde em torno da utilização dos serviços comerciais de saúde, tendo em vista um caso de recusa de venda de produtos farmacêuticos que “agitou” a jurisprudência francesa, levando o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em última instância, a considerar que existiu uma discriminação no acesso à Saúde (*Pichon e Sajous vs França*). Importa, portanto, cada vez mais, precisar e concretizar estas questões, de modo que não surjam situações de exclusão do direito à proteção da Saúde, previsto no artigo 64.º, da CRP.

O Direito da Saúde não se reconduz mais a uma proteção aos cuidados de saúde do indivíduo contra o Estado autoritário enquanto modelo de direito fundamental de primeira geração.

Na realidade, os direitos individuais consagrados no artigo 64.º refletem hoje uma componente sócio-económica que remete para direitos fundamentais de gerações posteriores.

Assim, o trabalho, a alimentação, a habitação, a segurança no emprego e o ambiente, são condições determinantes para a Saúde moderna dos cidadãos e configuram, em simultâneo, direitos e deveres económicos e sociais da Constituição¹.

O direito à Saúde enfrenta duas perspetivas: a primeira diz respeito ao acesso ao Serviço Nacional de Saúde enquanto realização do direito à proteção da Saúde²; a segunda à da distribuição equitativa de recursos e utilização dos serviços comerciais de saúde é uma tarefa prioritária do Estado como garante do direito à prestação da saúde dos cidadãos³.

Com efeito, tratamos no capítulo § 3 do acesso ao Serviço Nacional de Saúde, destacando a situação dos cidadãos estrangeiros que se encontram em situação irregular no território português e têm de suportar os respetivos encargos, a título principal, ou subsidiário (direito de regresso ao Estado sempre que este o tenha socorrido em situações iminentes de perigo para a vida).

Quando o legislador regula o acesso dos cidadãos à proteção da Saúde – no domínio do Direito da Saúde – visando a distribuição equitativa de recursos, normalmente “deixa-se tentar” pela anulação da diferença através da redução tendencial à categoria de uma aparência (p. ex. grupos-alvo para a vacinação contra a gripe pandémica (H1N1)⁴, grupos de carenciados ou desfavorecidos isentos do pagamento das taxas moderadoras⁵ ou, grupos de beneficiários que integram o Serviço Nacional de Saúde⁶).

No entanto, esta redução não é possível nem desejável pelos próprios interesses conflitantes, quer se tratem de grupos etnoculturais ou de grupos por

¹ Vide artigo 58.º (Direito ao trabalho); artigo 59.º (Direitos dos trabalhadores); artigo 65.º (Habitação); artigo 66.º (Ambiente).

² V. artigo 64.º, n.º 2, al. a) em GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 64.º, p. 823.

³ V. artigo 64.º, n.º 3., als. a) e e) em GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., 832.

⁴ Circular Normativa n.º 17/DSPCD, de 14 de outubro de 2009, da Direção-Geral da Saúde, emitida no quadro da campanha de vacinação contra a infeção pelo vírus da gripe pandémica (H1N1) 2009.

⁵ A expressão “grupos de carenciados ou desfavorecidos” é a que consta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 173/2003, de 1 de agosto; que estabelece a lista de isenções a uma categoria de pessoas, p. ex. grávidas, crianças, pensionistas, etc. (V. artigo 2.º).

⁶ Os sujeitos que podem ser beneficiários do Serviço Nacional de Saúde são todos aqueles que preenchem os requisitos da Base XXV, da LBS.

referência ao género. Daí esta exigência de elaborar um novo estatuto, eminentemente paradoxal, na medida em que não se inscreve a diferença no ser, nem rigorosamente na aparência, nem na profundidade dos seres, nem simplesmente na sua superfície: a complexidade da questão é manifestamente ainda demasiado grande, hoje, não sem precisar todavia, uma das pistas possíveis para prosseguir a questão da diferença para o registo prático.

Infelizmente parece que se assiste atualmente a um retrocesso em termos da consagração do princípio da Igualdade e de outros direitos fundamentais. Efetivamente afigura-se que nos encontramos em vias de reinscrever as diferenças e as desigualdades anteriores ao salto civilizacional que representou para a humanidade a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ora, todas as identidades possuem uma dimensão pessoal com manifestações social ou moralmente importantes.

Como tratar a diferença? O critério a adotar não pode ser o da maioria prevalecer sobre a minoria e muito menos se pretende estabelecer um princípio de discriminação seja qual for o género humano que esteja em discussão: ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou nacionalidade, raça, orientação sexual⁷.

De facto, se vivemos a passagem do regime da similitude ao regime da equivalência, é efetivamente em termos de valor ou de validade, e já não de aparência ou de realidade, que se nos põe a questão de saber que fazer das diferenças realmente fundadas (na natureza ou na história) que parecem subsistir entre os seres humanos. Em que condições atribuir a esta diferenciação um valor a cujo reconhecimento poderia então corresponder um direito a fazer-se valer como tal? Em que casos responder positivamente, e em que casos responder negativamente a esta questão de validade dos diferentes?

Charles Taylor distingue identidades pessoais e identidades coletivas. Enquanto as primeiras têm um carácter individual que não se reconduz a qualquer tipo social; as segundas integram categorias sociais⁸.

⁷ Na medida em que o princípio constitucional da igualdade não permite que alguém possa ser “privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever” por qualquer um dos géneros humanos apontados. Cfr. artigo 13, n.º 2, da CRP.

⁸ Os exemplos de identidades pessoais dados por CHARLES TAYLOR são a inteligência, a perspicácia e a coibiça. Já as identidades coletivas são a religião, o sexo, a etnicidade, a raça e a sexualidade (p. ex., com alguma frequência nos referimos a grupos de negros (raça), homossexuais (sexualidade), mulheres (sexo), cristãos (religião) mas já não a grupos de espertos, perspicazes ou charmosos). CHARLES TAYLOR, *Multiculturalismo*, Anthony Appiah, JÜRGEN HABERMAS, Steven C. Rockefeller, MICHAEL WALZER, Susan Wolf, Lisboa: Coleção de Epistemologia e Sociedade – Instituto Piaget, 2009, 166-168.

Em nossa opinião, esta proposta de distinção permite reagrupar com melhor clareza as categorias de pessoas que foram já classificadas por ordem de prioridade na distribuição de recursos, conforme tentaremos demonstrar no capítulo § 4.

§ 2. História do Direito à Proteção da Saúde

1. *Aspetos gerais*

O período que vai de cerca de 1500 até ao séc. XIX retrata novas tendências na maneira de pensar e de viver a Saúde por parte de alguns autores mais esclarecidos⁹ que se começam a preocupar com o estudo de esquemas de saúde, mas as medidas e programas de saúde pública levariam séculos a passar à ação, uma vez que se baseavam em conhecimentos pouco precisos ou eram desprovidos de informação real¹⁰.

A origem remota das prestações da Saúde está na criação de sistemas de Segurança Social no séc. XIX, os quais permitiram que os cuidados de saúde fossem garantidos por seguros sociais públicos e obrigatórios.

Foi na Alemanha, de 1881 a 1884, que a previdência, se tornou, gradualmente, sujeita a regulamentação.

A Alemanha iniciou a previdência para os trabalhadores, sob moldes compulsivos, estabelecidos e controlados pelo Estado.

O Chanceler Otto Von Bismark introduziu a Lei de 1889 que estabelecia a reforma para os trabalhadores alemães dos setores agrícola, industrial e do comércio a partir dos setenta anos de idade. Este sistema era baseado nas quotizações dos trabalhadores, nas contribuições dos empregadores e na capitalização das receitas. Era então concedido um subsídio estadual aos pensionistas cujas quotizações não atingissem o nível mínimo de reforma.

⁹ Segundo GONÇALVES FERREIRA, T. More, S. Vicente de Paulo, Leibnitz e Malthus empenharam-se na constituição de um modelo de saúde pública. GONÇALVES FERREIRA, *Moderna Saúde Pública*, 2.^a ed., FCG, 1982, 22.

¹⁰ Desde os primórdios da vida em sociedade que a saúde é uma preocupação da comunidade. Nas sociedades antigas, a doença era atribuída à revolta dos deuses e a maus espíritos, pelo que a preocupação da comunidade com a saúde, associada à crença e à superstição, conduziram ao desenvolvimento de cultos e rituais que, para preservar a saúde do grupo, visavam exorcizar o mal do inferno. CARLA AMADO GOMES, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual – Casos de vida de um médico de saúde pública* – ed. da AAFDL, Lisboa, 1999, 5; Também GOUVEIA PEREIRA descreve na sua obra o desenvolvimento de cultos curativos a par de práticas religiosas e identifica a figura de certas categorias sociais em organizações tribais, como o feiticeiro, o curandeiro, o sacerdote. GOUVEIA PEREIRA, *Saúde in Polis*, V, Lisboa, 1987, 611-612.

No entanto, tratava-se somente de um sistema de solidariedade individual e profissional, pelo que faltaria atingir o objetivo de um sistema de solidariedade nacional.

O conceito de Segurança Social correspondente a um sistema de realização de um programa de bem comum, por meio de medidas que permitissem, a qualquer pessoa, ter assegurado um padrão mínimo de nível de vida, ocorreu só no início da Segunda Grande Guerra, na medida em que alguns estados começaram a elaborar planos de proteção social da população inteira, que englobariam a assistência e a previdência e estabeleceriam as novas bases, sob a forma de regalias ou direitos, de um certo número de benefícios considerados fundamentais.¹¹

As leis sobre o seguro obrigatório contra os acidentes de trabalho, velhice e invalidez foram conseguidas já no séc. XX¹², através de fórmulas de seguro contra o desemprego e, em alguns casos, contra a doença, alargando um pouco mais o âmbito da previdência. Estas tarefas ficaram a cargo do Estado, de companhias de seguros e associações de previdência¹³.

O sistema de saúde autónomo assente em esquemas de financiamento públicos ancorados no sistema fiscal geral aparece com o modelo *Beveridge* que se baseia no relatório de 1942 que lhe havia sido encomendado por *Winston Churchill* e que propõe um sistema de pensões universal baseado em contribuições de taxa não progressiva com direito a uma pensão mínima¹⁴.

Este relatório foi um impulsionador do Estado compensador e interventor mas, ao mesmo tempo, de um Estado promotor de uma certa paz social, de níveis acentuados de controlo social. A aceitação das desigualdades passou a resultar cada vez menos de uma certa “naturalidade” ou “predestinação” (até então consolidada como fator explicativo) e passou a significar um motivo de intervenção e de ação concreta junto dos fatores de vulnerabilização e das realidades sociais que os propiciam.

¹¹ GONÇALVES FERREIRA, *Moderna Saúde Pública*, cit., 51.

¹² No século XX o fenómeno constitucional iria sofrer vicissitudes decisivas: generalizar-se-ia, universalizar-se-ia; e, simultaneamente, perderia a sua referência a um conteúdo liberal. Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 17; GEORGES BURDEAU, *Une Survivance: la notion de Constitution*, in *L'évolution du Droit Public – Études en l'Honneur d'Achille Mestre*, Paris, 1956, 59-60.

¹³ GONÇALVES FERREIRA, *Moderna Saúde Pública*, cit., 53.

¹⁴ Podemos distinguir dois tipos de sistema de saúde: um fundado no programa social de BISMARCK e outro no seguro nacional proposto por BEVERIDGE. Cfr. MARC DURIEZ, PIERRE-JEAN LANCY/DIANE LEQUET-SLAMA/SIMONE SANDIER, *Le Système de Santé en France*, 2.ème éd., Paris, 1999, 5.

2. O Serviço Nacional de Saúde em Portugal

Em Portugal, a organização dos serviços de saúde sofreu, através dos tempos, a influência de conceitos religiosos políticos e sociais de cada época e foi-se concretizando para dar resposta ao aparecimento de doenças. *Ricardo Jorge* inicia em 1899 a organização dos “*Serviços de Saúde e Beneficência Pública*” que entrou em vigor em 1903. A prestação de cuidados de saúde era então de índole privada, cabendo ao Estado apenas a assistência aos pobres.

A legislação vigente estabelecia a organização dos serviços prestadores de cuidados de saúde então existentes: Hospitais das Misericórdias, Estatais, Serviços Médico-Sociais, de Saúde Pública e Privados¹⁵.

Só em 1971, com a reforma do sistema de saúde e assistência (conhecida como “*a reforma de Gonçalves Ferreira*”), surge o primeiro esboço de um SNS. São explicitados certos princípios, como o reconhecimento do direito à saúde de todos os portugueses, cabendo ao Estado assegurar esse direito, através de uma política unitária de saúde da responsabilidade do Ministério da Saúde.

Outro princípio do SNS foi o da integração de todas as atividades de saúde e assistência, com vista a tirar melhor rendimento dos recursos utilizados, através da noção de planeamento central e descentralização na execução, dinamizando-se os serviços locais. Foi, no entanto, a partir de 1974 que a política de saúde em Portugal sofreu modificações radicais, tendo surgido condições políticas e sociais que permitiram a criação do SNS, através do qual o Estado asseguraria o direito à saúde (promoção, prevenção e vigilância) a todos os cidadãos. Em 1976, o “*despacho Arnault*” abriu o acesso aos postos de Previdência Social (mais tarde Segurança Social) a todos os cidadãos independentemente da sua capacidade contributiva.

O SNS apareceu em 1979 e está associado a um período histórico de democratização do país e de desenvolvimento de um sistema de proteção social para toda a população portuguesa¹⁶.

Nos anos 90 é aprovada a *Lei Orgânica do Ministério da Saúde* e é publicado o novo *Estatuto do Serviço Nacional de Saúde*,¹⁷ que tenta ultrapassar a dicotomia entre os cuidados de saúde primários e diferenciados, através da criação de unidades

¹⁵ Lei n.º 2011, de 2 de abril de 1946.

¹⁶ A Lei n.º 56/79, de 15 de setembro, cria o *Serviço Nacional de Saúde*, através do qual “o Estado assegura o direito à proteção da Saúde, nos termos da Constituição”. Esta Lei instituiu uma rede de órgãos e serviços prestadores de cuidados globais de saúde a toda a população, através da qual o Estado salvaguardava o direito à proteção da saúde.

¹⁷ V. Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de janeiro (com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 276-A/2007, de 31 de julho; 223/2004, de 3 de dezembro; 185/2002, de 20 de agosto; 68/2000, de 26 de abril; 157/99, de 10 de maio; 401/98, de 17 de dezembro; 97/98, de 18 de abril; 53/98, de 11 de março e 77/96, de 18 de junho).

integradas. As unidades integradas de saúde pretenderam viabilizar a articulação entre grupos personalizados de centros de saúde e hospitais. Procura-se uma gestão de recursos mais próxima dos destinatários.

Em 1999 foi estabelecido o regime dos Sistemas Locais de Saúde (SLS), que são um conjunto de recursos articulados na base da complementaridade e organizados segundo critérios geográfico-populacionais, os quais visam facilitar a participação social e, em conjunto com os centros de saúde e hospitais, promover a saúde e a racionalização da utilização dos recursos¹⁸.

É no prosseguimento desta linha de atuação que foram criados os Centros de Responsabilidade Integrada. Pretendeu-se que os CRI constituíssem verdadeiros órgãos de gestão intermédia, que, sem quebrar a unidade de conjunto, fossem dotados de poder decisório, de modo a desconcentrar a tomada de decisão¹⁹.

Entretanto, a aprovação do regime de gestão hospitalar introduziu modificações profundas na Lei de Bases da Saúde²⁰. Acolhe-se e define-se um novo modelo de gestão hospitalar, aplicável aos estabelecimentos hospitalares que integram a Rede de Prestação de Cuidados de Saúde e dá-se expressão institucional a modelos de gestão de tipo empresarial (EPE)²¹.

A reforma continuada do sistema de saúde e, como consequência, a estruturação do SNS têm de ser encaradas como um processo de aperfeiçoamento constante, de modo a acompanhar a evolução, necessidades e expectativas da comunidade da saúde²².

¹⁸ É estabelecido o regime dos SLS, através do Decreto-Lei n.º 156/99, de 10 de maio. Os SLS são constituídos pelos centros de saúde, hospitais e outros serviços e instituições, públicos e privados, com ou sem fins lucrativos, com intervenção, direta ou indireta, no domínio da saúde, numa determinada área geográfica de uma região de saúde.

¹⁹ O Decreto-Lei n.º 374/99, de 18 de setembro, cria os centros de responsabilidade integrados (CRI) nos hospitais do Serviço Nacional de Saúde. Os CRI constituem estruturas orgânicas de gestão intermédia, agrupando serviços e/ou unidades funcionais homogêneos e ou afins. A desconcentração da tomada de decisão, do planeamento e do controlo dos recursos visa introduzir a componente empresarial na gestão destas unidades. O objetivo consiste em aumentar a eficiência e melhorar a acessibilidade, mediante um maior envolvimento e responsabilização dos profissionais pela gestão dos recursos postos à sua disposição.

²⁰ V. Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro. A aprovação do novo regime de gestão hospitalar, pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro, introduz modificações profundas na Lei de Bases da Saúde.

²¹ O Decreto-Lei n.º 39/2002, de 26 de fevereiro, aprovou uma nova forma de designação dos órgãos de direção técnica dos estabelecimentos hospitalares e dos centros de saúde, alterando a composição dos conselhos técnicos dos hospitais e flexibilizado a contratação de bens e serviços pelos hospitais.

²² Sublinhe-se, a título exemplificativo, a *Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes*, publicada pela Direção-Geral da Saúde, em 26.01.2004, que se assume, no seu preâmbulo, como um instrumento de parceria na saúde, contribuindo para a dignificação dos doentes, o pleno respeito pela sua particular condição e humanização dos cuidados de saúde, caminho que os doentes, profissionais e comunidade devem percorrer lado a lado.

O SNS envolve todos os cuidados integrados de saúde, compreendendo a promoção e vigilância da saúde, a prevenção da doença, o diagnóstico e tratamento dos doentes e a reabilitação médica e social. Tem como objetivo a efetivação, por parte do Estado, da responsabilidade que lhe cabe na proteção da saúde individual e coletiva. Goza de autonomia administrativa e financeira, estrutura-se numa organização descentralizada e desconcentrada, compreendendo órgãos de âmbito central, regional e local, e dispõe de serviços prestadores de cuidados de saúde primários e serviços prestadores de cuidados de saúde diferenciados. É apoiado por atividades de ensino que visam a formação e aperfeiçoamento dos profissionais de saúde. O SNS tem a componente pública de prestação de cuidados de saúde e é o resultado da aplicação do direito que os cidadãos portugueses gozam sobre a proteção da Saúde²³. A manutenção e o desenvolvimento deste serviço é, assim, dever constitucional de qualquer governo, aliás um valor alto defendido hoje pela maioria das sociedades europeias.²⁴ Em Portugal, a Entidade Reguladora da Saúde (ERS) tem como objetivo “assegurar o direito de acesso universal e igual a todas as pessoas ao serviço público de saúde, tendo sido incumbida de promover a garantia do direito de acesso universal e equitativo aos serviços públicos de Saúde”²⁵.

§ 3. O direito à proteção da saúde na perspetiva do acesso ao Serviço Nacional de Saúde

1. O conceito de Saúde

Há quem se apoie na definição de Saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS)²⁶, já que a mesma coloca em evidência o caráter de indivisibilidade e

²³ V. artigo 64.º, da CRP.

²⁴ Segundo os ensinamentos de VASCO PEREIRA DA SILVA, quando o artigo 64.º, da CRP impõe a criação de um Serviço Nacional de Saúde como forma de realização do direito à Saúde não está a tomar partido quanto à configuração deste serviço, a qual cabe ao legislador ordinário. Significa isto que, a todo o tempo, pode ser alterada a opção por este ou aquele serviço nacional de saúde, desde que continue a existir um qualquer serviço (universal, geral e gratuito). VASCO PEREIRA DA SILVA, *Anotação ao Ac. n.º 39/84, do Tribunal Constitucional* (Serviço Nacional de Saúde – Normas Constitucionais Programáticas. Imposições Constitucionais. Inconstitucionalidade), *Revista O Direito*, anos 106.º-119.º, 1974/1987, 432-433.

²⁵ Cf. n.º 1, do artigo 25.º e n.º 2, do artigo 25.º; ambos do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de dezembro.

²⁶ A Saúde é definida no preâmbulo da OMS como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. Constituição da OMS, 2.º parágrafo preambular.

interdependência dos direitos humanos políticos, civis, económicos, sociais e culturais no domínio da Saúde²⁷.

Em contrapartida, porém, ao postular-se uma noção de Saúde que encerra também a exigência de bem-estar social, o conceito de Saúde da OMS resulta extremamente amplo, se não mesmo impraticável²⁸.

Assim, tendo em conta que o conceito de Saúde não traduz apenas o combate à doença, Gonçalves Ferreira definiu três planos para a Saúde²⁹ que podem ser compreendidos como o somatório das múltiplas atuações que são empreendidas para melhorar a Saúde, não apenas com a finalidade de curar os indivíduos atingidos, mas de eliminar as doenças que existem na humanidade.

Neste contexto, o direito à proteção da Saúde não se reconduz ao direito a cuidados de Saúde, uma vez que existe uma componente sócio-económica da promoção de condições que possibilitam a vida saudável que oferece algumas dificuldades de construção científica e dogmática³⁰.

Consequentemente, existem fatores determinantes para a saúde, enquanto dimensões de proteção jurídica do direito em apreço, como a alimentação e nutrição, a habitação, o acesso a água potável e às condições sanitárias adequadas, segurança no emprego, ambiente e, até, outras dimensões que não estão legalmente consagradas mas que são fundamentais à felicidade dos cidadãos³¹.

O plano de proteção dos direitos está marcado por uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana³², também ele objeto de consagração jurídica

²⁷ DANIEL TARANTOLA, *Building on the Synergy Between Health and Human Rights: A Global Perspective*, 2000, 1; ELISABETH KOCH, *Social Rights as Components in the Civil Right to Personal Liberty: Another Step Forward in the Integrated Human Rights Approach?* *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 20, n.º 1, 2002, 33.

²⁸ Em nossa opinião, é difícil de sustentar uma noção de saúde que assente na condição em que se encontra o organismo humano quando reage satisfatoriamente às condições do meio ambiente em que vive.

²⁹ Os três referidos planos foram o conhecimento das causas e mecanismos de aparecimento e evolução das doenças; a definição dos objetivos a atingir na luta contra a doença; a melhoria da saúde em cada comunidade humana; e, a escolha, montagem e aperfeiçoamento dos meios de ação que há necessidade de empregar. GONÇALVES FERREIRA, *Moderna Saúde Pública*, cit., 13 ss. ³⁰ Segundo JEAN-MICHEL FORGES, o direito à Saúde realiza-se através de diversas instituições e mecanismos que têm já a sua unidade no seio de outros ramos do Direito. JEAN-MICHEL FORGES, *Que Sais-je? Le Droit de la Santé*, 6.ª édition., Paris, Press Universitaires de France, 2006, 7.

³¹ Sobre as dimensões que não estão legalmente consagradas, PAUL LAFARGUE ensaia algumas manifestações de carácter cultural: “Em regime de preguiça, para matar o tempo que nos vai matando segundo a segundo, haverá espetáculos e representações teatrais sem fim; aqui está um trabalho bem achado para os nossos burgueses legisladores”. PAUL LAFARGUE, *O Direito à Preguiça*, cap. 4., Para novas modas, novas canções, Porto: Instantes de Leitura, 2002, 57-58.

³² Vide PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I – Identidade Constitucional – Coimbra: Livraria Almedina, 2010, 40.

autónoma³³. Neste sentido, a promoção das condicionantes sociais da Saúde pode ser alicerçada no plano dos direitos humanos, em distintas normas e não apenas as que consagram o direito à Saúde³⁴.

O direito à Saúde previsto no artigo 64.º assegura um direito para cada pessoa mas com uma dupla faceta, positiva e negativa³⁵. A vertente positiva implica que o cidadão tenha um comportamento ativo de preservação da saúde, ou seja, o Estado impõe ao cidadão a obrigação de, por força da sua inserção na comunidade, tudo fazer para preservar o bom estado sanitário geral (mas não lhe impõe a obrigação de se manter, a si próprio, de boa saúde). A vertente negativa permite ao cidadão exigir do Estado e demais entidades públicas que se abstenham de práticas potencial ou atualmente lesivas da sua saúde.³⁶ Como refere Maria João Estorninho, não é admissível nos nossos dias conceber a relação jurídica que se estabelece entre os pacientes e o estabelecimento público de saúde como uma relação especial de poder, em nome da qual seriam justificadas limitações aos direitos fundamentais daqueles³⁷.

2. *A natureza jurídica da prestação de cuidados de saúde*

A LBS utiliza os termos utente e beneficiário em diferentes momentos. Mas estes não se confundem. Quando a LBS declara que o SNS se caracteriza por

³³ No epicentro dos direitos sociais reside o direito a um nível de vida adequado, enquanto premissa de um princípio mais geral da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, da CRP).

³⁴ Neste sentido, como afirma MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, o critério da atribuição de cuidados de saúde não pode consistir simplesmente na necessidade, mas atingir um nível mínimo que seja compatível com a dignidade da pessoa. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Direitos e deveres dos utentes do serviço nacional de saúde*, Separata da RFDUL, vol. XLIX – n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2008, 115.

³⁵ No mesmo sentido, VICENTO AMATO, *Commentario dell'Articolo 32, II.º Comma* – in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca* – Bolonha: 1979, 168 ss.; 175 ss.; da mesma autora, *Tutela della Salute e Libertà Individuale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, Fsc. XII, 2462 ss., 2471).

³⁶ Sobre a vertente negativa do direito à Saúde, deve salientar-se que o princípio da legalidade é o fundamento e o limite da atividade administrativa e o esteio de todas as ações, jurídicas e materiais. Isto significa que a atuação das autoridades de polícia sanitária, deve atender, em primeiro lugar, ao seu fundamento legal. O sistema jurídico espanhol apresenta uma solução idêntica, prevendo o reconhecimento, tratamento e internamento hospitalar, nos casos de perigo para a saúde pública. JAVIER SÁNCHEZ CARO, *Reproducción Humana Asistida*, Protocolos de consentimiento informado de la sociedad española de fertilidad), Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Madrid: Editorial Comares, 2002, 3-7.

³⁷ O paciente mantém, mesmo na situação de internamento, os seus direitos fundamentais, sejam o direito à vida ou à integridade física, a liberdade religiosa ou o direito ao respeito pela dignidade da pessoa humana. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Organização Administrativa da Saúde*, Coimbra: Livraria Almedina, 2008, 61.

ser tendencialmente gratuito para os utentes, isso não significa que alargue este conceito a todos os cidadãos que beneficiam de cuidados de saúde. Desde logo porque, o ESNS³⁸ estabelece aos utentes não beneficiários a responsabilidade pelo pagamento dos encargos provenientes da prestação de cuidados de saúde no SNS, tendo em conta as suas condições económicas e sociais.

Existem barreiras associadas à organização e estrutura do SNS, a falta de meios pode condicionar a resposta às necessidades específicas dos utentes e a sua eficácia³⁹.

As infraestruturas dos serviços de saúde, nomeadamente as condições físicas e de atendimento, podem dificultar a sua utilização (outros fatores poderão influenciar a utilização do SNS pelos utentes, designadamente o tempo de espera, a distância e a disponibilidade de horários que oferecem os Centros de Saúde)⁴⁰.

O Estado Social desenvolveu uma área vocacionada para a realização de prestações destinadas a satisfazer direitos de ordem social, económica e cultural. Embora essas prestações possam assumir funções muito diversas, uma parte significativa constitui objeto de relações jurídicas de prestação de cuidados de saúde pelas unidades de saúde do SNS.

As relações de prestação de cuidados de saúde por estas unidades caracteriza-se pelo seu caráter não contratual. Como nos parece, não existe acordo de vontades no ato pelo qual o utente toma iniciativa de requerer uma consulta nos hospitais

³⁸ V. artigo 23.º, do cit. diploma legal.

³⁹ Como refere PAULO OTERO, a dignidade da pessoa humana exige do Estado o respeito pela vida e integridade física das pessoas, nessa medida, cremos que há uma obrigação geral de respeito que torna inadmissível qualquer modelo constitucional que permitisse a carência de condições de proteção da vida e integridade física dos utentes do SNS. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 2007, 18.

⁴⁰ Sobre esta questão, deve salientar-se a realização de um estudo pela *Entidade Reguladora da Saúde* tendo em vista elaborar um diagnóstico sobre o acesso aos cuidados de saúde primários prestados no SNS, com o objetivo de detetar os pontos sensíveis que geram as dificuldades de acesso nas suas diferentes componentes. Neste estudo, o acesso aos cuidados de saúde primários do SNS foi analisado segundo uma metodologia que consistiu na avaliação de barreiras que impedem a transformação completa da prestação de cuidados “potencial” em prestação de cuidados “realizada”. As barreiras ao acesso foram agrupadas em cinco dimensões: “proximidade, capacidade, adequabilidade, aceitabilidade e esforço financeiro”. A conclusão do estudo foi que “a maioria dos utentes está globalmente satisfeita com o acesso aos Centros de Saúde do SNS”, sem prejuízo de se terem detetado alguns aspetos menos positivos, como “a baixa percentagem de utentes que marcou a sua consulta e algum desconhecimento dos utentes relativamente ao funcionamento dos serviços dos Centros de Saúde”. Entidade Reguladora da Saúde – *Estudo de Acesso aos Cuidados de Saúde Primários do SNS* (disponível em Entidade Reguladora da Saúde [2009]<<http://www.ers.pt/atividades/pareceres-e-recomendacoes/ERS%20%20Estudo%20do%20Acesso%20aos%20Cuidados%20de%20Saude%20Primarios%20-%20Relatorio.pdf>>).

ou centros de saúde do SNS⁴¹, a que se seguirá uma decisão positiva ou negativa da Administração de Saúde⁴².

A situação do utente não pode ser derogada por acordo nem lhe poderão ser introduzidas discriminações positivas ou negativas, a não ser naqueles casos em que a lei, fundada em critérios materiais que lhe salvaguardam a constitucionalidade, assim o determine⁴³.

A relação jurídica de prestação de cuidados de saúde determina para o utente do SNS a aquisição de direitos e obrigações que resultem da sua situação estatutária, podendo outros direitos e obrigações ir-lhe sendo criados ao longo do desenrolar da relação com a Administração da Saúde⁴⁴.

Todavia, a bilateralidade desta relação jurídica não apresenta o sinalagma contratual que conhecemos de outros ramos do Direito, no sentido em que o utente não tem o poder de exigir a consulta X na hora Y, ou seja a prestação certa e determinada enquanto fonte de obrigações que conhecemos no Direito Civil⁴⁵. Mas será que os direitos do utente se esgotam no acesso ao SNS, tendo posteriormente a Administração da Saúde o poder de discricionariedade para agendar a utilização dos serviços? Essa é uma leitura possível quando ao utente apenas é atribuída a faculdade de receber ou recusar a prestação de cuidados proposta⁴⁶.

⁴¹ Em sentido diametralmente oposto, FREITAS DO AMARAL considera que ato criador da relação de utilização dos serviços públicos pelos particulares tem a natureza de contrato administrativo. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 3.ª ed. (4.º reimp.), Lisboa: Livraria Almedina, 2010, 630.

⁴² No sentido do poder decisório da administração ser vinculado, visto que o particular terá direito à consulta no qualidade de utente do SNS. SÉRVULO CORREIA, *As Relações Jurídicas de Prestação de Cuidados pelas Unidades de Saúde do Serviço Nacional de Saúde – em Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, 22-23.

⁴³ A situação do utente é livremente modificável, mas em termos gerais e não individualizados, por lei, regulamento ou ato administrativo dotado de habilitação normativa.

⁴⁴ Em razão da proteção constitucional conferida à saúde, temos que admitir a vinculação à proteção deste direito sem necessidade de interposição legislativa. Ainda que se admita que tal afirmação valha apenas para o conteúdo mínimo do direito à Saúde, como direito à assistência médica, não podemos deixar de concluir pelo direito às prestações sociais da saúde. Neste sentido, ROBERT ALEXY desenvolve o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais sociais e analisa as objeções a este modelo. ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (trad. de *Theorie der Grundrechte* por Julian Rivers), Oxford University Press, 2004, 49.

⁴⁵ A este propósito, refira-se a proposta de ORLANDO DE CARVALHO para uma teoria civilística de intervenção nos interesses, concebendo o Direito como um «serviço da vida», decerto diferenciando de outros processos de adaptação ética, estética, técnica e política, mas não recluso em si mesmo como um saber especulativo. Esta teoria radica na pessoa, como algo de mais profundo e anterior à relação jurídica civil num esquema que se há de medir pela sua adequação às situações jurídicas reais (relações de crédito, de propriedade, de família, de sucessão), sabido, em resumo, que é a pessoa a raiz da teoria geral da relação jurídica civil. ORLANDO DE CARVALHO, *A Teoria Geral da Relação Jurídica* (seu sentido e limites), 2.ª ed., Centelha, 1981, 96-97.

⁴⁶ V. al. b), do n.º 1, da Base XIV, da LBS.

Contudo, seria pouco sensato que os direitos do utente se esgotassem no acesso, dado o imperativo constitucional de universalidade e generalidade da proteção da saúde, como vimos. Mas, pergunta-se: os três vetores constitucionais⁴⁷ da proteção da saúde são tidos em conta no acesso ao SNS ou, a partir do momento em que o utente se converte em beneficiário, essa generalização da proteção de cuidados de saúde deixa de ser prioritária?

O texto constitucional deixa este problema interpretativo quando se refere aos referidos vetores constitucionais no contexto do acesso ao SNS enquanto tarefa prioritária do Estado⁴⁸.

Falta saber se depois do ingresso no SNS, o cidadão beneficiário pode ter a expectativa jurídico-constitucional do Estado lhe assegurar a prestação de cuidados de saúde em condições de igualdade face aos demais utentes⁴⁹.

Não nos esqueçamos que, enquanto beneficiários do SNS, todos os cidadãos se encontram sujeitos a um período de tratamento médico, durante o qual “os utentes têm direito a ser tratados pelos meios adequados, humanamente e com prontidão, correção técnica, privacidade e respeito”⁵⁰.

Com efeito, este núcleo de direitos deve ser garantido pelos médicos no quadro de prerrogativas em que se encontram vinculados pelo seu estatuto deontológico profissional. Referimo-nos aos parâmetros de ordem médica utilizados pelos profissionais do ramo cujo domínio facilmente escaparia a qualquer leigo (*legis arte* ou regras técnicas).

O Estado não deve apenas garantir a igualdade e universalidade do acesso ao SNS, isto porque, no quadro da escassez de meios ao dispor, a eficácia do

⁴⁷ Referimo-nos aos três princípios fundamentais que se encontram plasmados no artigo 64.º, da CRP: princípio da Igualdade, n.º 1 “*Todos têm direito à proteção da Saúde (...)*” e, n.º 3, al. a) “*Garantir o acesso de todos os cidadãos (...)*”; princípios da Universalidade e Generalidade, cit. n.º e ainda, n.º 2, al. b) “*O direito à proteção da saúde é realizado através de um serviço nacional de saúde universal e geral*”.

⁴⁸ Segundo LUIS PEREIRA COUTINHO, o facto de não se encontrar a ideia presente no texto constitucional não retira o fundamento de validade da norma, pelo que o reconhecimento operativo relativamente a uma normatividade escrita é substancialmente idêntico ao reconhecimento operativo relativamente a uma normatividade não escrita, não devendo esta última ser irrelevada pelo facto de não se configurar como produto do exercício de um poder originário ou de um poder de revisão constitucional disciplinado por esse poder. LUIS PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral da Constituição* (Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional), Coimbra Editora, 2009, 605-606.

⁴⁹ Em nossa opinião, a tutela constitucional desta situação concreta não pode ser reduzida ao princípio geral da Igualdade (artigo 13.º, da CRP). Deste modo, teria sido de elementar bom senso que o legislador não deixasse dúvidas sobre a prossecução da Igualdade no acesso dos utentes ao SNS, desde que salvuardasse numa redação com os termos seguintes: incumbe prioritariamente ao Estado garantir o acesso de todos os cidadãos (“em condições de igualdade”). V. artigo 64.º, n.º 3, al. b), da CRP.

⁵⁰ Cfr. *Estatuto dos Utentes* previsto na al. c), do n.º 1, da Base XIV, da LBS.

serviço depende muito da oferta do tratamento médico que não discrimine os utentes⁵¹.

Por esta razão, reitera-se, a CRP poderia ter estabelecido que as tarefas prioritárias de proteção de cuidados de saúde em condições de igualdade, universalidade e generalidade, abrangem, principalmente, os utentes que já integram o SNS.

O Estado não goza de um poder ilimitado na definição da normatividade constitucional, antes se encontra vinculado a todo um conjunto de princípios fundamentais suprapositivos que, radicando numa consciência jurídica geral⁵² ao serviço da ordenação justa da sociedade e do homem, lhe são indisponíveis, pelo que, em caso de violação dos referidos princípios fundamentais, estaríamos perante a circunstância da denominada norma constitucional inconstitucional⁵³.

3. *Os estrangeiros em situação irregular*⁵⁴

A proibição da discriminação no acesso aos serviços de saúde repercute-se no acesso das minorias étnicas aos serviços, pois nela se consideram discriminatórias

⁵¹ Recentemente, o Tribunal de Contas elaborou um relatório de auditoria que analisou o acesso aos cuidados de saúde, tendo concluído que “não se conseguiu atingir, em pleno, os objetivos de universalidade e equidade no tratamento dos utentes do SNS”. Relatório de auditoria ao Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia (SGIC) – Relatório n.º 25/07 – 2.ª. S – Processo n.º 50/05 – AUDIT, Tribunal de Contas.

⁵² Sobre a consciência jurídica geral, enquanto síntese de princípios e valores que dão sentido ao Direito e determinam a validade do seu próprio conteúdo, Cf. CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito – Contributo para a Revisão do seu Problema* in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 65.

⁵³ OTTO BACHOF admite a hipótese de uma norma contida na Constituição material se tornar inconstitucional por entrar em contradição com outra norma constitucional de grau superior. Em nossa opinião seria esta a situação, caso se pretendesse interpretar o artigo 64.º restritivamente, i.e. no sentido de que as condições de igualdade, universalidade e generalidade não abrangeriam os utentes do SNS mas apenas as condições de acesso ao SNS. OTTO BACHOF, «*Normas Constitucionais Inconstitucionais?*» (trad. de *Verfassungswidrige verfassungsnormen?* e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa), Coimbra: Livraria Almedina, 2008, 53-54.

⁵⁴ Quando se refere à situação dos estrangeiros em Portugal e se apela ao reconhecimento de direitos conferidos aos cidadãos nacionais subentende-se que aqueles se encontram em Portugal e têm uma ligação que não é meramente esporádica ou fortuita, com o território e a comunidade nacional, na linha, aliás, com a posição do Tribunal Constitucional quando se pronunciou sobre o âmbito subjetivo da proteção conferida pelo artigo 15.º da CRP. Vide Ac. 365/00, do TC, publicado no Diário da República, Série I-A, de 15 de outubro de 1996. Este acórdão declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do artigo 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de dezembro, e do artigo 1.º, n.º 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 391/88, de 26 de outubro, na parte em que vedam o apoio judiciário, na forma de patrocínio judiciário, aos estrangeiros e apátridas que pretendam impugnar contenciosamente o ato administrativo que lhes negou asilo.

todas as ações ou omissões que em razão da pertença de qualquer pessoa a determinada raça, cor, nacionalidade ou origem étnica violem os princípios da igualdade⁵⁵.

No quadro do Direito da Saúde, os princípios da não discriminação e da igualdade de oportunidades são particularmente acentuados⁵⁶. A rede de cuidados de saúde deve, por conseguinte, poder ser acedida por todos, sem discriminações ilegítimas, tendo em conta a igualdade do tratamento de oportunidades no Direito da Saúde⁵⁷.

Ninguém se torna imigrante por vontade própria mas na maioria das vezes devido à procura por melhores condições de vida, pelo que se autocolocará em situação de minoria⁵⁸.

As migrações internacionais e a globalização têm permitido uma diversidade étnica, cultural, religiosa e linguística das comunidades⁵⁹. Esta é uma realidade que tende a multiplicar com o agravamento do fosso entre países ricos e pobres, desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, ainda, fruto de diferenças geográficas entre países⁶⁰.

Os princípios da igualdade e universalidade da CRP devem ser harmonizados com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), na estreita medida em que “todos os cidadãos devem ver assegurado o seu bem-estar quanto à assistência médica, serviços sociais necessários e segurança na doença, na inva-

⁵⁵ V. artigo 1.º, da Lei n.º 134/99, de 28 de agosto.

⁵⁶ A Lei n.º 134/99, de 28 de agosto, proíbe a discriminação no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica. Este diploma prevê um regime sancionatório relativamente à prática de atos discriminatórios, por pessoa singular ou pessoa coletiva de direito privado. Salvo melhor opinião, não é concebível o legislador ter deixado de fora as entidades públicas. Mesmo admitindo o pressuposto de que responderão em sede de responsabilidade civil pela prática de atos ilícitos (V. n.º 1, do artigo 4.º, da Lei 67/2007, de 31 de dezembro).

⁵⁷ Cf. CATARINA SAMPAIO VENTURA, *O Direito à Saúde Internacionalmente Conformado: uma Perspetiva de Direitos Humanos*, Lex Medicinæ, RPDS, ano 2, n.º 4, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 55.

⁵⁸ É sabido que o conceito de minoria tem sido intensamente discutido pela doutrina, nomeadamente no quadro do direito constitucional. ALESSANDRO PIZZORUSSO propõe-nos uma definição de minoria como conjunto de indivíduos que, no âmbito de uma determinada sociedade, constitui um grupo social distinto daquele que nela exerce um papel dominante e, de alguma forma, contraposto a tal grupo. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Minorance e Maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993, 46.

⁵⁹ O relatório de 2002 da *Comissão Europeia Contra o Racismo e a Intolerância* assinala, aliás, como um dos problemas mais prementes em Portugal a questão dos imigrantes, especialmente dos imigrantes ilegais carentes de legalização. O relatório encontra-se disponível no sítio da internet em www.coe.int/t/E/human_rights/ecri/.

⁶⁰ Segundo FREITAS DO AMARAL, entre outros fatores, existe uma influência do clima sobre o desenvolvimento de cada país, assim, o ar frio faz com que as fibras do corpo se aproximem, o que torna os homens mais fortes, confiantes e dinâmicos; já o ar quente relaxa e afasta as fibras umas das outras, o que torna os homens mais fracos, moles e passivos. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História das Ideias Políticas (apontamentos)*, vol. II, Lisboa: edição de Pedro Ferreira – artes gráficas, 1998, 28.

lidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”⁶¹.

Embora o direito à Saúde seja universal, as restrições impostas aos imigrantes em situação irregular podem revelar-se um constrangimento no acesso aos cuidados de saúde, nomeadamente em sede de prevenção, diagnóstico, tratamento e cuidados de saúde⁶².

Sem embargo da diversidade dos modelos nacionais existentes nos sistemas de saúde, o problema tem sido colocado em relação ao acesso aos cuidados de saúde por parte de cidadãos estrangeiros em situação irregular, que, como tal, não contribuem financeiramente para o sistema⁶³.

A rigidez de mecanismos jurídicos de legalização de estrangeiros em Portugal pode prejudicar imigrantes que se encontram em situação irregular. Tomemos o exemplo seguinte⁶⁴:

Um cidadão imigrante não detentor de cidadania da UE terá de ver o seu direito fundamental à saúde operar pelo artigo 15.º/1 (estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal), o que – ressalvados os casos em que haja convenções internacionais a disciplinar a entrada de cidadãos de determinados Estados em território nacional⁶⁵ – só será possível se a sua entrada em Portugal se realizou de acordo com os procedimentos legalmente previstos do regime de entrada, permanência e saída de estrangeiros em território nacional⁶⁶. O *Serviço*

⁶¹ V. artigo 16.º, n.º 2 CRP – artigo 25.º, da DUDH.

⁶² V. Despacho n.º 25360/2001, de 12 de dezembro (V. n.º 2: “para efeitos de obtenção do cartão de utente do SNS(...) deverão os cidadãos estrangeiros exhibir, perante os serviços de saúde da sua área de residência, o documento comprovativo da autorização de permanência ou de residência, ou visto de trabalho em território nacional”).

⁶³ Ficam excluídos desta situação todos os cidadãos estrangeiros que se encontrem em Portugal (de passagem) e/ou precisem de cuidados médicos numa situação emergente de Estado de necessidade. Nestas situações, os cidadãos estrangeiros terão uma obrigação de reembolso das despesas que foram efetuadas com os cuidados médicos urgentes (Direito de regresso do Estado). Existe na doutrina um entendimento pessimista sobre a possibilidade de tutela de qualquer ato que prejudique a saúde, na estreita medida em que o direito à saúde para imigrantes não seja considerado um direito com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA/JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa comentada – Introdução teórica e histórica, anotações, doutrina e jurisprudência, lei do tribunal constitucional*, Lisboa: Lex, 2000 (anotação ao artigo 64.º).

⁶⁴ Cf. CARLA AMADO GOMES, *Defesa da Saúde Pública vs. Liberdade Individual*, cit., 1999, 36–37.

⁶⁵ Cf. JORGE MIRANDA, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais [A condição de Estrangeiro]*, Cascais: Principia, 2005, 55.

⁶⁶ Em sentido diametralmente oposto, os constitucionalistas GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, entendem que os princípios basilares como o direito à vida e integridade pessoal se sobrepõem a esta situação, permitindo que qualquer estrangeiro que careça de cuidados médicos tenha acesso ao serviço nacional de saúde, mesmo que esteja em situação irregular e sem condições de

de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) é o organismo competente para autorizar a permanência de cidadãos estrangeiros no país⁶⁷.

O Tribunal Constitucional tem contribuído decisivamente para a densificação do âmbito do princípio da equiparação. Veja-se o Ac. n.º 345/02⁶⁸ que afirma que o substracto universalista inerente ao texto constitucional e ao princípio da equiparação permite que os estrangeiros e apátridas gozem dos mesmos direitos consignados no texto constitucional aos cidadãos nacionais. Estes direitos, segundo o Tribunal, “não são apenas os direitos fundamentais, os direitos, liberdades e garantias ou os direitos constitucionalmente garantidos, mas também os consignados aos cidadãos portugueses na lei ordinária” (Ac. n.º 72/02)⁶⁹.

A jurisprudência constitucional firmou, por outro lado, a ideia de que o princípio da equiparação de tratamento entre nacionais e estrangeiros tem um núcleo irreduzível e, se bem que o princípio seja suscetível de exceções a ditar pelo legislador (artigo 15.º, n.º2), não pode ser limitado ao ponto de desvirtuar o estatuto dos estrangeiros constitucionalmente fixado (artigo 15.º), o qual assenta na dignidade do homem como sujeito moral e de direitos enquanto cidadão do mundo. Assim, qualquer restrição nessa área – no núcleo irreduzível do princípio da equiparação – desde que ditada por lei ordinária, com base na distinção entre quem reside e quem não reside em Portugal, é inconstitucional (Ac. n.º 962/96⁷⁰ e Ac. n.º 365/00).

A dificuldade de obter proteção social e o custo associado pode ser um obstáculo para os imigrantes que tenham residência temporária em Portugal e pretendam ter acesso ao SNS.

suportar despesas com a prestação de cuidados de saúde. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª ed., 827. Salvo o devido respeito, a verdade é que não vislumbramos esta possibilidade *de iure constituto*. As situações mais flagrantes são as relacionadas com a matéria de saúde materno-infantil (acesso ao planeamento familiar, cuidados pré e pós natal, emergência obstétrica, cuidados de saúde dirigidos ao desenvolvimento da criança). Sobre esta matéria pronunciou-se o Provedor de Justiça no *Relatório à Assembleia da República*, 2001, Lisboa: Provedoria de Justiça, 2003, 350 e 391-393.

⁶⁷ V. artigo 18.º, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de agosto, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de fevereiro.

⁶⁸ Publicado no Diário da República, Série I-A, de 10 de outubro de 2002. Declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma contida na al. a), do n.º 1, do artigo 22.º, do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo artigo 1.º, do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de abril.

⁶⁹ Publicado no Diário da República, Série I-A, de 14 de março de 2002. Declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma do artigo 82.º, n.º 1, al. d), do Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de setembro (Estatuto da Aposentação).

⁷⁰ Sobre a publicação do Ac. n.º 365/00. Ver nota-de-pé 59.

Neste contexto, resulta não serem beneficiários do SNS, entre outros, os cidadãos estrangeiros que se encontrem em Portugal em situação irregular. Através de *Despacho*⁷¹, veio o Ministro da Saúde esclarecer os termos do relacionamento dos cidadãos estrangeiros com o SNS, garantindo o acesso aos respetivos serviços e estabelecimentos, desde que comprovem, mediante atestado a emitir pelas juntas de freguesia, que se encontram em Portugal há mais de 90 dias, podendo ser cobradas as despesas efetuadas, excetuando a prestação de cuidados de saúde em situações que ponham em perigo a saúde pública, de acordo com as tabelas em vigor, atentas as circunstâncias do caso concreto, nomeadamente no que concerne à situação económica e social da pessoa, a aferir pelos serviços da segurança social⁷².

Como foi referido, todos os cidadãos estrangeiros que se encontram em situação irregular no território têm de suportar os respetivos encargos⁷³, o que constitui uma discriminação face aos cidadãos portugueses e/ou estrangeiros regularizados. Nos últimos anos têm sido dados alguns passos, ainda que “tímidos”, para inverter esta situação⁷⁴.

“Todos os direitos humanos são de todos” – este brocardo repousa sobre o carácter universal dos direitos humanos.

Será esse também, *prima facie*, o sentido das normas que reconhecem o direito à saúde, enunciando-o como um direito de todas as pessoas. Acresce que estas normas denotam, outrossim, a atenção à assistência médica devida a pessoas carecidas de recursos, num quadro de prestações sociais, de que é exemplo a autonomização, na Carta Social Europeia Revista, a par do direito à proteção da saúde, do direito à assistência médica⁷⁵.

⁷¹ Despacho n.º 25360/2001, de 16 de dezembro de 2001, publicado no Diário da República, II.ª Série, n.º 286, de 12 de dezembro de 2001, 20597-20598.

⁷² V. n.ºs 4 e 5, do cit. Despacho.

⁷³ Salvo o caso das crianças estrangeiras que se encontrem em Portugal em situação irregular, uma vez que foi acautelada pelo Decreto-Lei n.º 67/2004, de 25 de março, que cria, sob alçada do Alto-Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, um registo nacional de menores estrangeiros naquela situação, com vista a assegurar, entre outros, o seu direito de acesso aos cuidados de saúde, em igualdade de tratamento às crianças estrangeiras em situação regular. V., por último, a Portaria n.º 995/2004, de 9 de agosto, que aprova a regulamentação deste registo nacional.

⁷⁴ Resolução de Conselho de Ministros que estabelece como “objetivo para o próximo triénio, garantir o acesso à saúde de cidadãos estrangeiros em situação irregular, através da sua integração no SNS com a apresentação de credencial a emitir pelo AICIDI, IP., em alternativa ao atestado de residência emitido pelas Juntas de Freguesia”. Resolução de Conselho de Ministros n.º 63-A/2007, de 3 de maio, publicada no DR, I.ª Série, n.º 85, 2964 (6).

⁷⁵ V. artigos 11.º e 13.º, da CSER, publicada na I.ª Série, do Diário da República n.º 241, de 17 de outubro de 2001, que visa assegurar que toda a pessoa carenciada que não disponha de recursos suficientes e que não esteja em condições de os obter pelos seus próprios meios ou de os receber de outra fonte, designadamente através de um regime de segurança social, possa, em caso de doença, obter os cuidados necessários ao seu estado de saúde.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) regula o acesso à saúde numa lógica de medicina preventiva: “Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos”⁷⁶.

A CRP reconhece a todos o direito à proteção da saúde cuja realização se alicerça num SNS universal, geral e tendencialmente gratuito. Este princípio da universalidade vem concretizado na LBS onde o SNS aparece como universal quanto à população abrangida e se determina o âmbito subjetivo dos beneficiários do SNS,⁷⁷ o que releva, desde logo, para efeitos do suporte público dos encargos decorrentes dos cuidados de saúde prestados no âmbito daquele serviço⁷⁸.

Se entendermos o Direito da Saúde vigente como prática social institucionalizada em que é possível o conhecimento do Direito sem aceitação das valorações nele plasmadas, então poderemos compreender melhor as soluções oferecidas pelo legislador aos utentes do SNS⁷⁹.

O direito português vigente prevê que todos os cidadãos estrangeiros podem aceder ao SNS mas depois impõe limites, como se referiu, para os cidadãos em situação irregular. Esta situação faz derivar o plano da titularidade dos direitos para o das condições de exercício respetivo⁸⁰.

⁷⁶ V. artigo 35.º, da CDFUE, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º C, de 14 de dezembro de 2007, 1; que se baseia no artigo 152.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, agora substituído pelo artigo 168.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e nos artigos 11.º e 13.º, da CSER.

⁷⁷ V. al. a), das Bases XXIV e XXV, da Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro.

⁷⁸ A este propósito veja-se os ensinamentos de MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, segundo o qual, a saúde não é uma opção individual na medida em que se trate de um valor reconhecido como fundamental por uma determinada comunidade política, como acontece em Portugal justamente através da Constituição. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Direitos e deveres dos utentes do serviço nacional de saúde cit.*, 115.

⁷⁹ A teoria analítica do Direito proposta por HART ajudará a compreender melhor os preceitos mencionados, sobretudo porque o autor nunca excluiu a possibilidade de recurso a valorações morais. A razão é simples: na maior parte dos casos, as normas jurídicas comportam matérias de cariz moral, pelo que a possibilidade do intérprete fazer uso de juízos morais não está afastada. HART, *O Conceito de Direito* (trad. do inglês de ARMINDO RIBEIRO MENDES), Lisboa, 5.ª ed., FCG, 2007, 309.

⁸⁰ Neste sentido, saliente-se o entendimento de RONALD DWORKIN sobre as condições de exercício do Direito, nomeadamente quando encontra o ponto gravicional do Direito na atividade judicial. O próprio autor confessa, tudo se resume a saber a forma pela qual o juiz decidirá o caso concreto. RONALD DWORKIN, *Law's Empire* (reimp. da ed. de 1986), London, Hart Publishing, 1998, 1. É a paradigmática frase de Law's Empire: «It matters how judges decide cases». Note-se, todavia, que esta prática judiciária não é orientada por um ponto de vista externo (ou seja, das ciências auxiliares do Direito, como é o caso da Sociologia do Direito), mas sim por um ponto de vista interno (o ponto de vista do participante). RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., 13.

4. *Da discriminação social à discriminação jurídica*

Discriminar provem do termo latino *discriminare*, que significa separar, dividir, distinguir⁸¹. Esta distinção é normalmente compreendida como tendo um cunho pejorativo, uma ilegítima diferenciação entre seres unidos pela humana condição.⁸² Contudo, importa começar por afirmar que, no quadro do Estado de Direito material, a par de uma discriminação negativa, constitucionalmente ilegítima, exige-se, crescentemente, uma discriminação positiva a favor de determinados grupos⁸³.

Na verdade, uma compreensão material do princípio da Igualdade traduz-se não apenas numa proibição da discriminação (negativa), mas também em obrigações de diferenciação⁸⁴.

Há um conjunto de práticas sociais discriminatórias de intolerância face aos imigrantes. Esta discriminação pode provir de entidades privadas ou públicas (p.ex., restrições do acesso ao SNS por imigrantes)⁸⁵.

⁸¹ JOSÉ PEDRO MACHADO, *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, vol. II, Lisboa, 1995, 345.

⁸² JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Sida e Discriminação Social – Escola, Habitação, Imigração, Rastreio Obrigatório, Isolamento Clínico, Tratamento Forçado*, Lex Medicinæ, RPDS, ano 2, n.º 3, Coimbra Editora, Coimbra, 2005 12

⁸³ Sobre a discriminação positiva, sublinhe-se os contributos da doutrina norte-americana: LAWRENCE TRIBE, *American Constitutional Law*, 3d edition – volume one, Foundation Press, 2000, 152 ss.; no plano do direito internacional, MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *A Discriminação Positiva no Direito Internacional e Europeu dos Direitos do Homem*”, Documentação e Direito Comparado, n.ºs 63/64, 1995, 7-79; no plano da Constituição Portuguesa, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, obra cit., 127-128.

⁸⁴ Esta obrigação de diferenciação traduz-se numa legítima discriminação positiva. Na verdade, pode também falar-se de uma ilegítima discriminação positiva como reverso necessário da discriminação negativa, TOVE STANG DAHL, *Women’s Law: an Introduction to Feminist Jurisprudence*, Oslo, 1987. No debate sobre a discriminação das mulheres pela sociedade “masculina”, um dos temas discutidos a propósito de Direito Penal é a questão de saber, em geral, até que ponto as agressões de que tendencialmente as mulheres são vítimas e os homens autores podem e devem ser prevenidas, reprimidas através da criminalização das agressões sexuais. Um dos tópicos de TERESA BELEZA refere-se à pornografia, designadamente sobre o efeito causal da pornografia sobre os atos de violência contra as mulheres. TERESA BELEZA, *Mulheres, Direito, Crime ou A Perplexidade de Cassandra*, Lisboa e Faculdade de Direito, AAFDL, 1993, 353; Da mesma autora e no desenvolvimento do tema da discriminação das mulheres, vide. TERESA BELEZA, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social, “A Construção Jurídica das Relações de Género”*, Lisboa: Livraria Almedina, 2010.

⁸⁵ O autor caracteriza a discriminação como a atribuição de critérios diversos que coloquem categorias de pessoas em situação de manifesta desvantagem, sem que haja um motivo atendível e justificado para isso. MALCOLM SARGEANT, *The Law on Age Discrimination in the EU* (Studies in Employment and Social Policy), Kluwer Law International, 2008, 1.

Impõe averiguar se toda a discriminação social é proibida pelo sistema jurídico⁸⁶. Confrontado com esta questão, a partir de uma análise do *ethos* social, poder-se-á ter a tentação a responder em sentido afirmativo⁸⁷. Mas, se privilegiarmos antes uma abordagem casuística, rapidamente se verá que as coisas não são tão lineares: assim, do ponto de vista jurídico, é defensável que alguém prefira fazer donativos a organizações de proteção dos animais em detrimento de associações de apoio a imigrantes infetados pelo VIH⁸⁸.

O subsistema jurídico constrói, a partir do seu código, a representação do que seja discriminação juridicamente censurada e verifica-se que não há coincidência entre ambas.

A discriminação social assenta num conjunto de representações partilhadas que se baseiam no conhecimento ou na simples suspeita de pertença a um determinado grupo⁸⁹. Assim, neste território, a discriminação social consiste na informação, verdadeira ou falsa, de que alguém tem um estatuto inferior, sendo que, neste último caso, relevam, muitas vezes, preconceitos discriminatórios que são anteriores à prática do ato discriminatório, como a homofobia⁹⁰.

⁸⁶ Como afirma VITTORIO MATHIEU não se forma uma sociedade de iguais se os seus membros não têm, antes de mais, o direito de ser iguais. A igualdade jurídica é condição da igualdade social. É assim porque o Estado não pode desinteressar-se dos meios para produzir uma igualdade real. O Estado não pode limitar-se a garantir uma igualdade real derivada de outra fonte, porque não existe outra fonte. Deve produzi-la, ele mesmo, esta igualdade, se se quer que haja, pelo menos, um início de aplicação. Ora, o meio de que o Estado dispõe para exercer qualquer ação é a lei. VITTORIO MATHIEU, *L'Eguaglianza Giuridica*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, IV Série, vol. LIV, n.º 1, Milão, 1977, 53-54.

⁸⁷ Veja-se o estudo de ERIC A. POSNER que se debruça sobre a seguinte interrogação «Porque é que há discriminação social?», em que se chega à conclusão de que existem razões fortes para os sujeitos pretenderem obter utilidade, através da discriminação contra outras raças, de modo a terem um acréscimo de reputação nas relações sociais. ERIC A. POSNER, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, London: Legal Application, 2002, 133-134.

⁸⁸ O exemplo é referido por JOÃO CARLOS LOUREIRO, *SIDA e discriminação social – Escola, habitação, imigração, rastreio obrigatório, isolamento clínico, tratamento forçado*, cit., 12.

⁸⁹ A crise do estado providência não é exclusivamente financeira, devendo a sua fragilidade em grande parte a deficientes critérios de redistribuição da riqueza que provocaram fenómenos de exclusão social. GWÉNAELE CALVÉS, *L’Affirmative Action dans la Jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis* (préface de Jacques Chevallier), Le problème de la discrimination positive, Prix Marie-France Toinet décerné par la Societé d’Études nord-américaines, Paris: LGDJ, 1998, 3-4.

⁹⁰ JOÃO CARLOS LOUREIRO, *SIDA e discriminação social – Escola, habitação, imigração, rastreio obrigatório, isolamento clínico, tratamento forçado*, cit., 12. Deve salientar-se os estudos de HANS-KONRAD RESS, segundo o qual, na redação da Constituição alemã, em 1949, surgiu uma polémica em torno da igualdade de direitos do homem e mulher. Colocava-se a questão de saber até que ponto é que seriam de eliminar as restrições de direitos fundamentais fundadas no género e constantes do direito civil (casamento), uma vez que a Constituição de Weimar de 1919 reconhecia a igualdade entre o

O princípio da proibição da discriminação surge como um dos aspetos essenciais do movimento revolucionário que abalou as estruturas do *Ancien Régime*⁹¹. Contra uma visão sacralizada do mundo, recupera-se em versão secularizada, a revolucionária afirmação pauliana de que “não há judeu nem grego; não há servo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus”⁹², para se dizer agora que não há já privilégios, mas direitos.

Em termos de tradução constitucional, veio afirmar-se que se afastam as categorias, como o sexo, a raça, a nacionalidade, a origem, que historicamente alicerçaram a discriminação⁹³.

Mesmo tendo presente a insustentabilidade da narrativa emancipatória que subjaz à CRP e que as revisões constitucionais têm atenuado, não se pode negar que a lei fundamental consagra o paradigma do “homem solidário”, expressão de uma noção não mutilada da dignidade da pessoa humana⁹⁴.

A democracia económica, social e cultural, na formulação constitucional, traduz-se na recusa de um modelo de indiferença da comunidade pela sorte dos seus membros⁹⁵.

Na verdade, estão aqui em causa aspetos fundamentais da teoria geral dos direitos fundamentais, em particular dos direitos, liberdades e garantias que, neste contexto, serão meramente aludidos. Assim, pergunta-se, de um ponto de

homem e a mulher apenas quanto aos deveres de cidadania. HANS-KONRAD RESS, *A Admissibilidade da Discriminação Positiva em Relação às Mulheres, de Acordo com a Lei Fundamental Alemã* (trad. de Rato Stori e Mário João de Brito Fernandes) in *Revista Jurídica*, n.º 20, ed. da AAFDL, 1996, 171.

⁹¹ JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Sida e Discriminação Social – Escola, Habitação, Imigração, Rastreo Obrigatório, Isolamento Clínico, Tratamento Forçado*, cit., 14.

⁹² Novo testamento, *Gál.* 3, 28.

⁹³ Veja-se a lição de MARIA GLÓRIA GARCIA sobre o conceito comparativo de igualdade, onde afirma que a igualdade pressupõe uma comparação e exige três elementos: duas situações ou objetos que se comparam em função de um aspeto que se destaca do todo e que serve de termo de comparação. Não é possível fazer um juízo de igualdade sem estabelecer previamente uma comparação, sem pôr em relação ou em confronto situações ou objetos. A igualdade é, pois, um conceito essencialmente comparativo. MARIA GLÓRIA GARCIA, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra: Livraria Almedina, 2005, 46.

⁹⁴ Sobre a formulação enriquecida da dignidade da pessoa humana, VASCO DUARTE DE ALMEIDA refere que se torna forçoso impor comportamentos que, em último termo, se justificam à luz de valores pessoais, como a dignidade, a liberdade e a igualdade de todos os homens, de valores comunitários, como a utilidade comum e a eficiência das instituições, ou de valores mistos, pessoais e comunitários, como a segurança, a paz e a justiça. São tais valores que, uma vez institucionalizados pelo Direito, através de normas e princípios garantem obediência para além das irrupções momentâneas da força e do contrato ou do consentimento costumeiro nas instituições. VASCO DUARTE DE ALMEIDA, *Sobre o Valor da Dignidade da Pessoa Humana*, Separata da RFDUL, vol. XLVI – N.º 1), Coimbra Editora, 2005, 639.

⁹⁵ Artigo 2.º, da CRP.

vista constitucional, só relevarão as discriminações feitas pelo Estado, *maxime* por via legislativa, ou a lei fundamental conformará as relações jurídicas entre os particulares, sendo esta aplicável ao caso concreto mesmo perante a ausência de legislação?

Assim, ao nível macro-planetário encontramos na DUDH que “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer a tal discriminação⁹⁶; a proibição da discriminação espelha-se também no Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos⁹⁷; no plano regional e cingindo-nos à Europa, invoque-se o artigo 14.º da CEDH e o alcance do princípio no direito comunitário primário; finalmente, no plano nacional, encontramos, como uma das dimensões da igualdade⁹⁸, o princípio da proibição da discriminação⁹⁹.

Em termos de orientação geral, dir-se-á que não se veda a diferenciação, mas proíbe-se sim a diferenciação arbitrária, i.e., sem fundamento material que a justifique. Cumpre-se, assim, uma velha máxima, já enraizada na filosofia grega, segundo a qual o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente¹⁰⁰.

A Parte II da CDFUE regula a não discriminação de cidadãos europeus em razão da nacionalidade, o que constitui, porventura, um excelente tónico para a aceitação de estrangeiros por parte de nacionais de Estados-membros¹⁰¹. Além

⁹⁶ Artigo 7.º da DUDH na íntegra – vide também o artigo 2.º.

⁹⁷ V. artigo 2.º/1.

⁹⁸ Sobre a igualdade enquanto direito fundamental, indicam-se algumas sugestões de leitura em AAVV: MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Da Igualdade (com a colaboração de Eduardo Vera Cruz)* Coimbra: Livraria Almedina, 1993, 46-79. JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais e Ordem Social – Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, cit., 45-50. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais, Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006, 95-101.

⁹⁹ O conhecido artigo 13.º, n.º 2, da CRP “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social”.

¹⁰⁰ Sublinhe-se o conceito de igualdade jurídica avançado por JORGE MIRANDA, segundo o qual, esta se infere como corolário da norma geral e abstrata. JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, 1.ª ed., 1968 (reimpressão), Clássicos Jurídicos, Coimbra Editora, 2007, 75. E ainda, GOMES CANOTILHO, no desdobraimento do Princípio da Igualdade em “Igualdade na aplicação do Direito” (igualdade jurídica) e “Igualdade quanto à criação do Direito”, no sentido em que, para todos os indivíduos de iguais características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed. (7.ª reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2010, 426-432.

¹⁰¹ Pela primeira vez, todos os direitos que se encontravam dispersos por diversos instrumentos legislativos, em legislação nacional e convenções internacionais do Conselho da Europa, das Nações

disso, pode o Conselho Europeu tomar medidas que se revelem necessárias para combater a discriminação¹⁰².

§ 4. O direito à proteção da saúde na perspectiva da distribuição equitativa de recursos e utilização do Serviço Nacional de Saúde

1. Os grupos prioritários de vacinação contra a infeção do vírus da gripe pandémica (H1N1)

Ao longo da história, as comunidades desenvolveram formas de resposta e defesa que passavam por modos duros de reação contra as vítimas das epidemias cujas formas de difusão não eram capazes de explicar cientificamente, sendo que muito facilmente imputavam a responsabilidade por esse estado a castigo divino, como expiação de pecados¹⁰³.

No entanto, o processo de construção do Estado veio afirmar que cabiam no campo das atividades de polícia as medidas sanitárias, enquanto instrumentos para o reforço do poder político. No século XIX, às medidas tradicionais de isolamento, próprias de uma conceção contagionista que era descrita nos manuais do século passado como sendo transmitida por germes que se reproduziam nos indivíduos infetados, juntaram-se outras resultantes de uma conceção miasmática da transmissão, que, mergulhando também as suas raízes na Antiguidade, acreditava que a doença se espalhava pelos odores¹⁰⁴.

A verdade é que estas medidas correspondem a estratégias complementares na luta contra as epidemias. Em épocas de crise e de medo, é normal que parte da opinião pública reivindique e lance mão da panóplia de instrumentos mais duros.

Unidas e da Organização Internacional do Trabalho, foram reunidos num único documento. Permitindo conferir visibilidade e clareza aos direitos fundamentais, a Carta contribui para desenvolver o conceito de cidadania da União, bem como para criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça.

¹⁰² V. artigos 18.º a 25.º, da CDFUE.

¹⁰³ Cf. FRANÇOISE BENIAC *o medo da lepra* in JACQUES LE GOFF, *As Doenças Têm uma História*, Editor Terramar, Coleção Pequena História, 1997, 125.

¹⁰⁴ Sobre os elementos da História da Medicina, nomeadamente as conceções contagionistas e miasmática, veja-se o importante estudo de HENK A. M. J, TEM HAVE, *The Growth of Medical Knowledge and Practice in European Medicine (The case of Infectious Diseases)*, London, 1990, 15-40.

As medidas tradicionais como a vacinação obrigatória, a quarentena,¹⁰⁵ o tratamento forçado ou limitações à liberdade de circulação, no limite isolamento clínico aparecem em instrumentos normativos nacionais¹⁰⁶ e internacionais¹⁰⁷.

No contexto da ameaça da pandemia, o governo aprovou um Plano Nacional de Contingência que visa minimizar os impactos da pandemia sobretudo no que diz respeito à letalidade e à disfunção social¹⁰⁸.

Ficarão, no entanto, o legislador ou a administração, no respeito da lei fundamental, impedidos de desenvolver estratégias de vacinação dirigidas a determinados grupos cujos elementos têm maior propensão para contrair a doença?

Será que poderão ser utilizados critérios do tipo *grupos-alvo para a vacinação contra a gripe pandémica (H1N1)*?

No fundo, o que está em causa saber é se o conceito de grupos prioritários é constitucionalmente adequado. Será constitucionalmente adequado graduar os grupos de risco, nomeadamente colocando titulares de órgãos de soberania com prioridade sobre asmáticos, grávida, coabitantes de crianças com idade inferior a 6 meses de idade, doença neuromuscular, obesidade mórbida¹⁰⁹?

A aplicação limitada a certos setores da sociedade civil pressupõe a razoabilidade da discriminação, de modo que possa encontrar um fundamento diferente, porque se o desigual deve ser tratado desigualmente, o igual deve ser tratado igualmente¹¹⁰.

Neste âmbito, há situações em que o dever de proteção da saúde fundamentaria a catalogação de categorias sociais à prática de consequentes discriminações. Imagine-se a hipotética obrigação legal de realização de testes de VIH aos doadores

¹⁰⁵ Termo utilizado na Idade Média para os tripulantes de navios que tinham de permanecer nos portos, por 40 dias, para averiguar se eram portadores de doenças.

¹⁰⁶ *Plano de Contingência Nacional do setor da saúde para a pandemia de gripe*, emitido pela Direção-Geral da Saúde, em março de 2007.

¹⁰⁷ Cf. *Regulamento Sanitário Internacional*, de 1969, que estabelece um conjunto de medidas que vão desde a troca de informações epidemiológicas transmitidas todas as semanas até à adoção de quarentenas (no caso da peste, da cólera e da febre amarela, tendo a varíola deixado de figurar no rol, em virtude de ter sido considerada erradicada).

¹⁰⁸ Uma das medidas previstas no capítulo dedicado à prevenção, contenção e controlo da pandemia é o “isolamento, voluntário ou compulsivo, de todos os casos suspeitos ou confirmados, autóctones ou importados, e quarentena dos seus contactos”. Vide prefácio do Plano Nacional de Contingência.

¹⁰⁹ Os grupos alvo são divididos por três letras A, B e C, sendo certo que, segundo ali se diz, os critérios de inclusão de grupos-alvo para vacinação por ordem de prioridades terão em conta “o desempenho de funções essenciais, o risco para complicações pós-infeção e a disponibilidade de vacinas”. Vide Anexo 1, da cit. Circular Normativa n.º 17/DSPCD, da campanha de vacinação contra a infeção pelo vírus da gripe pandémica (H1N1) 2009.

¹¹⁰ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 255-256.

de sangue, em função da categoria social do doador: prostitutas, mulheres grávidas, presos, situações de obtenção de prova para arguidos em processo penal¹¹¹.

Para além da razoabilidade da discriminação, terá de ser respeitado o princípio da proibição do excesso, nas suas diferentes dimensões: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido restrito, de modo a não prejudicar o princípio da proteção da confiança¹¹².

Quanto à necessidade, o recurso ao meio menos oneroso possível.¹¹³ Importa sublinhar, contudo, que neste domínio estamos perante uma colisão de direitos fundamentais, tendo duas grandezas variáveis e não uma relação entre um meio e um fim constante. Na verdade, estão aqui em jogo também o bem Saúde e os direitos fundamentais de terceiros.

Importa ainda proceder a um controlo de proporcionalidade em sentido restrito, i. e., a uma análise aos custos-benefícios, ponderando as vantagens do fim e as desvantagens do meio, sendo que, em nosso entender, na maioria da hipóteses, o resultado apontará para a defensabilidade da existência dos grupos-alvo.

Como afirma Ronald Dworkin quando a igualdade social se traduz na concessão de certos direitos ou vantagens a determinadas pessoas – as que se encontram em situação de inferioridade, de carência, de menor proteção – a diferenciação ou a discriminação (positiva) tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais em face desses fins¹¹⁴.

2. *Perspetiva nacional e internacional*

A reforma da saúde em Portugal teve como orientação a universalidade e generalidade da saúde, tendo também em conta a necessidade de preparar o SNS, para responder eficazmente às exigências dos dias futuros¹¹⁵. Mais uma vez, estes princípios constitucionais são chamados à colação no âmbito do acesso ao

¹¹¹ Cf. MARTHA FIELD, *Testing for AIDS*, American Journal of Law & Medicine, 1990, 65 ss. É possível identificar dois critérios para realização obrigatória do teste: a presença do doador numa determinada categoria social ou, o enquadramento do doador em determinado momento biográfico, seja subscritor de apólices de seguros ou contraente bancário de empréstimos de crédito habitação. Esta é a classificação que encontramos em CATTORINI, apud. F. ELIZARI BASTERRA, *Bioética*, Madrid, 1994, 298.

¹¹² Artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

¹¹³ Como afirma JORGE MIRANDA, apesar do valor da segurança jurídica não ser específico do Estado de Direito, só nele é que alcança a máxima realização até hoje conhecida, em conjugação com a justiça. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., 272-273.

¹¹⁴ RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 2001, 227.

¹¹⁵ Estas são as ideias chave de um artigo de opinião da Ministra da Saúde, no Jornal O PÚBLICO “Como chegar melhor e mais depressa ao cidadão utente”, do dia 29 de janeiro de 2009, tendo em linha de conta o Programa do XVII Governo Constitucional (2005-2009).

SNS, tendo sido apresentadas medidas governamentais de promoção do acesso¹¹⁶ como exemplos de prossecução dos princípios da universalidade e generalidade no sistema nacional de saúde.

O processo histórico de constitucionalização dos direitos colocou o indivíduo no centro da titularidade de direitos¹¹⁷ e a dignidade da pessoa humana como razão primordial do reconhecimento universal dos direitos.¹¹⁸ Mas, desde a sua génese, este processo contemporizou com a existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem a par do reconhecimento de direitos próprios do cidadão. A consagração constitucional do princípio da universalidade não é, de modo algum, incompatível com a definição de direitos que têm os cidadãos nacionais por destinatários exclusivos¹¹⁹. Assim acontece com a CRP, cuja enunciação do princípio da universalidade segue, de certo modo, uma lógica inversa: o artigo 12.º começa por estabelecer que “todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição” e, depois, o artigo 15.º, n.º 1, alarga a titularidade destes direitos e a sujeição aos respetivos deveres aos “estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal”, prevendo-se nos números seguintes situações específicas de extensão ou restrição do estatuto de cidadania, em matéria de titularidade e exercício de direitos fundamentais¹²⁰.

As limitações introduzidas ao princípio da titularidade comum dos direitos, por razões ligadas à condição de estrangeiro ou ao enquadramento do indivíduo em diferentes categorias funcionais (direitos dos filhos, direitos dos trabalhadores, direitos das pessoas idosas, direitos dos arguidos), não prejudica a eficácia jurídica

¹¹⁶ *Programa de Intervenção em Oftalmologia*, que visa permitir a realização anual de setenta e cinco mil consultas e trinta e cinco mil cirurgias adicionais.

¹¹⁷ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., 146.

¹¹⁸ MICHELANGELO SCALABRINO esclarece que os pedidos de “soluções comuns, ponderadas sob a ótica do respeito pelo ser humano, aumentam cada vez mais nos meios profissionais e jurídicos nacionais. MICHELANGELO SCALABRINO, *Normas y Principios del Derecho Internacional de La Salud* in a Saúde face aos Direitos do Homem, à Ética e às Morais, Rede Europeia de Cooperação Científica «Medicina e Direitos do Homem» da Federação Europeia das Redes Científicas, 2001, 52.

¹¹⁹ Sobre as razões da contraposição entre o princípio da universalidade de raiz internacionalista e o princípio da universalidade de raiz constitucional, vertido na redação do artigo 12.º, n.º 2, da CRP, esclarece DAVID DUARTE que o pressuposto da cidadania na norma de universalidade espelha, como a constituição não poderia deixar de o fazer, a título de ponto de partida, a personalidade inerente à organização jurídico-estadual da comunidade política, pois é aos portugueses que se reconhecem os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Portuguesa. DAVID DUARTE, *A Norma da Universalidade de Direitos e Deveres Fundamentais: esboço de uma anotação*, BFDUC, 2000, vol. LXXVI, 414.

¹²⁰ Com uma crítica à “desnecessária complexidade na formulação das normas constitucionais sobre direitos reservados aos cidadãos portugueses”. Vide J.C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009 131.

do princípio da universalidade, nomeadamente como critério operativo de catalogação dos direitos e respetivo âmbito subjetivo de aplicação¹²¹.

A internacionalização do reconhecimento e garantia dos direitos das pessoas concretiza no plano jurídico o generoso legado filosófico sobre o universalismo de direitos, reconhecidos a homens que “nascem e são livres e iguais em direitos”¹²², ou que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”¹²³, pelo que, como refere a doutrina internacionalista¹²⁴, “a enunciação dos direitos e liberdades segue uma formulação que, a coberto de diversas expressões (“Todo o individuo...”, “Ninguém será...”, “Toda a pessoa...”), deixa clara a intenção de reconhecer direitos a todos”¹²⁵ e prossegue dizendo que “a maioria das disposições codificadoras de direitos estão redigidas na língua da universalidade dos beneficiários, com recurso às fórmulas conhecidas”¹²⁶. Note-se que a própria CDFUE é, atendendo às fórmulas proclamatórias do preâmbulo e à definição do âmbito subjetivo de cada um dos direitos codificados, um instrumento de proteção tendencialmente genérico ou universalista¹²⁷.

3. O caso *Pichon e Sajous c. França (TEDH – 02/10/2001)*

A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) no caso *Pichon e Sajous c. França* determinou que a obrigação de vender certos produtos não viola a liberdade de consciência e religião¹²⁸.

¹²¹ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional.*, Tomo IV, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2000, 217.

¹²² V. artigo 1.º, da DDHC, de 1789.

¹²³ V. artigo 1.º, da DUDH, de 1948.

¹²⁴ MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais – (no espaço da internormatividade)* – Lisboa: AAFDL, 2006, 312.

¹²⁵ Segundo refere MICHELANGELA SCALABRINO, os problemas relativos à saúde em geral e à relação médico-paciente em particular são abordados e tratados a nível internacional por um numero cada vez mais vasto, e sempre crescente, de atos jurídicos normativos e quase normativos, vinculativos e não vinculativos, julgáveis e não julgáveis. MICHELANGELA SCALABRINO, *Normas y Principios del Derecho Internacional de la Salu*, cit., 51.

¹²⁶ Também na DUDH é mencionado o direito à Saúde. Vide M. SCALABRINO-SPAEDA: *Le Droit à la Santé*, Inventaire de normes et principes de droit international, in *Le médecin face aux droits de l’homme*, Padova 1990, 98.

¹²⁷ No sentido de que a CDFUE se constitui como um verdadeiro projeto político de afirmação internacional da União Europeia devido ao reconhecimento da força vinculativa e previsão da futura adesão da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Vide MARIA LUÍSA DUARTE/CARLOS ALBERTO LOPES, *Tratado de Lisboa*, Lisboa: AAFDL, 2008, 7.

¹²⁸ V. Ac. de 02.10.2001, Proc. 49853/99 (3.ª Secção), consultado em 18 de janeiro de 2010, no sitio oficial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem -<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentID=680925&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&able=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>.

No entanto, a perspectiva da distribuição equitativa de recursos e utilização dos serviços comerciais de saúde enquanto dimensão do direito à prestação da saúde revela-se com especial acuidade.

Este caso do TEDH revela a defesa do acesso à Saúde por parte das mulheres, enquanto manifestação do direito à liberdade de realização da vida sexual, sem discriminações de género ou sexo¹²⁹.

O caso remonta ao ano de 1995 quando dois farmacêuticos associados da cadeia “Salleboeuf” recusaram a venda de medicamentos contraceptivos femininos que tinham sido prescritos pelo médico das pacientes. O Tribunal de 1.^a Instância de Bordéus condenou os farmacêuticos ao pagamento de uma multa de mil francos por contravenção de uma disposição do Código do Consumidor francês [*Code de la Consommation (CLC)*]¹³⁰. De facto, concluiu aquele tribunal que «a invocação de razões morais não exclui o cumprimento de uma obrigação de vendas impostas a qualquer comerciante por lei». O Tribunal de Recurso¹³¹ e, mais tarde, o Supremo¹³², voltariam a confirmar esta decisão¹³³, não obstante a defesa dos farmacêuticos ter invocado a liberdade de convicções religiosas na recusa de venda de medicamentos abortivos com efeitos anticoncepcionais na vida uterina.

Com efeito, os farmacêuticos não se conformaram com as decisões dos tribunais internos e recorreram à jurisdição internacional do TEDH, invocando o artigo 9.º, da CEDH (liberdade de manifestação da religião)¹³⁴. A decisão acabaria por suportar a ideia de que a proteção do domínio pessoal do direito à manifestação da religião não pode ser absoluto, no sentido de permitir qualquer ato ou conduta pública motivada pela religião.¹³⁵ Aliás, não havia lei em França que permitisse recusar a venda em nome da liberdade religiosa, pelo contrário, o CLC

¹²⁹ Neste sentido, ADRIANA SAMARKOVA, *Conscientious Objection in Reproductive Health Care: Analysis of Pichon and Sajous vs. France*, EJHL, vol.15, n.º1, 2008, 22.

¹³⁰ Cf. A referida norma dispunha que é proibido recusar a venda de um produto de consumo ou prestação de serviço, sem motivo justificado [article L 122-1, do Code de la Consommation: “Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d’un produit ou la prestation d’un service, sauf motif légitime”].

¹³¹ La Cour d’appel de Bordeaux [arrêt du 14 janvier 1997].

¹³² La Cour de cassation [arrêt du 4 décembre 1998].

¹³³ O tribunal refere que estando legalizada a venda desse produto e objeto de prescrição médica, cujo acesso é unicamente possível nas farmácias, os recorrentes não podem prevalecer e impor as suas crenças religiosas para justificar a recusa de venda desse produto, uma vez que essas crenças podem ser exercidas de outra maneira, fora da esfera profissional.

¹³⁴ V. artigo 9.º, da CEDH.

¹³⁵ Neste sentido, como refere expressamente o acórdão: “Cependant, pour protéger ce domaine personnel, l’article 9 de la Convention ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d’une manière dictée par cette conviction. Le terme « pratiques » au sens de l’article 9 § 1 ne désigne pas n’importe quel acte ou comportement public motivé ou inspiré par une religion ou une conviction”.

proibia a recusa de venda sem uma razão legítima, tendo os tribunais franceses anteriormente interpretado essa norma, no sentido de que a liberdade religiosa não constituía uma razão legítima¹³⁶. Quando alguém escolhe uma profissão, terá de aceitar as regras deontológicas da mesma¹³⁷ e os respetivos códigos de conduta, o que no caso dos farmacêuticos se estende ao respeito pelos direitos dos doentes.

A verdade é o TEDH podia ter ido mais longe na fundamentação da decisão que tomou¹³⁸. Se a manifestação do direito à vida sexual plena enquanto princípio geral do direito à proteção da Saúde não se encontra plasmado na CEDH, não deixa de estar em causa a liberdade de acesso à Saúde sem discriminações de género ou sexo¹³⁹, o que, porventura, mereceria um tratamento autónomo¹⁴⁰. Existe, aliás, um instrumento jurídico internacional que regula especificamente a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres no domínio dos cuidados de Saúde, com vista a assegurar igualdade entre homens e mulheres no acesso aos serviços médicos, incluindo os relativos ao planeamento da família¹⁴¹.

Com efeito, seria importante que o tribunal tivesse identificado a invocação da liberdade religiosa católica no caso concreto. Tratando-se de medicamentos que interrompem a conceção, nem sequer se poderia alegar a posição da religião católica sobre os meios de interrupção voluntária da gravidez devido à colisão com o direito à vida.

Ora, este caso só diz respeito ao medicamento contraceutivo feminino (pílula). No caso concreto, o pensamento religioso só se lhe opõe pelo facto de aquele permitir a prática de relações sexuais sem a perspectiva da procriação.

A recusa da venda do medicamento interfere com o sujeito que é consumidor do produto, na qualidade de paciente, mas também com a relação entre o médico e o paciente, tendo em conta que este medicamento fora objeto de prescrição médica.

¹³⁶ Vide os pontos 81 e 83.

¹³⁷ Refira-se, a título de exemplo, o artigo 24.º, do Código Deontológico dos Farmacêuticos Portugueses, aprovado em Assembleia Geral de 28.03.1998. Há apenas duas situações em que o farmacêutico pode recusar a venda de um medicamento: a primeira é em caso de incompatibilidade com outro medicamento que o paciente tenha ingerido; a segunda é se estiver esgotado o prazo de validade do medicamento receitado. Cf. ADRIANA SAMARKOVA, *Conscientious Objection in Reproductive Health Care: Analysis of Pichon and Sajous v. France*, cit., 39-40.

¹³⁸ Cf. ADRIANA SAMARKOVA, *Conscientious Objection in Reproductive Health Care: Analysis of Pichon and Sajous vs. France*, cit., 37.

¹³⁹ V. artigo 14.º, da CEDH, sobre o direito à não discriminação e igualdade em função do género ou sexo.

¹⁴⁰ Cf. ADRIANA SAMARKOVA, *Conscientious Objection in Reproductive Health Care: Analysis of Pichon and Sajous vs. France*, cit., 38.

¹⁴¹ V. artigo 12.º, da CEDM (Portugal e França são partes contratantes desde 1980), que foi publicada na I.ª série do Diário da República Portuguesa, pela Lei n.º 23/80, de 26 de julho.

§ 5. Conclusão

Terminando este excursus pela intricada teia de relações entre as duas perspectivas do direito à proteção da saúde, importa deixar claro que no séc. XIX passámos de um sistema de solidariedade individual e profissional para um sistema de solidariedade nacional.

O sistema de saúde autónomo financiado pelo Estado surgiu em meados do séc. XX e abrangeu situações relacionadas com acidentes de trabalho, velhice, invalidez, as quais passaram a ser garantidas pelo Estado, companhias de seguros e associações de previdência.

Em Portugal, só após a Revolução de 25 de Abril de 1974 houve condições políticas, culturais e sociais para a criação do sistema de proteção social para toda a população portuguesa, o denominado SNS¹⁴².

A evolução do SNS em Portugal teve um momento marcante quando na década de 90 se procedeu ao reordenamento da rede, no sentido de distinguir a oferta aos cidadãos de cuidados de saúde simples e imediatos (primários), dos cuidados de saúde mais complexos e demorados (diferenciados).

As unidades integradas de saúde pretenderam viabilizar a articulação entre grupos personalizados de centros de saúde e hospitais, de modo a permitir uma gestão de recursos mais próxima dos destinatários.

Neste contexto, merece particular destaque, a aprovação do modelo de gestão hospitalar e a institucionalização dos modelos de gestão de tipo empresarial (EPE).

A promoção das condicionantes sociais da saúde pode ser alicerçada no plano dos direitos humanos, em distintas normas, que não apenas aquelas que consigram o direito à Saúde.

A norma constitucional do artigo 64.º assegura um direito à Saúde para cada pessoa mas com uma dupla faceta, positiva e negativa.

Em nossa opinião, as relações de prestação de cuidados de saúde pelas unidades de saúde do SNS caracterizam-se pelo seu caráter não contratual. Como nos parece, não existe acordo de vontades no ato pelo qual o utente toma iniciativa de requerer uma consulta nos hospitais ou centros de saúde do SNS a que se seguirá uma decisão positiva ou negativa da Administração de Saúde.

¹⁴² Deve referir-se aqui o texto de JAVIER TAJADURA TEJADA que incita à resistência constitucional face ao que designa neoliberalismo tecnocrático, designadamente poderes invisíveis que se ocupam do mercado mundial em detrimento de assegurarem a defesa dos direitos e liberdades individuais. Estes valores criticados pelo autor espanhol remontam ao período do antigo regime português imediatamente anterior à origem da Constituição de 1976. JAVIER TAJADURA TEJADA, *La Constitución Portuguesa de 1976 – Un estudio académico treinta años después* (Prólogo de J.M. CARDOSO DA COSTA), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 34.

Foi possível constatar constrangimentos à desejada universalidade do acesso ao SNS quando cidadãos estrangeiros em situação irregular, que, como tal, não contribuem financeiramente para o sistema, se vêm afastados da proteção de cuidados de Saúde.

Sucedem que, essa situação irregular deriva da rigidez de mecanismos jurídicos de legalização de estrangeiros em Portugal, a qual prejudica todos os imigrantes que se encontrem em permanência temporária no território, mas que não regularizaram a sua situação no SEF (p.ex., por eventual caducidade do seu contrato de trabalho).

A letra do artigo 64.º apresenta uma certa timidez dado que, na nossa perspetiva, o legislador constitucional tem tratado de forma limitada os três vetores constitucionais da proteção da saúde. O âmbito de aplicação do acesso ao SNS é reduzido e há um silêncio legal sobre a exigência de equidade e universalidade a partir do momento em que o utente se converte em beneficiário do SNS¹⁴³. Esta lacuna tem implicações no sistema político de saúde¹⁴⁴.

¹⁴³ Se em muitos preceitos constitucionais que contêm normas programáticas (determinações dos fins do Estado ou definição de tarefas estaduais) é possível detetar uma imposição, expressa ou implicitamente concludente, no sentido do legislador concretizar os grandes fins constitucionais, a verdade é que, esta imposição constitucional é uma imposição permanente mas concreta, ao passo que as normas programáticas são imposições permanentes mas abstratas. Há uma certa diferença entre impor a realização da saúde, de acordo com normas e princípios constitucionais da igualdade, universalidade e generalidade, ou apontar programaticamente para a realização da saúde enquanto forma de realização dos direitos e deveres sociais, em abstrato. Uma das leituras mais vulgares da Constituição Portuguesa é a de que ela constitui um exemplo típico de constituição programática com um extenso rol de direitos sociais também tendencialmente programáticos. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* (contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas), Coimbra: Livraria Almedina, 2001, 315. No entanto, como refere GOMES CANOTILHO, a Lei Constitucional n.º 1/97 (4.ª Revisão) acrescentou ao artigo 64.º (direito à saúde) a expressa valorização constitucional dos padrões de eficiência e qualidade que, além de estar em consonância com as disposições da União Europeia nas quais se estabelece como objetivo a garantia de um nível elevado de proteção da saúde humana, sugere o novo contexto do princípio da economicidade na prestação de serviços públicos. GOMES CANOTILHO, *Sedimentação dos direitos fundamentais e local incerto da socialidade* (Coord. de JAVIER TAJADURA TEJADA, *La Constitución Portuguesa de 1976*), cit., 83-84. Segundo, ROBERT ALEXY, existe uma estreita conexão entre a norma constitucional e o direito subjetivo de requerer esse direito constitucional consagrado, como se fossem duas faces da mesma moeda. ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., 19.

¹⁴⁴ Logo que a lei passou a ter de se mover em função das regras constitucionais de Estados plurilegislativos e integrados em organizações supranacionais e com a normatividade plena de constituições e tribunais constitucionais, a ciência jurídico-constitucional passou a ser vista como um instrumento de ação e transformação política e económica. Daí que, a este propósito, CARLOS BLANCO DE MORAIS saliente a necessidade de pré-avaliação da legislação produzida nas políticas públicas, através da análise do custo benefício e do seu impacto no país. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Sinopse sobre a Avaliação Prévia das Políticas Públicas contidas em Lei* in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor MARTIM DE ALBUQUERQUE, vol. I, ed. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra Editora, 2010, 277-282.

Nem todas as práticas sociais discriminatórias são proibidas.

Destarte, nem todas as situações jurídicas que se encontram em conformidade com a lei fundamental correspondem à solução mais adequada do ponto de vista das políticas de saúde. Por outras palavras, observe-se o exemplo seguinte: a admissibilidade do isolamento em certas situações de alarme social não significa que seja a melhor estratégia para responder à difusão da doença. No mesmo sentido, se poderá afirmar que nem tudo o que é produzido pela política de saúde está em conformidade com a Constituição, a saber: a criação de listas de cidadãos colocadas por ordem de prioridade no acesso à saúde.

Na realidade, tem de haver melhor ponderação na diferenciação que faz o legislador do Direito da Saúde quando atribui prioridade no acesso à saúde a certas categorias sociais, em detrimento de outras (p. ex., lista de vacinação contra a gripe emitida pelo governo, onde titulares de órgãos de soberania têm prioridade sobre grávidas e crianças; lista de grupos sociais isentos do pagamento das taxa moderadoras, em que se dá prioridade a certas profissões que apresentam idêntica relevância social, como é o caso dos polícias, enfermeiros, ou bombeiros)¹⁴⁵.

O valor da dignidade da pessoa humana e o relevo que a CRP confere aos direitos fundamentais impõe uma fundamentação material no sentido de impedir a sociedade civil de criar restrições ao direito à saúde de qualquer cidadão.

No entanto, o relevo da esfera individual dos direitos não pode colidir com as metas do Estado Social, enquanto organização universal que prossegue a proporcionalidade na proteção de todos os cidadãos.

A decisão do TEDH no caso *Pichon e Sajous c. França* revela a perspetiva da distribuição equitativa de recursos e utilização dos serviços comerciais de saúde enquanto dimensão do direito à prestação da saúde, trazendo à colação a problemática da igualdade e universalidade do acesso dos particulares ao serviço privado de saúde (o acórdão apresentado aborda a discriminação praticada por profissionais das farmácias), enquanto perspetiva diversa daquela que atende ao direito de todos aqueles que pretendem tornar-se beneficiários do serviço público de saúde.

¹⁴⁵ Sobre a necessária ponderação na estruturação de prioridades, através da utilização de princípios constitucionais como o da proporcionalidade, enquanto medida de eliminação de arbitrariedades na resolução de conflitos constitucionais, vide LUIS PRIETO SANCHIS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, 189.



JURISPRUDÊNCIA ANOTADA



“They have rights, don’t they?”: as fronteiras (da CEDH) também se abatem

DR. ARMANDO ROCHA

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
Queixa n.º 55721/07 – *Al-Skeini e outros c. Reino Unido*
Acórdão de 7 de julho de 2011

“3. On 20 March 2003 a coalition of armed forces under unified command, led by the United States of America with a large force from the United Kingdom and small contingents from Australia, Denmark and Poland, commenced the invasion of Iraq. By 5 April 2003 the British had captured Basrah and by 9 April 2003 United States troops had gained control of Baghdad. Major combat operations in Iraq were declared complete on 1 May 2003. Thereafter, other States sent personnel to help with the reconstruction effort.

(...)

B. United Kingdom armed forces in Iraq May 2003 to June 2004

20. During this period the Coalition Forces consisted of six divisions that were under the overall command of United States’ generals. Four were United States divisions and two were multinational. Each division was given responsibility for a particular geographical area in Iraq. The United Kingdom was given command of the Multinational Division (South East), which comprised the provinces of Al-Basrah, Maysan, Thi Qar and Al-Muthanna, an area of 96,000 square kilometres with a population of 4.6 million. There were 14,500 Coalition troops, including 8,150 United Kingdom troops, stationed in Multinational Division (South East). The main theatre for operations by United Kingdom forces in Multinational Division (South East) were the Al-Basrah and Maysan provinces, with a total population of about 2.75 million people. Just over 8,000 British troops were deployed there, of whom just over 5,000 had operational responsibilities.

21. From 1 May 2003 onwards British forces in Iraq carried out two main functions. The first was to maintain security in the Multinational Division (South East) area, in particular in Al-Basrah and Maysan provinces. The principal security task was the effort to re-establish the Iraqi security forces, including the Iraqi police. Other tasks included patrols, arrests, anti-terrorist operations, policing of civil demonstrations, protection of essential utilities and infrastructure and protecting police stations. The second main function of British troops was the support of the civil administration in Iraq in a variety of ways, from liaison with the Coalition Provisional Authority and Governing Council of Iraq and local government, to assisting with the rebuilding of the infrastructure.

(...)

E. The deaths of the applicants' relatives

33. The following accounts are based on the witness statements of the applicants and the British soldiers involved in each incident. These statements were also submitted to the domestic courts and, as regards all but the fifth applicant, summarised in their judgments (particularly the judgment of the Divisional Court).

1. The first applicant

34. The first applicant is the brother of Hazim Jum'aa Gatteh Al-Skeini ("Hazim Al-Skeini"), who was 23 at the time of his death. Hazim Al-Skeini was one of two Iraqis from the Beini Skein tribe who were shot dead in the Al-Majidiyah area of Basrah just before midnight on 4 August 2003 by Sergeant A, the commander of a British patrol.

35. In his witness statement, the first applicant explained that, during the evening in question, various members of his family had been gathering at a house in Al-Majidiyah for a funeral ceremony. In Iraq it is customary for guns to be discharged at a funeral. The first applicant stated that he was engaged in receiving guests at the house, as they arrived for the ceremony, and saw his brother fired upon by British soldiers as he was walking along the street towards the house. According to the first applicant, his brother was unarmed and only about ten metres away from the soldiers when he was shot and killed. Another man with him was also killed. He had no idea why the soldiers opened fire.

36. According to the British account of the incident, the patrol, approaching on foot and on a very dark night, heard heavy gunfire from a number of different points in Al-Majidiyah. As the patrol got deeper into the village they came upon two Iraqi men in the street. One was about five metres from Sergeant A, who was leading the patrol. Sergeant A saw that he was armed and pointing the gun in his direction. In the dark, it was impossible to tell the position of the second man. Believing that his life and those of the other soldiers in the patrol were at immediate risk, Sergeant A opened fire on the two men without giving any verbal warning.

37. The following day, Sergeant A produced a written statement describing the incident. This was passed to the Commanding Officer of his battalion, Colonel G, who took the view that the incident fell within the Rules of Engagement and duly wrote a report to that effect. Colonel G sent the report to Brigade, where it was considered by Brigadier Moore. Brigadier Moore queried whether the other man had been pointing his gun at the patrol. Colonel G wrote a further report that dealt with this query to Brigadier Moore’s satisfaction. The original report was not retained in Brigade records. Having considered Colonel G’s further report, as did his deputy chief of staff and his legal adviser, Brigadier Moore was satisfied that the actions of Sergeant A fell within the Rules of Engagement and so he did not order any further investigation.

38. On 11, 13 and 16 August 2003 Colonel G met with members of the dead men’s tribe. He explained why Sergeant A had opened fire and gave the tribe a charitable donation of 2,500 dollars (USD) from the British Army Goodwill Payment Committee, together with a letter explaining the circumstances of the deaths and acknowledging that the deceased had not intended to attack anyone.

(..)

THE LAW

(..)

B. The merits

1. Jurisdiction

(b) The Court’s assessment

(..)

(δ) The Convention legal space (“*espace juridique*”)

141. The Convention is a constitutional instrument of European public order (...). It does not govern the actions of States not Parties to it, nor does it purport to be a means of requiring the Contracting States to impose Convention standards on other States (...).

142. The Court has emphasised that, where the territory of one Convention State is occupied by the armed forces of another, the occupying State should in principle be held accountable under the Convention for breaches of human rights within the occupied territory, because to hold otherwise would be to deprive the population of that territory of the rights and freedoms hitherto enjoyed and would result in a “vacuum” of protection within the “Convention legal space” (...). However, the importance of establishing the occupying State’s jurisdiction in such cases does not imply, *a contrario*, that jurisdiction under Article 1 of the Convention can never exist outside the territory covered by the Council of Europe Member States. The Court has not in its case-law applied any such restriction (...).

(ii) Application of these principles to the facts of the case

143. In determining whether the United Kingdom had jurisdiction over any of the applicants' relatives when they died, the Court takes as its starting point that, on 20 March 2003, the United Kingdom together with the United States of America and their coalition partners, through their armed forces, entered Iraq with the aim of displacing the Ba'ath regime then in power. This aim was achieved by 1 May 2003, when major combat operations were declared to be complete and the United States and the United Kingdom became Occupying Powers within the meaning of Article 42 of the Hague Regulations (...).

144. As explained in the letter dated 8 May 2003 sent jointly by the Permanent Representatives of the United Kingdom and the United States to the President of the United Nations Security Council (...), the United States and the United Kingdom, having displaced the previous regime, created the Coalition Provisional Authority "to exercise powers of government temporarily". One of the powers of government specifically referred to in the letter of 8 May 2003 to be exercised by the United States and the United Kingdom through the Coalition Provisional Authority was the provision of security in Iraq, including the maintenance of civil law and order. The letter further stated that "The United States, the United Kingdom and Coalition partners, working through the Coalition Provisional Authority, shall *inter alia*, provide for security in and for the provisional administration of Iraq, including by ...assuming immediate control of Iraqi institutions responsible for military and security matters".

145. In its first legislative act, CPA Regulation No. 1 of 16 May 2003, the Coalition Provisional Authority declared that it would "exercise powers of government temporarily in order to provide for the effective administration of Iraq during the period of transitional administration, to restore conditions of security and stability ..." (...).

146. The contents of the letter of 8 May 2003 were noted by the Security Council in Resolution 1483, adopted on 22 May 2003. This Resolution gave further recognition to the security role which had been assumed by the United States and the United Kingdom when, in paragraph 4, it called upon the Occupying Powers "to promote the welfare of the Iraqi people through the effective administration of the territory, including in particular working towards the restoration of conditions of security and stability ..." (...).

147. During this period the United Kingdom had command of the military division Multinational Division (South East), which included the province of Al-Basrah, where the applicants' relatives died. From 1 May 2003 onwards the British forces in Al-Basrah took responsibility for maintaining security and supporting the civil administration. Among the United Kingdom's security tasks were patrols, arrests, anti-terrorist operations, policing of civil demonstra-

tions, protection of essential utilities and infrastructure and protecting police stations (...).

148. In July 2003 the Governing Council of Iraq was established. The Coalition Provisional Authority remained in power, although it was required to consult with the Governing Council (...). In Resolution 1511, adopted on 16 October 2003, the United Nations Security Council underscored the temporary nature of the exercise by the Coalition Provisional Authority of the authorities and responsibilities set out in Resolution 1483. It also authorised “a multinational force under unified command to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq” (...). United Nations Security Council Resolution 1546, adopted on 8 June 2004, endorsed “the formation of a sovereign Interim Government of Iraq ...which will assume full responsibility and authority by 30 June 2004 for governing Iraq” (...). In the event, the occupation came to an end on 28 June 2004, when full authority for governing Iraq passed to the Interim Iraqi Government from the Coalition Provisional Authority, which then ceased to exist (...).

(iii) Conclusion as regards jurisdiction

149. It can be seen, therefore, that following the removal from power of the Ba’ath regime and until the accession of the Interim Government, the United Kingdom (together with the United States) assumed in Iraq the exercise of some of the public powers normally to be exercised by a sovereign government. In particular, the United Kingdom assumed authority and responsibility for the maintenance of security in South East Iraq. In these exceptional circumstances, the Court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basrah during the period in question, exercised authority and control over individuals killed in the course of such security operations, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention.

150. Against this background, the Court recalls that the deaths at issue in the present case occurred during the relevant period: the fifth applicant’s son died on 8 May 2003; the first and fourth applicants’ brothers died in August 2003; the sixth applicant’s son died in September 2003; and the spouses of the second and third applicants died in November 2003. It is not disputed that the deaths of the first, second, fourth, fifth and sixth applicants’ relatives were caused by the acts of British soldiers during the course of or contiguous to security operations carried out by British forces in various parts of Basrah City. It follows that in all these cases there was a jurisdictional link for the purposes of Article 1 of the Convention between the United Kingdom and the deceased. The third applicant’s wife was killed during an exchange of fire between a patrol of British soldiers and unidentified gunmen and it is not known which side fired the fatal bullet. The

Court considers that, since the death occurred in the course of a United Kingdom security operation, when British soldiers carried out a patrol in the vicinity of the applicant's home and joined in the fatal exchange of fire, there was a jurisdictional link between the United Kingdom and this deceased also”.

Anotação

SUMÁRIO: § 1. *Introdução.* § 2. *O conceito de jurisdição constante do artigo 1.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: a dimensão territorial.* § 3. *O conceito de jurisdição constante do artigo 1.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: a dimensão extraterritorial e os caminhos tímbueantes de Estrasburgo.* § 4. *Os acórdãos Al-Skeini e Al-Jedda e o seu impacto jurídico.*

§ 1. Introdução

I. No acórdão sob anotação, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹ concluiu pela violação do artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem² por parte do Reino Unido, porquanto este Estado não realizou um inquérito oficial e adequado à morte de cinco civis iraquianos mortos em 2003 pelas forças armadas britânicas em Bassorá (cidade situada no Sul do Iraque) durante a intervenção militar conduzida naquele ano e naquele país do Médio Oriente pelos exércitos norte-americano e britânico.

II. Neste processo, a questão de fundo a resolver era a de saber se a atuação das forças armadas britânicas consubstanciava uma violação do direito à vida, tal-qualmente previsto e protegido pelo artigo 2.º da CEDH. Para melhor se compreender esta questão, é preciso despende algumas palavras sobre a obrigação positiva que impende sobre os Estados Contratantes por força desta disposição.

Antes disso, diga-se que, apesar da importância central do direito à vida³, o n.º 2 do artigo 2.º da CEDH admite que a privação da vida de um indivíduo, por parte de um Estado Contratante, pode não ser ilícita, mas somente quando

¹ Doravante designado por “TEDH”.

² Doravante designada por “CEDH”.

³ O TEDH já teve o ensejo de se referir ao “valor supremo” do direito à vida [*vide* acórdão de 22 de março de 2001, queixa n.º 34044/96, 35532/97 e 44801/98 (*Streletz, Kessler e Krenz c. Alemanha*), n.ºs 87 e 94], bem como à sua natureza “primordial” e “sagrada” [*vide* acórdão de 29 de abril de 2002, queixa n.º 2346/02 (*Pretty c. Reino Unido*), n.ºs 37 e 65].

tal for “absolutamente necessário” para garantir a ordem pública⁴. Para além disso, a licitude da atuação do Estado Contratante depende da verificação de um requisito de proporcionalidade entre, de um lado, a força utilizada e a (possível) privação da vida de indivíduo e, de outro lado, o fim de ordem pública que se pretende acautelar.

É neste contexto que o TEDH tem afirmado, no que ora interessa, que sempre que de uma atuação (policial ou militar) do Estado – que vise realizar um dos fins inscritos no n.º 2 do artigo 2.º da CEDH – decorrer a morte de um indivíduo, o Estado em causa fica sujeito a uma obrigação positiva (de meios) de iniciar um inquérito público, adequado, independente, imparcial e transparente às causas da morte do indivíduo⁵, no qual a família tenha uma posição de relevo⁶. Este inquérito visa não só controlar o respeito pelo teor do n.º 2 do artigo 2.º da CEDH, mas também estudar possíveis falhas operacionais que se possam corrigir em futuras intervenções do mesmo género. Uma vez que o que está aqui em jogo é a confiança dos cidadãos no monopólio estadual do uso da força⁷ e que nenhuma democracia sobrevive sem a confiança dos cidadãos nas suas instituições, é mister que a investigação seja *efetiva* (o que implica, desde logo, que quem a conduza não tenha qualquer ligação às pessoas envolvidas nos eventos, *e.g.*, a nível pessoal, hierárquico ou institucional), *adequada* (no sentido de que os meios inquisitórios devem ser aptos a identificarem as causas e circunstâncias da morte ocorrida), e deve ser iniciada de *imediate* e conduzida com *celeridade razoável*⁸.

No caso ora em apreço, os queixosos invocavam que o Reino Unido não havia cumprido com as suas obrigações decorrentes deste artigo 2.º da CEDH, porquanto não iniciara este inquérito às circunstâncias da morte dos cinco civis iraquianos. Simplesmente, para que o TEDH apreciasse o mérito do pedido

⁴ Em concreto, quando a privação da vida de um indivíduo for absolutamente necessária “para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal”, “para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente”, ou “para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição” [cf. alíneas *a*), *b*) e *c*) do n.º 2 do artigo 2.º da CEDH].

⁵ Vide acórdão de 27 de setembro de 1995, queixa n.º 18984/91 [*McCann e outros c. Reino Unido*], n.º 161. No mesmo sentido, vide acórdãos de 19 de fevereiro de 1998, queixa n.º 22729/93 [*Kaya c. Turquia*], n.º 86, e de 14 de dezembro de 2000, queixa n.º 22676/93 [*Gül c. Turquia*], n.º 88. No acórdão *Ergi c. Turquia*, o TEDH alargou o âmbito da obrigação de investigação ao determinar que esta obrigação positiva não se confina às situações em que esteja estabelecido no processo que a morte foi causada por um agente do Estado, bastando, portanto, que haja uma dúvida razoável quanto a esta possibilidade [vide acórdão de 28 de julho de 1998, queixa n.º 23818/94 (*Ergi c. Turquia*), n.º 82].

⁶ Vide acórdão de 4 de maio de 2001, queixa n.º 24746/94 [*Hugh Jordan c. Reino Unido*], n.º 109.

⁷ Vide acórdão de 15 de maio de 2007, queixa n.º 52391/99 [*Ramsahai e outros c. Holanda*], n.º 325.

⁸ Vide, *inter alia*, o acórdão *Hugh Jordan c. Reino Unido*, *cit.*, n.º 108, ou o acórdão de 9 de abril de 2009, queixa n.º 71463/01 [*Šilih c. Eslovénia*], n.º 195.

formulado e, porventura, desse provimento à sua queixa, tinha de determinar primeiro se aqueles cinco civis iraquianos mortos em Bassorá se podiam subsumir na categoria de “pessoa[s] dependendo da sua [do Reino Unido] jurisdição”, nos termos do disposto no artigo 1.º da CEDH.

§ 2. O conceito de jurisdição constante do artigo 1.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: a dimensão territorial

I. Como é consabido, um dos conceitos-chave no modelo da CEDH é o de jurisdição: com efeito, dispondo o artigo 1.º deste tratado que “as Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção”, este conceito torna-se central para (i) a determinação do círculo de beneficiários dos direitos e liberdades cuja garantia é estabelecida pela CEDH, bem como para (ii) a determinação do Estado que, em concreto, deve ser demandado junto do TEDH. Visto por outra perspectiva, a importância fundamental do conceito de jurisdição reside no facto de ser ele, em última análise, a delimitar o conjunto de factos que pode ser levado ao conhecimento do Tribunal de Estrasburgo.

Prima facie, o conceito de jurisdição parece ser translúcido e reproduzir o princípio de direito internacional segundo o qual um Estado apenas pode ser obrigado a reconhecer e proteger direitos a quem se encontrar sob a sua esfera de “domínio”, numa posição que lhe permite (ao Estado) exercer a sua autoridade⁹, sendo firme que neste grupo de indivíduos sob o “domínio” do Estado incluem-se não apenas aqueles que sejam seus cidadãos, mas também os estrangeiros ou apátridas que residam no seu território ou que aí se encontrem num dado momento histórico¹⁰.

Não obstante, a realidade tem mostrado que bastantes vezes a jurisdição de um Estado Contratante não é estabelecida com facilidade, sobretudo quando ao Tribunal de Estrasburgo chegam casos em que as partes procuram “manipular” o conceito de jurisdição por forma a receberem proteção jurisdicional por parte do TEDH. Para além disso, a autonomia do conceito de jurisdição no âmbito da CEDH não permite que se possa verter acriticamente a noção jus-internacional de jurisdição, a qual está moldada para um contexto de relações entre Estados e tem o desiderato de definir a legitimidade do exercício exclusivo de um poder

⁹ Neste sentido, *vide* as decisões da Comissão de 26 de maio de 1975 [*Chipre c. Turquia*, queixas n.ºs 6780/74 e 6950/75] e de 28 de fevereiro de 1983 [*W. c. Irlanda*, queixa n.º 9360/81].

¹⁰ *Vide* decisão de 11 de janeiro de 1961, queixa n.º 788/60 [*Áustria c. Itália*], in *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, vol. IV, 139.

de autoridade, num determinado local, por parte de um Estado – ao invés do conceito constante dos tratados de proteção de direitos do homem, que visa estabelecer situações em que um Estado exerce um poder de facto específico sobre um território e quem aí se encontra, independentemente da licitude do exercício desses poderes em face do direito internacional público. Por isso, o conceito jus-internacional permite alocar poderes de soberania entre Estados, enquanto o segundo, ao invés, visa identificar o círculo de indivíduos cujos direitos e liberdades devem ser protegidos por um determinado Estado. Por essa razão, não só não está demonstrado que o conceito de jurisdição constante do artigo 1.º da CEDH é igual ou semelhante ao conceito de jurisdição usado em direito internacional público¹¹, como o recurso a um conceito puramente jus-internacional de jurisdição é “insustentável”¹² e metodologicamente desadequado¹³, sobretudo numa época como a atual, em que a emergência de um direito global tem posto em crise as noções jus-internacionais de “territorialidade” e de “jurisdição”¹⁴.

II. Ainda assim, o ponto de partida do TEDH para a densificação do conceito de jurisdição, tal-qualmente se encontra inscrito no artigo 1.º da CEDH, é a ideia de *territorialidade*. Com efeito, um dos ensinamentos clássicos das ciências do direito internacional público¹⁵ e da teoria geral do Estado é o de que o território é não apenas uma condição essencial para a existência de um Estado – correspondendo ao espaço geográfico, normalmente delimitado por fronteiras humanas, assenhoreado pelo povo e no qual este institui, por autoridade própria, o seu poder político

¹¹ ALEXANDER ORAKHELASHVILI, “Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights”, in *European journal of international law*, 2003, vol. 14, no. 3, 540-542; ALEXANDRA RÜTH/MIRJA TRILSCH, “Banković v. Belgium (Admissibility)”, in *American journal of international law*, vol. 97, 2003, no. 1, 171.

¹² SARAH MILLER, “Revisiting extraterritorial jurisdiction: a territorial justification for extraterritorial jurisdiction under the European Convention”, in *European journal of international law*, vol. 20, no. 4, 2009, 1231.

¹³ ANTONIO CASSESE, no seu já clássico manual de direito internacional, explica que a regra da territorialidade de jurisdição do direito internacional não pode ser vertida acriticamente para o domínio dos direitos do homem, cujo respeito deve ser garantido pelos Estados não apenas dentro do seu território, mas também quando atuem no estrangeiro (*vide International law*, Oxford, 1ª edition, 2001, 362-363, em nota).

¹⁴ Para uma súpula do problema, *vide* RAFAEL DOMINGO, *The new global law*, Cambridge, reprint, 2011, 65 e *et seq.*

¹⁵ *Vide* acórdãos de 14 de maio de 2002, queixas n.ºs 48205/99, 48207/99 e 48209/99 [*Gentilhomme, Schaff-Benhadi e Zerouki c. França*], n.º 20, e decisão de 12 de dezembro de 2001, queixa n.º 52207/99 [*Banković e outros c. vários países da NATO*], n.ºs 59-61.

originário¹⁶ –, mas também o elemento físico de determinação da jurisdição do Estado numa dupla vertente: (i) uma positiva, que sujeita à autoridade do Estado quem quer que se encontre nesse território; e (ii) uma negativa, que impede o exercício nesse espaço físico de qualquer outro poder¹⁷.

Um bom exemplo de como o TEDH tem sufragado este entendimento jus-internacional do conceito de jurisdição pode ser encontrado no processo *Ilaşcu e outros c. Moldávia e Rússia*¹⁸. Neste caso, três indivíduos encontravam-se detidos na Transnístria (região situada na Moldávia que declarou unilateralmente a sua independência em 1991, sem que a comunidade internacional a tenha reconhecido, e cuja luta separatista é suportada militar, económica e politicamente pela Rússia). Sendo manifesto que havia uma violação dos seus direitos tutelados pela CEDH, a questão que se levantava de seguida (mas logicamente anterior) era a de saber a que Estado Contratante a conduta ilícita devia ser imputável – *id est*, que Estado Contratante possuía jurisdição *in casu*. Procurando determinar quem possuía essa jurisdição, o TEDH começou por reproduzir uma regra básica no domínio da responsabilidade dos Estados: a de que “o exercício de jurisdição é condição necessária” para que lhe possam ser imputados quaisquer atos ou omissões alegadamente contrários à CEDH. Depois, lembrando aquela regra central do direito internacional público a que nos referimos, o TEDH salientou que a noção de jurisdição comporta uma dimensão essencialmente territorial e estabelece uma presunção (ilidível, é certo) de que a jurisdição é exercida sobre a integralidade do território do Estado¹⁹.

¹⁶ Vide, por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Estado”, in *Enciclopédia Pólis*, cols. 1126-1177, e FILIPA URBANO CALVÃO/MANUEL FONTAINE CAMPOS/CATARINA SANTOS BOTELHO, *Introdução ao direito público*, Coimbra, 2011, 53-70.

No seu manual clássico de direito internacional público, GEORG SCHWARZENBERGER identificava a jurisdição territorial como correspondendo à “autoridade sobre uma porção geograficamente definida da superfície terrestre e do espaço sobre e sob o solo, que a entidade soberana reclama como seu território” (*vide A manual of International Law*, volume 1, 4th edition, London, 1960, 86).

¹⁷ Como o Tribunal Permanente de Justiça Internacional já teve o ensejo de referir, no seu acórdão *Lótus*, proferido a 7 de setembro de 1927, “a restrição mais importante imposta pelo direito internacional ao Estado é a de excluir – salvo regra permissiva contrária – o exercício do seu poder sobre o território de um outro Estado. Neste sentido, a jurisdição é certamente territorial; ele [o poder] não poderá ser exercido fora do seu território [do Estado], a não ser que haja uma regra permissiva decorrente do direito internacional costumeiro ou de um tratado internacional” (cf. *Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, “Recueil des arrêts”, Série A, n.º 10, 18-19).

¹⁸ Vide acórdão de 8 de julho de 2004, queixa n.º 48787/99 [*Ilaşcu e outros c. Moldávia e Rússia*], n.ºs 311-320.

¹⁹ No domínio do direito dos tratados, a Convenção de Viena de 1969 estabelece uma presunção semelhante, ao dispor, no seu artigo 29.º, que, “salvo se o contrário resultar do tratado ou tenha

Ou seja, duas ideias resultam de imediato deste aresto: (i) primeira, a de que o conceito de jurisdição constante do artigo 1.º da CEDH tem uma dimensão primariamente territorial, com isto se querendo afirmar que a jurisdição de um Estado Contratante se confunde com o seu território; (ii) segunda, a de que, salvo prova em contrário, a jurisdição do Estado engloba todo o seu território, pelo que (em abstrato) podem ser levados ao conhecimento do TEDH quaisquer factos contrários à CEDH que sejam praticados nesse território²⁰, sendo demandado no TEDH o próprio Estado²¹. Para além disso, não foi dito neste acórdão, mas é entendimento unânime o de que, por poder presumir-se que um Estado exerce os seus poderes de autoridade sobre a totalidade do seu território, ele não pode, por mera declaração unilateral, eximir-se do dever de respeito pelos direitos do homem numa parcela do seu território²².

Ao efetuar esta aproximação “territorial” ao conceito de jurisdição, o TEDH aceitou como metodologia a de abordar o artigo 1.º da CEDH através de uma colagem (indevida) às lições do direito internacional público.

III. Não é de somenos importância a referência feita pelo TEDH à “prova em contrário” que permite afastar a responsabilidade de um Estado por factos ocorridos no seu território – mas não sob sua jurisdição. Com efeito, no já referido acórdão *Ilaşcu e outros c. Moldávia e Rússia*, o TEDH admitiu que “esta pre-

sido de outro modo estabelecido, a aplicação de um tratado estende-se à totalidade do território de cada uma das Partes”.

²⁰ Desde que, claro está, estes factos se encontrem no âmbito de uma relação jurídica vertical que oponha o Estado e um particular. Como é consabido, os Estados Contratantes não podem ser responsabilizados por factos praticados no âmbito de relações puramente privadas, a menos que lhes seja imputável o não cumprimento de uma obrigação positiva.

²¹ Neste domínio, é mister notar que, ao invés do que sucede com a Convenção Interamericana dos Direitos do Homem de 1969 (cf. artigo 28.º), a CEDH não contém nenhuma “cláusula federal” que exima a responsabilidade dos Estados federais pelos atos praticados pelas autoridades dos Estados federados ou por entidades públicas infra-estaduais, mesmo que estes últimos disponham constitucionalmente de autonomia [vide acórdão de 8 de abril de 2004, queixa n.º 71503/01 (*Assanidzé c. Geórgia*), n.ºs 141 e 146].

Este reconhecimento de que a jurisdição de um Estado compreende um território sobre o qual ele não exerce nenhuma autoridade efetiva (como sucede no caso da Geórgia em relação à Adjária, discutida neste processo) pode levantar um problema de ordem prática relativo à possibilidade de o Estado Contratante conseguir executar *efetivamente* o acórdão do TEDH (vide SYMEON KARAGIANNIS, “Le territoire d’application de la Convention Européenne des Droits de l’Homme. *Vaetera et Nova*”, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n.º 61, Janvier 2005, 84-85).

²² FRÉDÉRIC SUDRE, “La notion de jurisdiction (*Ilaşcu et al. c/ Moldavie et Russie*, 8 juillet 2004)”, in FRÉDÉRIC SUDRE/JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD/JOEL ANDRIANTSIMBAZOVINA/ADELINE GOUTTENOIRE/MICHEL LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 5.ème édition, Paris, 2009, 735.

sunção pode ser limitada em circunstâncias excepcionais, nomeadamente quando um Estado é impedido de exercer a sua autoridade em parte do seu território”, designadamente em caso de ocupação militar ou luta separatista apoiada por um terceiro Estado²³ 24. Ou seja, o TEDH assume que não é razoável impor-se ao Estado a responsabilidade por um conjunto de atos ou omissões que ocorrem num território que foi amputado à sua autoridade – tratando-se, por isso, de eventos cuja verificação não controla. Pois bem, esta circunstância excepcional é relevante, não porque afaste a jurisdição de um Estado Contratante sobre um determinado território (o que, para o TEDH, parece não suceder²⁵), mas porque permite afastar da esfera jurídica do Estado Contratante a imputação das condutas que se materializem numa violação da CEDH, confinando essa responsabilidade ao dever de o Estado em causa diligenciar – por todos os meios legais e diplomáticos ao seu dispor – pelo respeito pelos direitos do homem no seu território.

Desta forma, o que o TEDH pretende é conferir uma “nova dimensão ao dever de diligência que decorre do artigo 1.º da [CEDH]”²⁶ e, destarte, punir o Estado não pelas condutas que, em concreto, violam a CEDH, mas pela sua inação perante estas condutas desconformes com a CEDH. Assim sendo, o resultado desta jurisprudência não é o de fazer cessar a jurisdição de um Estado Contratante sobre um determinado espaço geográfico do seu território²⁷, mas antes o de reduzir a sua responsabilidade ao domínio das obrigações positivas de tutela dos direitos protegidos pela CEDH²⁸ 29, condenando o Estado que permaneça

²³ Já antes, no acórdão *Chipre c. Turquia*, o TEDH tinha sufragado este entendimento, mas sem recorrer a esta fundamentação [vide acórdão de 10 de maio de 2001, queixa n.º 25781/94 (*Chipre c. Turquia*), n.º 78].

²⁴ Todavia, o TEDH já teve o ensejo de referir que não afasta a presunção de jurisdição a circunstância de um facto alegadamente desconforme com a CEDH ocorrer durante um período revolucionário, porquanto a excecionalidade do momento histórico não exime o Estado Contratante – qualquer que seja o seu Governo, ou a sua fonte de legitimidade – do dever de respeito pelos direitos reconhecidos pela CEDH [neste sentido, vide decisão da Comissão de 24 de janeiro de 1968, queixas n.ºs 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67 (*Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda c. Grécia*)].

²⁵ Aliás, do ponto de vista puramente jus-internacional, a Moldávia continua a dispor de jurisdição sobre esse território.

²⁶ GÉRARD COHEN-JONATHAN, “À propos des arrêts *Assanidzé* (8 Avril 2004), *Ilascu* (8 Juillet 2004) et *Issa* (16 Novembre 2004)”, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n.º 64, Octobre 2005, 774.

²⁷ O que cria, aparentemente, uma espécie de “concurso positivo de jurisdições”, decorrente da conjugação desta responsabilidade (ainda que diminuta) com a doutrina da jurisdição extraterritorial, que exporemos *infra*.

²⁸ FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 9.ª edição, Paris, 2008, 676.

²⁹ Mais recentemente, a mesma solução seria reproduzida noutro processo em que se discutia a violação das garantias previstas no artigo 5.º da CEDH por parte das autoridades da Transnístria [vide acórdão de 15 de novembro de 2011, queixa n.º 23687/05 (*Ivanțoc e outros c. Moldávia e Rússia*), n.º 111].

indiferente face a uma amputação de autoridade relativamente a uma parcela do seu território e à consequente violação de direitos do homem nesse território. Na prática, aquilo que o TEDH reconhece, neste aresto, é a ideia pela qual iniciamos este pequeno excursus, isto é, a de que o Estado é responsável quando (mas apenas quando) exerça algum “domínio” ou “poder de autoridade” sobre um indivíduo. Não o exercendo, desaparece *ipso facto* a sua responsabilidade pela prática de atos contrários à CEDH, muito embora persista a sua responsabilidade pela inércia na tomada de ações que permitam impedir ou pôr cobro à violação dos direitos do homem em espaços geográficos do seu território nos quais não exerça “poderes de autoridade”.

Todavia, esta orientação jurisprudencial foi de imediato sujeita a alguns reparos, desde logo feitos pelo juiz Loukis Loucaides que salientou, na sua declaração de voto anexa ao acórdão, que nada no processo permitia aferir que a Moldávia exercia alguma autoridade direta ou indireta sobre aquele território³⁰, o que, por extensão, significaria que não dispunha aí de qualquer jurisdição. Alargar o conceito de jurisdição ao ponto de obrigar o Estado Contratante a uma obrigação positiva de atuar por meios diplomáticos ou judiciais (para garantir o respeito pelos direitos do homem numa região onde não exerce qualquer autoridade) seria, no seu entender, alargá-lo a um ponto “absurdo” e “falacioso”, quanto mais não seja porque tal implicaria que todos os Estados Contratantes dispusessem de jurisdição sobre qualquer indivíduo, em qualquer território de um Estado Contratante, e estivessem vinculados a uma obrigação de agir por meios diplomáticos ou judiciais. Para além disso, também tem sido sublinhado que a vinculação a uma obrigação positiva é logicamente antecedida pelo facto de um indivíduo se encontrar sob jurisdição (ou sob autoridade) de um Estado³¹: se a conclusão a que o TEDH chegara foi a de que o Estado não exercia autoridade sobre um indivíduo, ou seja, que não está em condições de cumprir com uma obrigação (negativa ou positiva) decorrente da CEDH, então não pode estar vinculado a essa obrigação, nem ser responsabilizado pela sua violação.

Não é, todavia, posição que sufraguemos: como vimos, o TEDH entende que, caso um Estado Contratante não exerça poderes de autoridade efetivos sobre uma parcela do seu território, ele não perdeu jurisdição (em sentido puramente

³⁰ Aliás, no n.º 341 deste aresto o TEDH reconhece que a Moldávia não tem capacidade para controlar militarmente o território da Transnistria – texto, aliás, que tem levado alguma doutrina a questionar se a *contrario* o TEDH está a dar a sua bênção a uma atuação militar da Moldávia naquele território e a interpretar o n.º 4 do artigo 2.º e o artigo 51.º, ambos da Carta das Nações Unidas, no sentido de que a proteção dos direitos do homem, a par da legítima defesa, consubstancia uma situação de uso lícito da força em direito internacional (SYMEON KARAGIANNIS, “Le territoire d’application”, *cit.*, 79).

³¹ SYMEON KARAGIANNIS, “Le territoire d’application”, *cit.*, 78.

jus-internacional, é certo) sobre esse território; o que sucede, isso sim, é que não pode ser responsabilizado por violações cuja verificação esse Estado Contratante não controla (nesse sentido, é defensável que o Estado Contratante não dispõe de jurisdição apenas para os efeitos do artigo 1.º da CEDH). Porém, um imperativo ético veda aos Estados que, nestas situações, permaneçam impávidos e serenos face a um “esbulho” de autoridade e a violações de direitos do homem perpetradas sobre os seus cidadãos. O que se lhes exige é um mínimo: agirem por via diplomática, “reivindicando” a sua autoridade sobre aquele território e apelando ao fim das violações de direitos do homem perpetradas sobre os seus cidadãos.

Em todo o caso, decorre deste acórdão que a posição do Tribunal de Estrasburgo é, num primeiro momento, a de aceitar o sentido comum da (e comumente atribuído à) expressão jurisdição, assumindo que ela se define fazendo apelo a um critério territorial³².

§ 3. O conceito de jurisdição constante do artigo 1.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: a dimensão extraterritorial e os caminhos titubeantes de Estrasburgo

I. O “cavalo de Tróia” da jurisprudência do TEDH respeitante ao conceito de jurisdição é a sua teoria da *extraterritorialidade*, segundo a qual a jurisdição de um Estado Contratante não se confina ao interior do seu território, podendo reconhecer-se que determinado indivíduo está sob o seu “domínio” mesmo quando se encontra no território de um terceiro Estado. O caminho enveredado para se chegar a tal resultado, como veremos, é sinuoso e trouxe problemas que não foram prévia e devidamente antolhados pelo TEDH. Tanto o referido acórdão *Ilaşcu e outros c. Moldávia e Rússia*, quanto os acórdãos *Loizidou c. Turquia* e *Chipre c. Turquia* (que lhe são anteriores) são bons exemplos de como o TEDH aplica esta teoria.

II. Ainda no final de década de 1980 e início da década de 1990, o TEDH começou a erodir a ligação do conceito de jurisdição ao território do Estado Contratante ao admitir a responsabilidade de um Estado por uma violação ocorrida fora do seu território, mas que tenha na sua génese um ato jurídico que lhe seja imputável³³ – *teoria dos efeitos extraterritoriais dos atos do Estado* –, bem como ao adotar na sua jurisprudência a proibição de extradição ou expulsão de um indivíduo para

³² Vide decisão *Banković, cit.*, n.ºs 59–61.

³³ Vide acórdão de 26 de junho de 1992, queixa n.º 12747/87 [*Drozdz e Janousek c. França e Espanha*].

um território não coberto pela CEDH quando haja o risco da prática de atos de tortura ou de privação ilícita da vida³⁴.

Para além disso, o TEDH sempre reconheceu a jurisdição extraterritorial dos Estados de acordo com o estatuído em normas de direito internacional já longamente estabelecidas³⁵: é, designadamente, o que sucede em questões relativas aos atos de agentes consulares ou de diplomatas, bem como com os factos ocorridos em barcos ou aeronaves registadas ou com o pavilhão de um determinado Estado³⁶; em caso de violações particularmente graves de direitos do homem, em que os tribunais de um Estado podem reclamar jurisdição universal³⁷; ou sempre que um agente do Estado exerça autoridade ou algum tipo de controlo físico sobre um indivíduo ou uma propriedade quando atuem fora do território desse mesmo Estado³⁸ – *teoria do controlo efetivo sobre um indivíduo ou do agente de Estado*.

III. O passo mais importante na consolidação da teoria da jurisdição extraterritorial dos Estados deu-se quando o TEDH admitiu que, sob condições excecionais, se podia admitir que um Estado Contratante fosse responsável por factos ocorridos no território de um terceiro Estado³⁹, desde que existisse uma *justificação especialmente ponderosa* em face das circunstâncias de um caso concreto. Mais concretamente, o TEDH tomou como foco de atenção o facto de um Estado Contratante poder exercer um “controlo efetivo” sobre o território de

³⁴ Vide acórdãos de 7 de julho de 1989, queixa n.º 14038/88 [*Soering c. Reino Unido*], n.º 91, de 20 de março de 1991, queixa n.º 15576/89 [*Cruz Varas e outros c. Suécia*], n.ºs 69-70, ou de 30 de outubro de 1991, queixas n.ºs 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87 [*Vilvarajah e outros c. Reino Unido*], n.º 103.

³⁵ Cf., por todos, o clássico *Oppenheim’s International Law*, ROBERT JENNINGS/ARTHUR WATTS (ed.), 9th edition, reprint, 2008, vol. 1, § 138, e GEORG SCHWARZENBERGER, *A manual*, cit., 87 e 89-90.

³⁶ Recentemente, no acórdão *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*, o TEDH aplicou este raciocínio a uma operação humanitária de salvamento de náufragos por parte de um navio da Guarda Costeira italiana. O caso tem na sua génese um episódio ocorrido em 2009, quando um grupo de cerca de 200 indivíduos procurou entrar ilegalmente em território italiano, através de uma embarcação, e foi intercetado por um navio da Guarda Costeira italiana e conduzido à Líbia, de onde alegadamente tinha partido. Por essa razão, os queixosos alegaram que Itália violou o artigo 3.º da CEDH (na medida em que a sua entrega ao Governo líbio os expôs a um risco objetivo de tortura ou de tratamento desumano ou cruel), o artigo 4.º do Protocolo n.º 4 (proibição de expulsão coletiva de estrangeiros) e o artigo 13.º (direito a um recurso efetivo). Puxando as fronteiras da jurisdição da CEDH para o coração do direito dos refugiados, o TEDH declarou que os factos indicavam que os indivíduos se encontravam sob jurisdição italiana [vide acórdão de 23 de fevereiro de 2012, queixa n.º 27765/09 (*Hirsi Jamaa e outros c. Itália*), n.ºs 76-82].

³⁷ Vide, *inter alia*, o acórdão *Assanidzé c. Geórgia*, cit., n.º 137, § 2.

³⁸ Vide, *inter alia*, a decisão da Comissão de 24 de junho de 1996, queixa n.º 28780 [*Illich Sanchez Ramirez c. França*].

³⁹ Vide decisão *Banković*, cit., n.º 71, e acórdão *Ilaşcu e outros c. Moldávia e Rússia*, cit., n.º 314.

outro Estado, mormente em consequência de uma ocupação militar ou de consentimento, convite ou aquiescência deste último Estado: a partir deste momento, o TEDH descolou definitivamente da visão clássica e territorial do conceito de jurisdição e adotou uma noção mais radical de jurisdição que viria a estender o próprio campo de aplicação (*rationae loci* e, de certa forma, *rationae materiae*, como veremos *infra*) da CEDH.

Esta jurisprudência tem na sua origem a ocupação do Norte de Chipre pela Turquia. Assim, no processo *Loizidou c. Turquia*⁴⁰ uma cidadã cipriota questionava a conformidade com a CEDH da sua detenção por parte das forças militares e policiais turcas e da denominada “República Turca de Chipre do Norte” aquando de um protesto contra a ocupação da zona setentrional da daquela ilha mediterrânica pelo exército turco. Como esta “República” não é parte na CEDH, nem é reconhecida internacionalmente – exceto pela própria Turquia⁴¹ –, a requerente apresentou a sua queixa contra o Estado turco, o qual invocou que os factos não ocorreram sob sua jurisdição. Chamado a pronunciar-se, o TEDH referiu que, “pese embora o artigo 1.º da Convenção estabeleça limites quanto ao alcance da Convenção, o conceito de «jurisdição» constante desta norma não se restringe ao território nacional da Alta Parte Contratante”. Mais afirmou que, atendendo ao “objeto e fim da Convenção, a responsabilidade de uma Parte Contratante também pode decorrer quando, em consequência de uma ação militar – seja ela lícita ou ilícita –, exerça um controlo efetivo sobre uma área fora do seu território nacional. A obrigação de assegurar, nessa área, os direitos e liberdades previstos na Convenção deriva desse controlo, seja ele exercido diretamente, através das suas forças armadas, ou através de uma administração local subordinada”⁴² – ou seja, para o TEDH a Turquia violou uma obrigação positiva decorrente da CEDH. Em momento algum, como se vê, o TEDH se reportou ao conceito jus-internacional de jurisdição, nem citou nenhum aresto ou doutrina de direito internacional para fundamentar a sua decisão. A razão de ser para este aparente “esquecimento” é a de que em direito internacional o “controlo efetivo sobre uma área” não determina fatalmente a jurisdição de um Estado sobre este território e o recurso a

⁴⁰ Vide acórdão de 23 de março de 1995, queixa n.º 15318/89 [*Loizidou c. Turquia*].

⁴¹ Tendo contribuído com a sua força militar (designadamente através de uma ocupação militar ocorrida em 1974) para a criação da situação jurídica e política existente na ilha de Chipre, o reconhecimento internacional da República Turca do Chipre do Norte por parte do Estado turco será destituído de eficácia jurídica e existe uma obrigação, por parte da comunidade internacional, de não reconhecer a aludida “República” (*vide, inter alia*, JORGE MIRANDA, *Curso de direito internacional público*, 4.ª edição, Cascais, 2009, 223; NGUYEN QUOC DINH/PATRICK DAILLIER/ALAIN PELLET, *Direito internacional público*, trad. portuguesa, 2.ª edição, Lisboa, 2003, 576-577; e JOE VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelas, 2000, 70-71).

⁴² Cf. n.º 62. Já antes a Comissão se tinha pronunciado no mesmo sentido (cf. n.º 58).

esse conceito (jus-internacional) implicaria porventura que os indivíduos não se encontrassem sob jurisdição da Turquia. Com efeito, o conceito jus-internacional de jurisdição visa determinar a licitude do exercício de poderes de autoridade por parte de um Estado e, em rigor, o “controlo efetivo” do território de um terceiro Estado não pode ser qualificado, à luz deste conceito, como o exercício lícito de um poder de jurisdição. Pelo contrário, o conceito de jurisdição constante dos tratados de proteção de direitos do homem visa fixar uma dupla regra: (i) por um lado, de delimitação da responsabilidade do Estado por atos praticados fora do seu território; (ii) por outro lado, de competência de *rationae loci* dos tribunais internacionais. Por esta razão, o “controlo efetivo” a que os juízes de Estrasburgo se referiram neste acórdão *Loizidou c. Turquia* nada tem a ver com o conceito jus-internacional de jurisdição. Por isso, o juízo do TEDH não é o de que a Turquia, após a invasão do Norte de Chipre, passou a exercer aí jurisdição no sentido de direito internacional (*id est*, de licitamente exercer poderes de autoridade através da fixação de regras gerais de conduta aplicáveis a todos os sujeitos aí residentes ou estabelecidos), mas antes o de que pode ser juridicamente responsável pelas violações de direitos do homem aí ocorridas, pois é este o conceito de jurisdição que trespassa os tratados de proteção de direitos do homem: determinar quando um Estado controla um território e as pessoas que aí se encontrem e se encontra em posição de controlar a verificação do evento violador de um direito ou liberdade, e não determinar se um Estado pode licitamente exercer poder de autoridade sobre esse território; determinar quando um território é *de facto* sujeito ao controlo de um Estado, e não determinar quando um Estado exerce licitamente controlo sobre um território.

O mesmo seria mais tarde repetido no acórdão *Chipre c. Turquia*⁴³. Neste aresto, o TEDH, após confirmar as conclusões a que chegara no acórdão *Loizidou c. Turquia*, deixou patente que a responsabilidade da Turquia não se confinava aos atos praticados pelas suas forças armadas, mas que também lhe eram imputados os atos praticados pela administração local (*in casu*, pelas forças da República Turca do Chipre do Norte), uma vez que esta apenas subsiste em razão do seu apoio militar, político e económico⁴⁴. Para além disso, o TEDH ainda esclareceu que a tese oposta seria contrária à “ordem pública europeia”, porquanto criaria uma zona de *vacuum* no sistema europeu de direitos do homem, ao retirar da esfera jurídica dos indivíduos que residem nessa zona de Chipre uma proteção de que antes beneficiavam quando se encontravam sob jurisdição de Chipre⁴⁵. Destarte, o que o TEDH afirmou, neste dois acórdãos sobre a ocupação do Norte de Chipre,

⁴³ Vide acórdão *Chipre c. Turquia*, *cit.*, n.ºs 75-81.

⁴⁴ Cf. n.º 77.

⁴⁵ Cf. n.º 78.

foi que a ocupação militar (lícita ou ilícita⁴⁶) é um facto excecional suficientemente ponderoso para obrigar um Estado Contratante a garantir o respeito pela CEDH nesse território. Ainda assim, seria preciso esperar pela decisão *Banković* para se densificar a fórmula de reconhecimento de jurisdição extraterritorial de um Estado contida em ambos os arestos: ela é excecional e fundada numa justificação especial decorrente dos factos concretos⁴⁷. Apesar de todos os reparos que se podem assacar a esta decisão, a verdade é que o TEDH esteve bem no processo *Banković* ao aperfeiçoar a jurisprudência relativa à ocupação do Norte de Chipre, afirmando a *excecionalidade* da jurisdição extraterritorial de um Estado Contratante⁴⁸.

A mesma orientação foi seguida, mais tarde, no já aludido acórdão *Ilaşcu e outros c. Moldávia e Rússia*. Neste aresto, o TEDH – citando a jurisprudência sobre a ocupação turca da ilha de Chipre – salientou que a preponderância do elemento territorial não é de molde a afastar o exercício de jurisdição fora do território nacional. Nesse sentido, recordou que “em circunstâncias excecionais os atos de um Estado Contratante praticados fora do seu território, ou que aí produzam os seus efeitos”, podem ser-lhe imputáveis ao abrigo do disposto no artigo 1.º da CEDH⁴⁹. No caso, a presença militar russa e, sobretudo, o apoio político e económico deste Estado levou o TEDH a considerar que os queixosos se encontravam sob jurisdição da Rússia, muito embora estivessem no território da Moldávia⁵⁰: ou seja, o percurso do TEDH foi o de reconhecer que um Estado deixou de exercer autoridade sobre um território, e por isso não pode ser responsabilizado pelos atos e omissões desconformes com a CEDH que aí sejam praticados; mas, em paralelo, o TEDH reconheceu também que outro Estado passou a exercer controlo sobre essa parcela geográfica – dispondo, por isso, de jurisdição sobre este espaço geográfico –, pelo que pode ser responsável pela prática desses atos e omissões desconformes com a CEDH.

Destarte, ficou estabelecido na jurisprudência do TEDH que a jurisdição de um Estado Contratante pode ser extraterritorial, para além das situações *supra*

⁴⁶ FRÉDÉRIC SUDRE, “La notion de jurisdiction”, *cit.*, 738.

⁴⁷ Cf. n.ºs 61 e 71. Neste aresto nota-se uma clara mudança na terminologia adotada pelo TEDH, que tem por desiderato restringir o alcance dos acórdãos *Loizidou c. Turquia* e *Chipre c. Turquia* (vide ALEXANDRA RÜTH/MIRJA TRILSCH, “Banković v. Belgium (Admissibility)”, *cit.*, 171).

⁴⁸ JOANNE WILLIAMS, “*Al Skeini*: a flawed interpretation of *Banković*”, in *Wisconsin international law journal*, 2005, no. 23, 693.

⁴⁹ Cf. n.º 314, § 2. Uma diferença entre este aresto e o acórdão *Loizidou c. Turquia*: enquanto neste último o TEDH parece exigir que o Estado exerça um controlo decisivo sobre as políticas e ações desenvolvidas fora do seu território (vide acórdão 18 de dezembro de 1996, n.º 56, § 2), no acórdão *Ilaşcu e outros c. Moldávia e Rússia* o TEDH contenta-se com o exercício (ainda que efetivo) de um controlo global sobre o território (cf. n.º 314, § 3).

⁵⁰ A mesma solução foi reproduzida no referido acórdão *Ivanțoc e outros c. Moldávia e Rússia* (cf. n.º 120).

aludidas, quando este Estado, na sequência de uma ação militar, exerça um controlo efetivo sobre um território estrangeiro, mesmo que não o reivindique como seu território, ou aí não se aplique a sua ordem jurídica. Esta inovação jurisprudencial resultou da necessidade de o TEDH dar resposta a um conjunto de situações em que as alegadas violações da CEDH não eram perpetradas diretamente por agentes do Estado Contratante em causa, mas antes *indiretamente*, em resultado da ação de agentes locais que atuavam com o apoio deste último Estado⁵¹, pois nestas situações os testes tradicionais (*e.g.*, o do controlo de um agente de Estado sobre um indivíduo) revelar-se-iam insuficientes para estabelecer uma conexão de jurisdição relevante, o que redundava na negação da proteção efetiva dos direitos do homem nesse território.

IV. Dito isto, a *vaexata questio* está ainda por abordar. O drama do processo *Banković* – fora todas as idiossincrasias políticas que o envolvem – residia no facto de colocar em causa não apenas as fronteiras do Estado, mas também as da própria CEDH. Neste processo, um conjunto de cidadãos da antiga República Federal da Jugoslávia (que *não era parte* na CEDH) apresentaram uma queixa contra os diversos Estados (membros da NATO) que participaram na operação militar que decorreu naquele país na sequência do conflito no Kosovo. Em concreto, alegaram os particulares que, durante o bombardeamento a Belgrado, um conjunto de cidadãos jugoslavos foram mortos ou feridos em violação do disposto nos artigos 2.º, 10.º, e 13.º da CEDH.

Tendo de determinar se estes indivíduos se encontravam sob jurisdição dos diversos países demandados, o TEDH começou por afirmar a regra geral de direito internacional segundo a qual a jurisdição de um Estado se define e se delimita através de um critério territorial, mas, apelando à jurisprudência *supra* aludida, reconheceu que em casos excecionais se pode admitir o exercício extraterritorial de jurisdição por parte de um Estado Contratante, nomeadamente quando o “Estado demandado, através de um controlo efetivo do território em causa e dos seus habitantes, em consequência de uma ocupação militar ou mediante consentimento, convite ou aquiescência do Governo daquele território, exerce todos ou alguns dos poderes públicos normalmente exercidos por aquele Governo”⁵².

⁵¹ BARBARA MILTNER, “Extraterritorial jurisdiction under the European Convention on Human Rights: an expansion under *Isaak v. Turkey?*”, in *European human rights law review*, 2007, issue 2, 174

⁵² Cf. n.ºs 59 e 71. Esta fórmula muito estreita de “controlo sobre território e habitantes” e “exercício de *poderes públicos* normalmente exercidos por um Governo” (itálico nosso) não voltou a ser repetida pelo TEDH, embora a segunda expressão tenha sido recuperada no acórdão *Al-Skeini*, o que mostra uma aparente vontade do TEDH em assumir neste último aresto um compromisso firme com a fórmula *Banković* (no mesmo sentido, *vide* BARBARA MILTNER, “Extraterritorial jurisdiction”, *cit.*, 176).

Destarte, o TEDH deixou claras duas ideias: em primeiro lugar, a de que a aplicação extraterritorial da CEDH é excepcional e carece de ser justificada por uma razão suficientemente ponderosa; em segundo lugar, e após analisar *na sua jurisprudência* as circunstâncias que justificam a aplicação extraterritorial da CEDH, a de que o conceito jus-internacional de jurisdição pode ser um ponto de partida de análise, mas que as noções não têm de ser equivalentes⁵³.

Todavia, o TEDH entendeu que os factos não permitiam que se entendesse que aqueles Estados dispusessem de jurisdição sobre o território da antiga República Federal da Jugoslávia, porquanto⁵⁴: (i) em primeiro lugar, porque o bombardeamento aéreo não se consubstancia num controlo efetivo do território ou dos indivíduos aí estabelecidos; (ii) depois, porque tal asserção equivaleria à aceitação de que qualquer indivíduo, em qualquer local do Mundo, pudesse invocar que se encontra sob jurisdição de um Estado Contratante, sempre que fosse afetado por um ato desse Estado; (iii) em terceiro lugar, porque essa amplitude conceptual não foi tida em consideração pelo legislador histórico da CEDH⁵⁵, o qual, à data da sua redação, já tinha em seu poder o texto do artigo 1.º das Convenções de Genebra de 1949 no qual existe uma cláusula de jurisdição com essa magnitude; (iv) por fim, porquanto essa conceção contém uma confusão entre os conceitos de “estar-se sob jurisdição” de um Estado e “ser-se vítima” de um ato desse Estado. Por isso mesmo, o TEDH recordou que é seu dever preservar a natureza da CEDH enquanto instrumento constitucional de ordem pública europeia, o que não se compadece com a subtração de um conjunto de indivíduos à proteção garantida pelos mecanismos da CEDH – tal como sucedia com os habitantes do Norte de Chipre. Todavia, o entendimento do TEDH é, também, o de que a CEDH é um tratado multilateral que opera “num contexto essencialmente regional”, nomeadamente no *espace juridique* dos Estados Contratantes, sendo certo que, para os juízes de Estrasburgo, a CEDH não dispõe de uma vocação de aplicação universal, mesmo quando estejam em causa atos dos Estados Contratantes⁵⁶. Destarte,

⁵³ Este reconhecimento da autonomia da CEDH face ao direito internacional público leva a que o TEDH recorra ao direito internacional para “confirmar” ou “justificar” a existência de jurisdição, mas não para “impor” uma noção de jurisdição. No mesmo sentido, *vide* SARAH MILLER, “Revisiting extraterritorial jurisdiction”, *cit.*, 1232.

⁵⁴ Cf. n.º 75.

⁵⁵ Este argumento é bastante contraditório com a jurisprudência do TEDH, segundo a qual a CEDH é um “instrumento vivo” que deve ser sujeito a uma interpretação atualista que revise os parâmetros e conceitos definidos pelos redatores da CEDH [*vide, inter alia*, acórdão de 25 de abril de 1978, queixa 5856/72 (*Tyrer c. Reino Unido*), n.º 31, § 2]. No mesmo sentido, *vide* RALPH WILDE, “The «legal space» or «espace juridique» of the European Convention on Human Rights: is it relevant to extraterritorial state action?”, in *European human rights law review*, 2005, no. 2, 117.

⁵⁶ Cf. n.º 80.

o TEDH concluiu que os indivíduos que alegadamente eram vítimas dos factos descritos no processo não se encontravam sob jurisdição dos Estados demandados e declarou a petição inadmissível, pois a defesa da ordem pública europeia não é compaginável com a aplicação da CEDH em regiões que não partilham os valores que lhe estão subjacentes. Uma atitude diferente, para o TEDH, equivaleria à imposição por via judicial de elementos culturais exógenos, por um tribunal estranho à sua ordem jurídica, em violação da soberania e autodeterminação dos povos. Subjacente à posição do TEDH encontrava-se a ideia de que há, de facto, interesse em impedir a formação de lacunas na proteção dos direitos do homem através do estabelecimento da jurisdição de um Estado Contratante, caso exista entre este e os factos descritos alguma conexão suficientemente justificante, mas apenas naquelas situações em que, não fossem as especificidades dos factos, os indivíduos nesse território contariam com a proteção garantida pela CEDH – ou seja, quando antes da ocupação em causa a CEDH fosse aplicável nesse território.

V. Esta decisão *Banković* – certamente influenciada pelo receio de que o TEDH, já atolado em processos, ficasse asfixiado com a entrada de petições relativas a conflitos geograficamente distantes e politicamente muito sensíveis⁵⁷, e pelo facto de o TEDH não querer assumir o papel de árbitro nas campanhas militares de luta contra o terrorismo – marcou decisivamente a “infância” da jurisprudência do TEDH sobre a aplicação extraterritorial da CEDH. Ainda assim, houve um certo tartamudear na jurisprudência do TEDH.

Com efeito, no acórdão *Issa e outros c. Turquia*⁵⁸, seis cidadãs iraquianas apresentaram queixa contra a Turquia, alegando que esta violara os artigos 2.º, 3.º, 5.º, 8.º, 13.º, 14.º e 18.º da CEDH aquando de uma incursão do exército turco em território iraquiano em perseguição de membros do Partido Democrático do Curdistão. Para os juízes de Estrasburgo, foi relevante a consideração de que a CEDH não permite que os Estados possam praticar fora do seu território atos que a CEDH não tolera que pratiquem dentro das suas fronteiras⁵⁹, bem como o facto de o Comité dos Direitos do Homem (no âmbito do sistema onusiano) se ter pronunciado em termos amplos no sentido da extraterritorialidade do conceito de jurisdição⁶⁰. Por isso, mesmo que não tenha havido um controlo

⁵⁷ JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, “L’actualité de la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Actualité juridique – droit administratif*, vol. 58, no. 6, June 2002, 500–501; GÉRARD COHEN-JONATHAN, “La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, no. 52, 2002, 1082.

⁵⁸ Vide acórdão de 16 de novembro de 2004, queixa n.º 31821/96 [*Issa e outros c. Turquia*].

⁵⁹ Cf. n.º 71.

⁶⁰ Vide decisões de 29 de julho de 1981, queixa n.º 52/1979 [*Sérgio Rúben López Burgos c. Uruguai*], n.º 12, e queixa n.º 56/1979 [*Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguai*], n.º 10.

efetivo daquela zona por parte do exército turco, a simples circunstância de desenvolver ações militares nesse território é relevante para que os factos ocorram sob sua jurisdição – o que só não se verificou *in casu* porque o TEDH entendeu não dispor de provas suficientes para prosseguir a ação contra a Turquia⁶¹. Pese embora o TEDH não tenha expressamente afastado o *dictum* da decisão *Banković*, a verdade é que o resultado deste aresto é o afastamento da fórmula (invocada pela Turquia) que resultava da referida decisão, na medida em que aceitou que indivíduos no Iraque se encontravam sob jurisdição da Turquia aquando daquela incursão, mesmo que (i) o território onde os atos se praticaram se situasse fora do *espace juridique* da CEDH e (ii) que a incursão não se pudesse qualificar como uma ocupação militar que atribuísse à Turquia um controlo efetivo sobre aquela região⁶². Daqui decorre, pois, que a lógica do acórdão *Issa e outros c. Turquia* seja a de que a jurisdição de um Estado “não é primariamente territorial”, pois “um Estado encontra-se vinculado à [CEDH] onde quer que atue”⁶³. Ainda assim, não é possível ignorar-se no acórdão *Issa e outros c. Turquia* uma larga dose de indecisão nos juízes de Estrasburgo, a qual terá a sua origem, porventura, no facto de o TEDH ter antecipado uma avalanche de petições com base na ocupação militar do Iraque por parte de alguns Estados europeus⁶⁴.

Por sua vez, no processo *Öcalan c. Turquia*⁶⁵, Abdullah Öcalan, líder do Partido dos Trabalhadores do Curdistão, contestava a sua detenção por agentes turcos quando se encontrava na zona internacional do aeroporto de Nairobi (Quênia), agentes estes que o coagiram fisicamente a regressar à Turquia, onde acabou por ser preso⁶⁶. Novamente, a resposta do TEDH foi no sentido de que ele se encontrava sob jurisdição da Turquia no momento da sua detenção, apesar de se encontrar fora do *espace juridique* da CEDH, recorrendo à tese de que um Estado dispõe de jurisdição sobre um indivíduo quando um seu agente, a atuar no estrangeiro, exerce autoridade ou controlo sobre um indivíduo. Apesar de não se discutir que a Turquia não controlava nenhum espaço físico do Quênia, o facto de as autoridades quenianas, por omissão voluntária, terem consentido na intervenção dos agentes turcos poderá atenuar a divergência entre este acórdão e a decisão *Banković*.

⁶¹ Cf. n.º 81.

⁶² Neste contexto, é curiosa a referência do TEDH ao “controlo efetivo temporário” exercido pela Turquia sobre o território iraquiano, mas sem daqui retirar qualquer consequência relevante (cf. n.º 74). Ademais, não se percebe se o carácter “temporário” do controlo visa qualificar os factos como “controlo físico do território” ou como “controlo físico sobre um indivíduo”.

⁶³ SARAH MILLER, “Revisiting extraterritorial jurisdiction”, *cit.*, 1228.

⁶⁴ JOANNE WILLIAMS, “*Al Skeim*”, *cit.*, 701.

⁶⁵ *Vide* acórdão de 12 de maio de 2005, queixa n.º 46221/99 [*Öcalan c. Turquia*].

⁶⁶ Cf. n.º 90.

Mais tarde, foi submetida à apreciação do TEDH uma situação algo similar à do processo *Al-Skeini*: no processo *Saddam Hussein*⁶⁷, o antigo ditador iraquiano – ironicamente – invocou que a sua detenção, prisão preventiva e julgamento no Iraque (na sequência da intervenção militar que contou com a participação de exércitos europeus) eram desconformes com o teor dos artigos 2.º, 3.º, 5.º e 6.º da CEDH, bem com o artigo 1.º do Protocolo n.º 6 e com o artigo 1.º do Protocolo n.º 13. Mais alegou que a presença de forças da Coligação no território iraquiano fazia com que se encontrasse sob jurisdição dos Estados que a compreendem. Todavia, o TEDH declarou a petição inadmissível, não porque os factos tenham ocorrido fora do *espace juridique* da CEDH, mas antes porque o queixoso não havia alegado ou feito prova de quais os Estados que estariam a exercer controlo efetivo sobre o território em que Saddam Hussein foi detido, preso preventivamente e/ou em que estava a ser julgado.

Por sua vez, na decisão *Maria Isaak e outros c. Turquia*⁶⁸ a ideia de extraterritorialidade foi esticada até ao limite: novamente, os factos reportavam-se à ocupação turca do Norte da ilha de Chipre e a uma manifestação dos habitantes do Sul contra essa ocupação militar; *in casu*, vários cidadãos cipriotas foram agredidos por habitantes da República Turca de Chipre do Norte (com a aquiescência e, depois, a participação de um polícia desta “República” e de um soldado turco), mas os factos ocorreram numa zona controlada pelas Nações Unidas. Apesar de a Turquia alegar que este último facto (tratar-se de uma zona sob o controlo das Nações Unidas) impedia que se estabelecesse uma conexão de jurisdição relevante para efeitos do disposto no artigo 1.º da CEDH, o TEDH referiu que há jurisdição extraterritorial de um Estado Contratante sempre que, ocorrendo os factos noutro território, se trate de violações perpetradas por indivíduos com a convivência ou aquiescência dos agentes do Estado Contratante⁶⁹. A mesma solução seria vertida nos acórdãos *Solomou e outros c. Turquia*⁷⁰ e *Andreou c. Turquia*⁷¹.

Todavia, a principal erosão da lógica da decisão *Banković* (mas pouco assinada pela doutrina) deu-se porventura com o acórdão *Marković e outros c. Itália*⁷², no qual o TEDH, decidindo sobre exatamente os mesmos factos⁷³, estabeleceu que os mesmos indivíduos alegadamente vítimas do bombardeamento ocorrido

⁶⁷ Vide decisão de 14 de março de 2006, queixa n.º 23276 [*Saddam Hussein c. Vários Estados Europeus*].

⁶⁸ Vide decisão de 28 de setembro de 2006, queixa n.º 44587/98 [*Maria Isaak e outros c. Turquia*].

⁶⁹ Cf. n.ºs 30–31. Para BARBARA MILTNER, a convivência ou aquiescência dos agentes do Estado aparenta ser uma nova hipótese de jurisdição extraterritorial do Estado (*vide* BARBARA MILTNER, *op. cit.*, 179).

⁷⁰ Vide acórdão de 24 de junho de 2008, queixa n.º 36832/97 [*Solomou e outros c. Turquia*], n.ºs 48–51.

⁷¹ Vide acórdão de 27 de outubro de 2009, queixa n.º 5653/99 [*Andreou c. Turquia*], n.º 25.

⁷² Vide acórdão de 14 de dezembro de 2006, queixa n.º 1398/03 [*Marković e outros c. Itália*].

⁷³ Cf. n.ºs 9–12.

em 1999 em Belgrado se encontravam sob jurisdição italiana⁷⁴. Ainda assim, é preciso atenuar o impacto deste aresto: no caso concreto, os indivíduos iniciaram ação de responsabilidade civil extracontratual junto dos tribunais italianos, a qual foi declarada inadmissível por os eventos se situarem fora da jurisdição italiana; ainda assim, o TEDH referiu que, no âmbito desta ação, os tribunais italianos se encontravam obrigados ao cumprimento do disposto no artigo 6.º da CEDH. Este acórdão não afastava o *dictum* da decisão *Banković*, mas, para além do aspeto simbólico, foi uma oportunidade para o TEDH mostrar que podia deixar cair a restrição contida nesta decisão.

Por outro lado, no processo *Mansur Pad e outros c. Turquia*, um conjunto de cidadãos iranianos e iraquianos alegaram terem sido vítimas de um ataque por parte de helicópteros do exército turco e de, posteriormente, terem sido detidos por soldados turcos (ainda em território iraniano) e alegadamente trazidos para território turco. Não era possível determinar com exatidão se os factos ocorreram ainda em território iraniano, ou já em território turco. Ainda assim, a resposta a esta questão era despienda para o TEDH, porquanto a aplicação da teoria dos agentes do Estado permitia reconduzir os factos à jurisdição da Turquia. Todavia, o principal argumento aduzido pelo TEDH para fundamentar o sentido da sua decisão acabou por ser o facto de o Governo turco não discutir a sua responsabilidade em relação aos eventos⁷⁵. Aqui, tal como no acórdão *Issa e outros c. Turquia* e na decisão *Saddam Hussein*, nota-se um “travo amargo” que afeta a jurisprudência de Estrasburgo: parece, de um lado, que os juízes têm vontade em alargar o conceito de jurisdição extraterritorial dos Estados Contratantes; mas, por outro lado, socorrem-se de subterfúgios jurídicos processuais para justificar o alargamento da jurisdição ou para isentar o Estado de responsabilidade. Não obstante, este é um aresto que entra em clara contradição com a decisão *Banković*, sobretudo se atentarmos no facto de que as mortes terão sido causadas na sequência de um ataque aéreo.

Por fim, na decisão *Al-Saadoom e Mufdhi c. Reino Unido*⁷⁶, um grupo de cidadãos iraquianos alegara que a sua detenção pelas forças britânicas e o seu posterior julgamento e condenação eram desconformes com os artigos 2.º, 3.º, 6.º e 13.º da CEDH – factos que muito se aproximavam dos descritos no processo *Al-Skeini*. Ora, o TEDH aceitou que estes indivíduos se encontravam sob jurisdição do Reino Unido, mas não é líquido no teor desta decisão se este juízo teve na sua

⁷⁴ Cf. n.ºs 54-55.

⁷⁵ Vide decisão de 28 de junho de 2007, queixa n.º 60167/00 [*Mansur Pad e outros c. Turquia*], n.ºs 53 e 54.

⁷⁶ Vide decisão de 30 de março de 2009, queixa n.º 61498/08 [*Al-Saadoom e Mufdhi c. Reino Unido*], n.ºs 86-89.

base (apenas) o facto de se encontrem detidos em instalações do exército britânico, ou se, no seu entender, a jurisdição do Reino Unido decorria da ocupação (e eventual controlo efetivo) de uma parcela do Iraque. Novamente, parece que a tarefa do TEDH é mais a de uma “caça por um álibi” que justifique uma solução casuística, a qual, *in casu*, é muito infeliz. Com efeito, imagine-se que dois cidadãos são detidos por soldados britânicos, sendo um deles morto ou agredido na porta da prisão do exército britânico, ao passo que o segundo era morto ou agredido dentro da mesma prisão: aplicando a fórmula *Al-Saadoom*, o primeiro suspirava pela última vez longe de qualquer proteção, ao passo que o segundo se encontrava sob jurisdição do Reino Unido e, por consequência, no âmbito de aplicação da CEDH: esta solução, que põe em ação a CEDH quando um militar detém um indivíduo, mas não necessariamente quando o priva da sua vida, é “moralmente grotesca”⁷⁷.

VI. Não obstante todo o exposto, a verdade é que a decisão *Banković* parecia preservar-se sólida na jurisprudência do TEDH e que os acórdãos e decisão *supra* citados eram apenas um epifenómeno conjuntural. Tanto assim era que, em jurisprudência mais recente, o TEDH seguiu a orientação constante desta decisão, e não a dos acórdãos *Issa e outros c. Turquia*, *Öcalan c. Turquia*, ou da decisão *Saddam Hussein*. Com efeito, no acórdão *Medvedyev e outros c. França*, a tripulação de uma embarcação com o pavilhão do Camboja que fora interpelada e detida por um navio francês, em alto mar, alegou a violação do artigo 5.º da CEDH: o TEDH considerou que os indivíduos se encontravam sob jurisdição francesa, invocando a regra de direito internacional segundo a qual a jurisdição se estabelecia por apelo ao pavilhão da embarcação (no caso, do navio francês que interceptara o navio do Camboja). O mais notável neste aresto é a hesitação do TEDH entre aplicar o teste do controlo efetivo do indivíduo por agentes de Estado – que entraria em conflito com a decisão *Banković* – e o teste (territorial) do pavilhão do navio. Reflexo desta indecisão é o facto de o TEDH acabar por repetir a fórmula da decisão *Banković* e, implicitamente, afastar a sua fórmula *Issa e outros c. Turquia*, ao afirmar que uma incursão esporádica (uma “ato extraterritorial instantâneo”) não é relevante para estabelecer uma conexão de jurisdição⁷⁸.

A agravar a situação, a verdade é que o discurso encriptado do acórdão *Issa e outros c. Turquia* não permitia suportar uma leitura no sentido de que o TEDH pretendeu neste aresto alterar o conceito de jurisdição constante do artigo 1.º da CEDH e situar-se num estágio mais avançado de proteção dos direitos do

⁷⁷ MAX SCHAEFER, “*Al-Skeini and the elusive parameters of extraterritorial jurisdiction*”, in *European human rights law review*, 2011, issue 5, 576.

⁷⁸ Vide acórdão de 29 de março de 2010, queixa n.º 3394/03 [*Medvedyev e outros c. França*], n.ºs 62–67.

homem⁷⁹. Tanto mais assim era que, logo a seguir ao próprio acórdão *Issa e outros c. Turquia*, o TEDH condensou ainda mais esta amálgama jurisprudencial e, na decisão relativa ao processo *Ben El Mahi e outros c. Dinamarca*⁸⁰, invocou precisamente o acórdão *Issa e outros c. Turquia* (bem como a decisão *Banković*) para sustentar a posição segundo a qual o artigo 1.º da CEDH apenas é posto em ação quando o indivíduo se encontra no território de um Estado Contratante, e nunca, *a contrario sensu*, quando se encontrar fora do *espace juridique* da CEDH.

Como referimos noutra local⁸¹, esta orientação jurisprudencial merecia-nos os mais sérios reparos. Desde logo, porque o conceito de jurisdição pretende primariamente traduzir a ideia de exercício de poderes de autoridade em geral⁸²: simplesmente, a ideia de territorialidade apenas pretende significar que estes poderes são, por norma, exercidos no território do Estado, mas não limitar a responsabilidade do Estado aos atos praticados no seu interior e cujas lesões se realizem no seu interior. Ademais, uma interpretação histórica da CEDH não permite dar sustento à argumentação esgrimida pelo TEDH na decisão *Banković*. Com efeito, recorde-se que a principal preocupação das Altas Partes Contratantes era a de impedir a repetição dos eventos ocorridos na II Guerra Mundial, os quais estão associados à prática de atos por parte da Alemanha que foram executados no território de outros Estados europeus⁸³. O risco a que esta jurisprudência dava flanco era o de haver uma denegação de justiça pela subtração ao âmbito de aplicação da CEDH de relevantes parcelas da atividade nacional. Para além disso, a conceção da decisão *Banković* é desconforme com o carácter objetivo dos direitos do homem, ao reduzir o seu gozo aos cidadãos e residentes de um Estado Contratante, como se a CEDH se reduzisse a um conjunto de direitos e obrigações recíprocas entre Estados⁸⁴. Por fim, note-se que esta decisão não parece coadunar-se com o acórdão *Drozd e Janousek c. França e Espanha*⁸⁵, no qual o TEDH

⁷⁹ Vide declaração de Lorde RODGER OF EARLSFERRY, Session 2006–07 [2007] UKHL 26 [*Al-Skeini and others (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant)*], n.º 77.

⁸⁰ Vide decisão de 11 de dezembro de 2006, queixa n.º 5853/06 [*Ben El Mahi e outros c. Dinamarca*].

⁸¹ Vide o nosso *O contencioso dos direitos do homem no espaço europeu – O modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 1.ª edição, Lisboa, 2010, 62–73.

⁸² LOUKIS LOUCAIDES, “Determining the extra-territorial effect of the European Convention: facts, jurisprudence and the *Banković* case”, in *European human rights law review*, 2006, no. 4, 394.

⁸³ LOUKIS LOUCAIDES, “Determining”, *cit.*, 394.

⁸⁴ ALEXANDER ORAKHELASHVILI, “Restrictive interpretation of human rights treaties”, *cit.*, 548–549. O carácter objetivo dos direitos do homem impõe ao Estado o respeito pelos direitos e liberdades de um indivíduo, o que traduz o reconhecimento por este Estado de que esses direitos e liberdades lhe são impostos em razão do seu compromisso com a dignidade da pessoa humana, e não porque outro Estado se vinculou paralelamente ao respeito pelos mesmos direitos e obrigações [*vide, inter alia*, decisão *Áustria c. Itália*, *cit.*].

⁸⁵ Vide acórdão *Drozd e Janousek c. França e Espanha*, *supra* citado.

havia afirmado que a responsabilidade de um Estado Contratante abrangia a responsabilidade por um acto praticado pelas suas autoridades e cujos efeitos se produzam fora do seu território⁸⁶ – tal como sucedia no processo *Al-Skeini*, em que os bombardeamentos eram conduzidos a partir do território, aeronaves ou embarcações dos Estados contratantes⁸⁷. Por tudo isto já defendemos que se deve entender que o Estado dispõe de jurisdição sempre que pratique poderes de autoridade, impondo a sua vontade aos particulares, independentemente do local da sua prática – muito embora a generalidade destes factos jurídicos ocorra, por natureza, no interior do seu território⁸⁸. Senão, veja-se o exemplo *ad terrorem* fornecido por Loukis Loucaides: um Estado não pode matar um seu cidadão no interior do seu território; mas já o poderia fazer, sem violar a CEDH, se o executar fora das suas fronteiras⁸⁹. Por outras palavras, os Estados Contratantes podem comportar-se como “cavalheiros em casa”, mas “bandidos” fora de casa; têm de respeitar a “santidade dos direitos do homem” no seu território, mas remetê-los à “reles insignificância” quando passarem as suas fronteiras⁹⁰. Tudo, note-se, com a ironia de que o TEDH declarou não dispor de competência *rationae loci* para apreciar uma queixa respeitante à violação de direitos do homem no âmbito de uma operação destinada a proteger os direitos do homem e a implementar um regime democrático na antiga República Federal da Jugoslávia⁹¹... Por outras palavras, o discurso do TEDH é o de que os direitos do homem são universais e cogentes, mas apenas quando os Estados Contratante assim o entendem⁹²...

A par disso, esta atitude de *Dr. Jekyll and Mr. Hyde* em nada abona em favor de um princípio de segurança jurídica, porquanto a notória incapacidade de o TEDH em dar uma resposta clara quanto à extensão da jurisdição de um Estado Contratante tem o efeito nefasto de minar a possibilidade de antecipação, por parte destes, das consequências jurídicas das suas ações, fator que é fundamental quando,

⁸⁶ Cf. n.º 91.

⁸⁷ Além disso, a decisão *Banković*, se lida em simultâneo com o acórdão *Issa e outros c. Turquia*, permitia dar azo à interpretação segundo a qual um Estado podia ser responsável por actos praticados no território de outro Estado que não seja parte na CEDH se o invadir, mas já não se se limitar a conduzir operações de bombardeamento a partir do seu território, aeronaves ou embarcações (situação cada vez mais comum com os avanços da tecnologia de guerra).

⁸⁸ LOUKIS LOUCAIDES, “Determining”, *cit.*, 399.

⁸⁹ “Determining”, *cit.*, 399-400.

⁹⁰ Vide declaração de voto do juiz BONELLO no acórdão *Al-Skeini*, n.ºs 17 e 18.

⁹¹ ERIK ROXSTROM/MARK GIBNEY/TERJE EINARSEN, “The NATO bombing case (*Bankovic et al. v. Belgium et al.*) and the limits of Western human rights protection”, in *Boston University international law review*, 2005, issue 1, vol. 23, 62-63.

⁹² ERIK ROXSTROM/MARK GIBNEY/TERJE EINARSEN, “The NATO bombing case”, *cit.*, 64.

numa época como a atual, muitos dos Estados Contratantes estão envolvidos em operações (militares) de combate ao terrorismo⁹³.

Em todo o caso, a erosão da fundamentação da decisão *Banković* na jurisprudência do TEDH e a jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça a afirmar a aplicação extraterritorial dos tratados de proteção de direitos do homem em caso de ocupação do território de um terceiro Estado – mormente no seu parecer relativo às *Consequências legais da construção de um muro no território ocupado na Palestina*⁹⁴ e no seu acórdão *Atividades armadas no território do Congo*⁹⁵ – permitiram que os juízes de Estrasburgo, em 2011, proferissem o acórdão *Al-Skeini* com o alcance que vamos analisar de seguida.

§ 4. Os acórdãos *Al-Skeini* e *Al-Jedda* e o seu impacto jurídico

I. Como consta da narrativa feita pelo TEDH no acórdão *Al-Skeini*, os queixosos alegavam que determinados factos praticados pelas forças armadas britânicas no território iraquiano (mormente, numa parcela controlada por uma divisão dirigida pelo exército britânico) podiam ser levados ao conhecimento do TEDH, porquanto os indivíduos que alegadamente eram vítimas dos atos praticados por soldados britânicos se encontravam, em razão do controlo territorial por si exercido, sob jurisdição do Reino Unido. A alegação do Governo britânico, como seria de esperar, foi no sentido oposto: encontrando-se o Iraque fora do *espace juridique* da CEDH, aqueles indivíduos não se encontravam sob sua jurisdição, não sendo possível aplicar-se a exceção de extraterritorialidade por aplicação da fórmula *Banković*. Mais argumentou o Governo britânico que, a não ser assim, a jurisprudência de Estrasburgo seria bipolar, pois admitiria que factos ocorridos no âmbito de operações de paz ou de segurança pudessem encontrar-se sob jurisdição dos Estados Contratantes (que, portanto, podiam ser sancionados pelo TEDH), mas já não os factos ocorridos em territórios ultramarinos sobre cujo território exercem um controlo efetivo desde há décadas⁹⁶⁻⁹⁷.

⁹³ SARAH MILLER, “Revisiting extraterritorial jurisdiction”, *cit.*, 1225.

⁹⁴ Vide parecer de 9 de julho de 2004 [*Consequências legais da construção de um muro no território ocupado na Palestina*].

⁹⁵ Vide acórdão de 19 de dezembro de 2005 [*Atividades armadas no território do Congo (República Democrática do Congo c. Uganda)*].

⁹⁶ Vide decisão de 19 de setembro de 2006, queixa n.º 15305/06 [*Quark Fishing Ltd. C. Reino Unido*].

⁹⁷ Para o TEDH, este é o argumento que merece menos atenção, porquanto os juízes de Estrasburgo entendem que o atual artigo 56.º da CEDH tem uma explicação historicamente datada e não visa afetar o sentido e alcance do artigo 1.º da CEDH (*vide* acórdão *Al-Skeini*, n.º 140).

Por fim, alegou o Reino Unido que outra solução equivaleria a uma imposição, num determinado território, de um conjunto de valores que não é partilhado pela respetiva população.

II. Porém, o percurso expandido pelo TEDH foi outro. Em primeiro lugar, os juízes de Estrasburgo reafirmaram que a CEDH é “um instrumento constitucional de ordem pública europeia”, mas que não vincula os Estados que não são parte na CEDH, nem exige que os Estados Contratantes imponham os seus valores a terceiros Estados⁹⁸. Todavia, também lembraram a sua jurisprudência segundo a qual os Estados Contratantes, quando ocupam uma parcela de um território de um terceiro Estado, mantêm-se vinculados ao respeito pelos direitos e liberdades previstos na CEDH, mesmo nesse território, porquanto ele integra o seu âmbito de jurisdição (ainda que extraterritorial)⁹⁹. Neste ponto, o percurso expandido pelo TEDH é deveras interessante¹⁰⁰: em primeiro lugar, o TEDH invocou a sua jurisprudência relativa ao uso da força por parte de agentes do Estado fora do seu território; depois, citou a sua jurisprudência relativa à preponderância do elemento “real” para referir que um território onde um Estado exerça um “controlo efetivo” ou “poderes públicos” se encontra sob sua jurisdição para efeitos do disposto no artigo 1.º da CEDH – apesar de “controlo efetivo de um território” e “controlo sobre um indivíduo” serem realidades bastantes diferentes. Daqui retirou o TEDH, *a posteriori*, que o aspeto relevante por si tido em consideração na construção da teoria da extraterritorialidade da jurisdição dos Estados Contratantes não foi o controlo exercido sobre um território, um edifício, uma aeronave ou uma embarcação, mas antes (e apenas) o controlo físico exercido sobre o indivíduo¹⁰¹. Por fim, numa afirmação surpreendente o TEDH (aparentemente) desfêz-se do conceito de *espace juridique* que até então tinha sacralizado, afirmando que a limitação da jurisdição dos Estados ao espaço geográfico da CEDH nunca foi estabelecida pela jurisprudência do TEDH¹⁰² e que, bem pelo contrário, quando um Estado Contratante controla determinado um território tem de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pela CEDH, mesmo que tal espaço geográfico se situe noutra zona do Mundo, sob pena de privar os indivíduos que aí se encontrem da proteção dos direitos e liberdades fundamentais de que são titulares¹⁰³.

⁹⁸ Cf. n.º 141.

⁹⁹ Cf. n.º 142.

¹⁰⁰ Cf. n.ºs 133-140.

¹⁰¹ Cf. n.º 137. Note-se, todavia, que este *dictum* vai de encontro ao estatuído no n.º 75 da decisão *Banković*.

¹⁰² Cf. n.º 142.

¹⁰³ Cf. n.º 142.

Significativo da mudança de batuta assumida no acórdão *Al-Skeini* é o facto de, logo de seguida, o TEDH poder apreciar se o Reino Unido exercia um “controlo efetivo” sobre a região de Bassorá – juízo para o qual, aliás, a narração dos factos já parecia apontar e que tinha sido solicitado pelos queixosos. Porém, os juízes de Estrasburgo propositadamente evitaram fazê-lo e preferiram referir que o Reino Unido exercia nessa zona do Sul do Iraque alguns elementos de “autoridade governamental”, para daí retirarem que o exercício de “poderes públicos normalmente exercidos por um governo soberano” permitia concluir que o Reino Unido, através das suas forças armadas, “exercia autoridade e controlo” sobre as alegadas vítimas, o que permitia “estabelecer uma conexão entre [as vítimas] e o Reino Unido para efeitos do disposto no artigo 1.º da [CEDH]”¹⁰⁴. Assim, aplicando a sua nova teoria aos factos descritos no processo, o TEDH concluiu que o comando da divisão militar multinacional do Sudoeste, que inclui a província de Bassorá, é suficiente para se determinar que essa zona se encontra sob jurisdição do Reino Unido, pelo menos até à instituição de um Governo interino, porquanto o seu exército assumiu o “exercício de poderes públicos” normalmente associados a prerrogativas de soberania, facto que, no entender do TEDH, permite estabelecer uma conexão de jurisdição relevante para efeitos do disposto no artigo 1.º da CEDH¹⁰⁵: ou seja, o vínculo de jurisdição com o Reino Unido não se estabeleceu em virtude da ocupação militar, mas como decorrência do exercício de “poderes públicos”.

III. *Prima facie*, o acórdão *Al-Skeini* determinou a má fortuna da aziaga decisão *Banković*: parece que, doravante, a circunstância de um indivíduo se encontrar fora do *espace juridique* da CEDH (expressão cujo epitáfio o TEDH pretendeu escrever na própria secção do acórdão que determinaria a sua morte) não impede que se encontre sob jurisdição de um Estado Contratante. Para o efeito, o acórdão *Al-Skeini* parece impor um novo “teste de jurisdição extraterritorial”, miscigenado com elementos “pessoais” e “reais”.

Assim, parece resultar deste aresto que o elemento de conexão relevante para se estabelecer um vínculo de jurisdição entre um indivíduo e um Estado Contratante passou a ser o facto de ser “vítima” de uma ação imputável ao Estado, centrando a sua atenção na conexão pessoal que se estabelece entre o indivíduo e o Estado, e que permite que o primeiro se encontre sob jurisdição do segundo mesmo que nunca se tenha deslocado ao seu território.

Ainda assim, a perspetiva “real” não é completamente abandonada pelo TEDH, pois o acórdão *Al-Skeini* continua a exigir que o indivíduo seja “vítima”

¹⁰⁴ Cf. n.os 143–150.

¹⁰⁵ Cf. n.º 149.

de uma ação do Estado quando este exerça algum controlo efetivo sobre o espaço geográfico onde o indivíduo se encontra, controlo que passa a ser determinado por referência ao “exercício de poderes públicos” (conceito não muito feliz, se pensarmos que o seu conteúdo é algo inóspito e indeterminado). A conclusão, por isso, parece ser a de que existindo esse elemento territorial relativo ao “exercício de poderes públicos”, basta que exista uma conexão pessoal entre o indivíduo e o Estado para que o primeiro se encontre sob jurisdição do segundo. Faltando este elemento territorial, então a conexão pessoal é insuficiente e a conclusão não pode deixar de ser a de que o indivíduo *não* se encontra sob jurisdição do Estado Contratante – o que nos leva a pensar que, afinal, o TEDH laborou incorretamente, *e.g.*, no acórdão *Issa e outros c. Turquia* ou na decisão *Mansur Pad e outros c. Turquia*. Simplesmente, note-se como esta última conclusão na prática confirma o teste da decisão *Banković* – que, ao contrário do que um primeiro olhar parecia indicar, continua vigente naquelas situações em que um Estado Contratante não exerce poderes públicos... Nestas situações, parece decorrer do acórdão *Al-Skeini* que um indivíduo apenas poderá encontrar-se sob jurisdição de um Estado Contratante quando se encontrar no *espace juridique* da CEDH. Aliás, a verdade é que se aplicarmos o novo teste aos factos descritos do processo *Banković*, a decisão de inadmissibilidade foi a mais acertada.

Daqui resulta, pois, que o acórdão *Al-Skeini* mantém o teor da decisão *Banković* em alguns aspetos: em primeiro lugar, quanto ao carácter excecional da jurisdição extraterritorial e quanto à exigência de uma justificação especialmente ponderosa para o estabelecimento de um vínculo de jurisdição extraterritorial; em segundo lugar, quanto à inaplicabilidade da CEDH fora do seu *espace juridique* quando inexistir algum tipo de controlo territorial sobre o local¹⁰⁶, o que significa que esta expressão afinal está tudo menos morta.

IV. Tudo isto mostra alguma imprecisão no teste do acórdão *Al-Skeini*, quanto mais não seja porque a vacuidade e imprecisão do conceito de “poderes públicos” leva a que os Estados Contratantes nunca saibam com exatidão quando ultrapassam as fronteiras da sua jurisdição, facto que nada abona em favor da segurança jurídica – será desejável, por isso, que num próximo acórdão o TEDH estabeleça critérios mais firmes e objetivos para a determinação da jurisdição de um Estado. Esta dúvida é tanto mais séria, quanto as consequências que dela podem resultar: a responsabilidade do Estado Contratante ao abrigo das disposições da CEDH; e, potencialmente, as implicações financeiras decorrentes de deveres de indemnização.

¹⁰⁶ É curioso notar que o acórdão *Al-Skeini* nunca refere que a ocupação militar implica necessariamente jurisdição do Estado Contratante (*vide* MAX SCHAEFER, “*Al-Skeini*”, *cit.*, 579).

De certa forma, a sensação com que o leitor fica é a de que o TEDH tentou efetuar a quadratura do círculo e demonstrar que toda a sua jurisprudência, numa macroleitura efetuada *a posteriori*, é perfeitamente coerente e previsível. O problema, porém, é que o excursus que fizemos *supra* demonstra bem que “os acórdãos e as decisões do [TEDH] não falam a uma só voz”; ora, “se as diferenças fossem apenas de ênfase, podiam ser encaradas como não tendo grande significado”¹⁰⁷: simplesmente, o que transparece da jurisprudência do TEDH é que os juízes de Estrasburgo decantaram soluções casuisticamente, como se estivessem numa “caça por um álibi” que justificasse que, num determinado caso, se reconhecesse que um indivíduo se encontrava sob jurisdição de um Estado Contratante. Isso mesmo, aliás, foi posto em destaque pelo juiz Bonello que, numa declaração de voto, concordou com o sentido do acórdão, mas deixou claro que a jurisprudência do TEDH sobre o artigo 1.º da CEDH “tem sido atormentada por uma incapacidade ou falta de vontade em estabelecer um regime coerente e axiomático”¹⁰⁸ e que o TEDH tem decidido mais casuisticamente do que globalmente¹⁰⁹. Por isso, este juiz afirmou ainda, corrosivamente, que “a verdade parece ser que a jurisprudência sobre o artigo 1.º, até ao presente acórdão, consagrou tudo e o oposto de «tudo»”¹¹⁰. É neste sentido que se afirma que o acórdão *Al-Skeini* falhou na sua tarefa de dar um sentido “claro e consistente” à sua jurisprudência sobre o conceito de jurisdição constante do artigo 1.º da CEDH¹¹¹.

V. Apesar das críticas que lhe podem ser dirigidas, o novo teste de jurisdição constante do acórdão *Al-Skeini* representa “uma vitória importante para os direitos do homem”¹¹² e a passagem da jurisprudência do TEDH para uma nova fase, na qual se assiste a um fenómeno de “quase” consumpção do direito humanitário, do direito dos refugiados e do direito penal internacional pelo direito europeu dos direitos do homem: com efeito, estabelecendo em ambos os acórdãos uma cláusula de *open-door* quanto à responsabilidade dos Estados Contratantes por factos praticados em qualquer local do mundo, parece evidente que situações que se enquadrem, simultaneamente, no âmbito de aplicação das Convenções de Genebra de 1949 ou do Estatuto de Roma de 1998 do Tribunal Penal Internacional, de um lado, e da CEDH, de outro lado, poderão chegar ao Tribunal de Estrasburgo.

¹⁰⁷ Vide declaração de Lorde RODGER OF EARLSFERRY na Câmara dos Lordes, *cit.*, n.º 67

¹⁰⁸ Cf. n.º 4.

¹⁰⁹ Cf. n.º 5.

¹¹⁰ Cf. n.º 7.

¹¹¹ DAVID BEDERMAN/MIŠA ZGONEC-ROŽEJ, “Al-Skeini v. United Kingdom”, in *American journal of international law*, vol. 106, no. 1, January 2012, 137.

¹¹² DAVID BEDERMAN/MIŠA ZGONEC-ROŽEJ, “Al-Skeini v. United Kingdom”, *cit.*, 134.

Desta forma, confere-se maior proteção jurisdicional aos indivíduos que, se não for esta cláusula, poderão não ter condições de acesso efetivo a outra jurisdição ou instância internacional. Para além disso, este novo teste exigirá, certamente, que os juízes de Estrasburgo passem a interpretar sistematicamente a CEDH de acordo com as normas constantes daquelas convenções¹¹³.

Por fim, o acórdão *Al-Skeini* pode ter algum impacto sobre outras jurisdições, nomeadamente se pensarmos que os fenómenos de “fertilização cruzada” entre as jurisdições internacionais levam a que algumas instâncias internacionais aproveitem os avanços técnicos verificados noutro contexto jurídico. Por isso, não será de estranhar que outras jurisdições internacionais citem o acórdão *Al-Skeini* como precedente para justificar a aplicação extraterritorial de tratados de proteção dos direitos do homem.

VI. Atenta esta extensão do campo de aplicação da CEDH (que, de certa forma, também é *rationae materiae*, pois assiste-se a uma “convergência”¹¹⁴ entre o direito internacional dos direitos do homem e o direito penal internacional, o direito humanitário e o direito dos refugiados, muito embora o TEDH não vá julgar questões relativas estes direitos, nem julgar indivíduos), é importante que o teste de jurisdição seja aperfeiçoado por forma a que um Estado Contratante consiga antecipar a sua aplicação, ou, por outras palavras, de forma que permita aos Estados incluir a CEDH no seu “cálculo de decisão” relativo à oportunidade de desenvolver alguma ação fora do seu território¹¹⁵. O risco é o de que os Estados Contratantes possam subestimar o âmbito de aplicação da CEDH (e serem surpreendidos com uma decisão relativa ao seu âmbito de aplicação territorial)

¹¹³ No domínio da Convenção Interamericana dos Direitos do Homem, a jurisprudência mais recente tem ido no sentido de que o artigo 29.º deste tratado impõe uma obrigação interpretativa *negativa* de não restringir os direitos e liberdades constantes de outros diplomas (mormente nas Convenções de Genebra de 1949), bem como uma obrigação *positiva* de interpretar o sentido e alcance daquela convenção à luz das disposições de outros tratados internacionais que reconheçam direitos ou liberdades dos indivíduos. Na base deste entendimento encontra-se a ideia de que o Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem não dispõe de competência para *aplicar* o direito constante das Convenções de Genebra de 1949 (e por isso não pode responsabilizar os Estados pela sua violação), mas tem de interpretar sistematicamente as disposições da Convenção Interamericana dos Direitos do Homem de acordo com aquelas convenções. Neste sentido, *vide*, *inter alia*, os acórdãos de 4 de fevereiro de 2000 [*Las Palmeras c. Colômbia*], n.ºs 32-33, de 25 de novembro de 2000 [*Bámaca Velásquez c. Guatemala*], n.º 209, de 23 de novembro de 2004 [*Las Hermanas Serrano-Cruz c. El Salvador*], n.ºs 111-112, ou de 15 de setembro de 2005 [*Massacre de Mapiripán c. Colômbia*], n.ºs 107-115.

¹¹⁴ AEWAL M. GROSS, “Human proportions: are human rights the Emperor’s new clothes of international law of occupation?”, in *European journal of international law*, vol. 18, n.º 1, 2.

¹¹⁵ SARAH MILLER, “Revisiting extraterritorial jurisdiction”, *cit.*, 1230.

ou, no plano oposto, possam sobrevalorizar essa mesma aplicação (e absterem-se de tomar alguma decisão estrategicamente importante)¹¹⁶.

Uma alternativa é a proposta pelo juiz Bonello na sua declaração de voto e que, face à sua inserção institucional, poderá vir a fazer vencimento na jurisprudência de Estrasburgo. Para este juiz, o teste a adotar deverá ser *funcional* num duplo sentido: num primeiro, recorrendo a um método de interpretação funcional, que atenda aos fins e objetivos da CEDH na determinação do conceito de jurisdição e que, para isso, responda à questão de saber se os Estados Contratantes se vinculam ao respeito dos direitos do homem apenas dentro do seu território; num segundo sentido, defendendo que existe jurisdição de um Estado sempre que uma violação se encontre no âmbito da sua autoridade ou do seu controlo¹¹⁷, o que se dará por verificado se se determinar que dependia apenas do Estado (ou dos seus agentes) impedir que a violação fosse perpetrada, se era o Estado que dispunha de controlo ou autoridade capaz de impedir ou reprimir a violação dos direitos do homem¹¹⁸. Assim, o juiz Bonello perfilha a posição de que o teste *Al-Skeini* é um avanço, mas ainda é insuficiente, e, por isso, defende que a noção de jurisdição constante do artigo 1.º da CEDH deve ser mais universal e abarcar qualquer situação em que a violação ou repressão da violação dos direitos do homem dependa da autoridade ou controlo do Estado Contratante, ou seja, da circunstância de este Estado poder *de facto* evitar ou reprimir a sua ocorrência, sob pena de a proteção dos direitos do homem conferida pela CEDH ser apenas um “conto de fadas”¹¹⁹.

O teste propugnado pelo juiz Bonello não é propriamente uma novidade no que concerne à análise do artigo 1.º da CEDH. Só para dar um exemplo, Rick Lawson¹²⁰ e Ralph Wilde¹²¹ já formularam testes alternativos e que, na prática, se reconduzem à ideia de que um Estado dispõe jurisdição em relação a um indivíduo sempre que exerça autoridade ou controle sobre este ou sobre o local onde se encontra, de tal sorte que dependa da sua atuação impedir ou reprimir a violação dos direitos do homem.

Não obstante a sua “simplicidade”, este teste não foi formalmente adotado pelo TEDH e há boas razões que podem obstar à sua adoção. Com efeito, adotar um

¹¹⁶ SARAH MILLER, *ult. loc. cit.*, 1230.

¹¹⁷ Cf. n.ºs 11 e 12.

¹¹⁸ Cf. n.º 16.

¹¹⁹ Cf. n.º 22.

¹²⁰ “Life after *Banković*: on the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights”, in F. COOMANS/M.T. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial application of Human Rights Treaties*, Antwerp-Oxford, 2004, 84.

¹²¹ “Legal «Black Hole»? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights”, in *Michigan journal of international law*, no. 26, 2005, 770-772 e 793-797.

conceito tão amplo de jurisdição significaria, a prazo, a destruição da engrenagem jurisdicional do TEDH, afogada em petições apresentadas por milhões de pessoas que, em qualquer parte do mundo, são potencialmente afetadas por uma ação de um Estado Contratante¹²² – tudo numa altura em que, note-se, os protocolos que são aprovados pelos Estados Contratantes pretendem fazer face à exiguidade dos recursos do TEDH para dar vazão ao trabalho crescente com que é assolado. Depois, a verdade é que o artigo 1.º da CEDH não pretende apenas determinar em que condições um Estado Contratante é responsável pela violação de um direito de um indivíduo – à luz do direito internacional vigente, essa atuação será sempre ilícita, aplique-se ou não a CEDH –, mas também determinar em que circunstâncias um indivíduo pode fazer valer o seu direito junto do TEDH. Nessa medida, não é verdadeiramente incoerente afirmar-se que a CEDH não se aplica fora do espaço geográfico europeu (e por isso apenas os casos que se refiram a factos aí ocorridos não podem ser levados ao conhecimento do TEDH), mas que os Estados Contratantes continuam vinculados ao respeito dos direitos do homem protegidos pelo direito internacional (*e.g.*, porque previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos ou no Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais) quando atuam fora desse espaço.

Todavia, é preciso também ressaltar que esta solução não deixa de conter uma grande dose de hipocrisia e redundar num paradoxo: assume-se que a ação dos Estados Contratantes que violem os direitos do homem fora do espaço geográfico europeu será ilícita; mas, se tal ocorrer, nada lhes sucederá... Ora, é precisamente para evitar essas situações que defendemos que o conceito de jurisdição constante do artigo 1.º da CEDH é essencialmente pragmático e plástico: nesse sentido, o ponto de partida deve ser o de que o TEDH não deve conhecer de factos ocorridos fora do espaço geográfico europeu; porém, se um Estado Contratante praticar um facto contrário à CEDH fora desse *espace juridique* e, em face dos dados de facto apresentados, se demonstrar que a alegada vítima dessa ação ou omissão ilícita não dispõe de outro meio efetivo (e equivalente) para tutelar o seu direito ou liberdade, então não haverá como recusar a possibilidade de o TEDH conhecer esse facto. Para além disso, a plasticidade do conceito de jurisdição constante do artigo 1.º da CEDH também significa que o TEDH deve poder ter margem para manipulá-lo em função do risco de a sua expansão entorpecer o mecanismo jurisdicional da CEDH¹²³. Defendemo-lo, pese embora com a limitação de que o Estado Contratante apenas deve ser responsabilizado pelos atos ou omissões cuja produção efetivamente controla: no aresto sob anotação, tal implica que os factos

¹²² SARAH MILLER, “Revisiting extraterritorial jurisdiction”, *cit.*, 1235.

¹²³ SARAH MILLER, “Revisiting extraterritorial jurisdiction”, *cit.*, 1245.

sejam imputáveis ao Reino Unido, mas já não, *e.g.*, decisões judiciais desconformes com a CEDH adotadas por tribunais iraquianos situados numa zona sob controlo do Reino Unido.

VII. Para terminar, refira-se que, a mesma data em que proferiu o acórdão *Al-Skeini*, o TEDH proferiu ainda o acórdão *Al-Jedda c. Reino Unido*¹²⁴, onde professou a mesma posição, mas com uma especificidade de maior importância: no caso, o Reino Unido alegava que estava a cumprir com o teor de uma resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, o que, no seu entender, tornaria ainda mais evanescente a conexão entre os factos e a sua jurisdição¹²⁵ – o que, por extensão, tornaria ilegítima a pretensão do particular queixoso que invocava a violação das garantias previstas no artigo 5.º da CEDH.

Para o efeito, o TEDH teve de apartar os factos descritos no processo daqueles que constavam no aludido processo *Agim Behrami e Bekir Behrami c. França, e Ruzhdi Saramati c. França, Alemanha e Noruega*¹²⁶ (relativo à guerra no Kosovo em 1999) para justificar que, neste último, os factos eram imputáveis às Nações Unidas¹²⁷, mas já não no processo *Al-Jedda*. No primeiro processo, o papel das forças de segurança enquadrava-se no âmbito da resolução n.º 1244 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 10 de Junho de 1999, que determinara que a operação no Kosovo se processaria “sob os auspícios das Nações Unidas”, o que consubstanciava uma espécie de avocação de responsabilidade¹²⁸. Já no processo *Al-Jedda*, relativo à ocupação do Iraque pelas forças da Coligação, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, na leitura do TEDH, não exercia um controlo efetivo sobre as operações de segurança no Iraque, pelo que não controlava os atos ou omissões das forças da Coligação¹²⁹ e não podia ser responsável pelos seus atos. A importância deste aresto, pouco salientada por comparação com o acórdão *Al-Skeini*, reside no facto de, doravante, a participação de forças militares numa operação no âmbito de uma organização internacional não ser garantia de que os factos praticados no decurso dessa campanha militar serão imputados, pelo TEDH, à organização internacional em causa.

¹²⁴ Vide acórdão de 7 de julho de 2011, queixa n.º 27021/08 [*Al-Jedda c. Reino Unido*], n.ºs 85-86.

¹²⁵ Cf. n.º 80.

¹²⁶ Vide decisão de 2 de maio de 2007, queixas n.ºs 71412/01 e 78166/01 [*Agim Behrami e Bekir Behrami c. França, e Ruzhdi Saramati c. França, Alemanha e Noruega*].

¹²⁷ No mesmo sentido, *vide* decisão de 16 de outubro de 2007, queixas n.ºs 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 e 25496/05 [*Dušan Berić e outros c. Bósnia-Herzegovina*], n.ºs 27-30.

¹²⁸ Cf. n.º 83.

¹²⁹ Cf. n.º 84.

Por esclarecer ficou o teste utilizado pelo TEDH para distinguir as situações que se enquadram no acórdão *Behrami e Saramati* das que se subsumem no acórdão *Al-Jedda* – e que poderá ser, *e.g.*, o facto de a intervenção militar ser autorizada pelas Nações Unidas (caso em que se aplica a jurisprudência *Al-Jedda*) ou se as forças armadas atuam por delegação de poder do mesmo Conselho de Segurança (caso em que se aplica a jurisprudência *Behrami e Saramati*)¹³⁰. No ar fica a sensação de que o TEDH também não saberia como justificar essa distinção e que pretendeu transmitir uma ideia de coerência entre os seus diversos arestos em matéria de jurisdição dos Estados Contratantes, em vez de “revogar” uma decisão sua. Aliás, uma leitura do processo *Behrami e Saramati*, feita na sequência do acórdão *Al-Jedda*, até leva a supor que, fossem os factos apresentados hoje, e a decisão do TEDH seria exatamente a oposta.

¹³⁰ Vide, por todos, KEIR STARMER, “Responsibility for troops abroad: UN mandated forces and issues of human rights accountability”, in *European human rights law review*, 2008, issue 3, 331–336.









