

# O DIREITO

Ano 147.º (2015), IV

*Diretor*

JORGE MIRANDA

## O DIREITO

Ano 147.º (2015), IV

Diretor: JORGE MIRANDA

### *Fundadores*

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

### *Antigos Diretores*

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

### *Diretor*

Jorge Miranda

### *Diretores-Adjuntos*

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Propriedade de JURIDIREITO – Edições Jurídicas, Lda.

NIPC 506 256 553

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

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

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

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 300 exemplares

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

Número avulso € 20,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS – Digital Printing Services, Lda.

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

## ÍNDICE

### ARTIGOS DOUTRINAIS

RUI SOARES PEREIRA/DAVID SILVA RAMALHO <i>Os processos especiais no direito processual penal português</i> .....	823
PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ <i>A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance</i> .....	853
OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO <i>O estado de necessidade econômico-financeiro e o impacto sobre os direitos fundamentais</i> .....	897
ALEXANDRE GUERREIRO <i>Intervenção militar na Síria e o Conselho de Segurança das Nações Unidas: Obligatio erga omnes ou a descredibilização das instituições internacionais?</i> .....	969
DAVID SILVA RAMALHO/JOSÉ DUARTE COIMBRA <i>A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves</i> .....	997
MARGARIDA SEPÚLVEDA TEIXEIRA <i>Apreciação da Matéria de Facto em Sede de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade</i> .....	1047



## ARTIGOS DOUTRINAIS



# *Os processos especiais no direito processual penal português*

PROF. DOUTOR RUI SOARES PEREIRA\*

DR. DAVID SILVA RAMALHO\*\*

SUMÁRIO: 1. O processo comum e os processos especiais. 2. As formas de processo especiais: 2.1. O processo sumário; 2.2. O processo abreviado; 2.3. O processo sumaríssimo. 3. A finalidade dos processos especiais. 4. A promoção da aplicação de processos especiais. 5. Os processos especiais em reforma: 5.1. A reforma de 2013; 5.2. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2014, de 18 de Fevereiro; 5.3. Os recentes projectos legislativos de alteração ao Código de Processo Penal.

## **1. O processo comum e os processos especiais**

I. A Constituição da República Portuguesa consagra, no artigo 32.º, n.º 2, simultaneamente, o princípio da presunção da inocência e o direito ao processo célere, enquanto corolário daquele. A sua consagração na mesma disposição permite entender que o legislador constitucional reconhece que a demora do processo penal, não só prejudica a imagem e a realização da justiça, mas tem ainda a potencialidade de “*esvaziar de sentido e retirar conteúdo útil ao princípio da presunção da inocência*”<sup>1</sup> por permitir o prolongamento – e possivelmente a consolidação – da suspeição acerca da conduta ilícita, bem como a perpetuação das medidas de coacção aplicadas ao arguido.

\* Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais. Advogado na PLMJ – Sociedade de Advogados, R.L.

\*\* Mestrando em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais. Advogado na Sérvulo & Associados, R.L.

<sup>1</sup> J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 519, anotação ao artigo 32.º.

A prossecução do objectivo da celeridade processual é imediatamente temperada no texto da referida disposição com a necessidade de o prazo de julgamento ser compatibilizado com a concessão e o respeito pelas garantias de defesa do arguido. Em causa está a tensão, transversal ao processo penal, entre, por um lado, celeridade e eficácia na administração da justiça penal e, por outro lado, respeito pelas garantias da pessoa a ela submetida. A harmonização dos termos da prossecução destes objectivos e dos direitos e princípios a ela subjacentes há-de surgir através da procura de instrumentos de concordância e ponderação. É neste contexto que surgem os processos especiais: aparecem como meios de aceleração processual, conjugados com uma simplificação da tramitação, que encontram como fundamento da sua aplicação circunstâncias específicas que permitem concluir pela desnecessidade do recurso a uma forma de processo mais morosa e ritualística.

No que se segue oferecer-se-á tão-somente uma visão transversal e sumária do regime aplicável às formas de processo especiais no direito processual penal português, completada com uma breve análise da alteração à forma de processo sumário realizada pela reforma de 2013<sup>2</sup> e uma exposição sucinta do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2014, de 18 de Fevereiro<sup>3</sup>, que declarou “a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 381.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, na interpretação segundo a qual o processo sumário aí previsto é aplicável a crimes cuja pena máxima abstratamente aplicável é superior a cinco anos de prisão, por violação do artigo 32.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição”.

II. As formas de processo no direito processual penal português encontram-se legalmente classificadas em duas modalidades: a forma de processo comum e as formas de processo especiais.

A primeira, tendencialmente mais garantística mas também mais morosa, assume uma estrutura fundamentalmente trifásica, composta pelo inquérito, a instrução e o julgamento<sup>4</sup>. As segundas, por partirem da verificação de circuns-

<sup>2</sup> Levada a cabo pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro.

<sup>3</sup> Ac. TC n.º 174/2014 (CARLOS FERNANDES CADILHA), de 18 de Fevereiro, publicado no D.R., 1.ª Série, n.º 51, de 13 de Março de 2014, pp. 1858-1864 (igualmente disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140174.html?impresso=1>).

<sup>4</sup> Embora sejam estas as três grandes fases do processo, cabe não esquecer a existência de outras, como sejam o recurso ou a execução, bem como, segundo alguma doutrina, a aquisição da notícia do crime – cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 17, e PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 63.

tâncias que justificam menor solenidade, são tendencialmente mais céleres e, para além de prescindirem da instrução, podem ver o inquérito suprimido e o julgamento acelerado. Integram esta segunda categoria, dentro do Código de Processo Penal<sup>5</sup>, os processos sumário, sumaríssimo e, desde a reforma de 1998<sup>6</sup>, abreviado.

III. A aplicabilidade das formas de processo especiais, para além de limitada pelo tipo de crime ou pelo limite máximo da pena abstractamente aplicável, está dependente da verificação de circunstâncias específicas, como sejam a detenção em flagrante delito, a especial simplicidade da prova ou o consenso – *rectius*, a não oposição por parte do arguido – relativamente à pena a aplicar<sup>7</sup>.

A não verificação dos pressupostos de qualquer uma das formas de processo especiais conduz obrigatoriamente à aplicação subsidiária da forma de processo comum<sup>8</sup>, sob pena de nulidade insanável<sup>9</sup>, nos termos do disposto no artigo 119.º, alínea f), do Código de Processo Penal<sup>10</sup>. Daí que o processo comum seja considerado a forma-tipo aplicável a todos os crimes para os quais a lei não preveja forma especial<sup>11</sup>.

O requisito da existência de um patamar máximo de gravidade nas formas de processo especiais conduz a que os crimes mais graves – embora não só estes – sejam julgados seguindo a forma de processo comum, precisamente por ser esta a forma de processo que oferece garantias de defesa mais adequadas<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> Existem outros tipos de processos especiais regulados fora do Código de Processo Penal, como sejam o processo penal militar e o processo penal tributário – GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, cit., pp. 12 e 405.

<sup>6</sup> Levada a cabo pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto.

<sup>7</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, cit., pp. 12-13.

<sup>8</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 54.

<sup>9</sup> Só se tratará de nulidade dependente de arguição quando se aplicar a forma de processo comum em vez da forma de processo especial, [artigo 120.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal]. De resto, como referem ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO/PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “Algumas notas sobre o Processo Penal na forma sumária”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 16.º, Julho/Setembro 1995, N.º 63, pp. 159-166 (161), embora “*nada na CRP obrig[ue] a que a Lei ordinária crie formas especiais de processo (...), uma vez consagradas tais formas simplificadas de processo, não pode deixar de se afirmar que, verificados os requisitos legais, o arguido tenha um efectivo “direito” a ser julgado segundo a forma especial em causa. Esta é uma decorrência lógica do princípio da legalidade e do Estado de Direito. Ou seja, além de um direito ao processo, realidade consagrada a nível constitucional e em textos internacionais, existe um direito do arguido à forma do processo que ao caso cabia*”.

<sup>10</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 54.

<sup>11</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, cit., p. 13.

<sup>12</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 54.

## 2. As formas de processo especiais

### 2.1. O processo sumário

I. A forma de processo sumário encontra-se regulada nos artigos 381.º a 391.º do Código de Processo Penal.

O seu papel central no âmbito das formas de processo especiais deve-se ao facto de ser o processo tradicionalmente mais apto a proporcionar respostas céleres e adequadas à pequena e média criminalidade, quando ocorra detenção em flagrante delito do seu agente. Por esta via se permite, simultaneamente, oferecer uma solução de pacificação social e de resposta às expectativas comunitárias<sup>13</sup>, enquanto se cumpre o imperativo constitucional de respeito pelas garantias do arguido.

II. O primeiro dos requisitos essenciais para a aplicação da forma de processo sumário é a exigência da detenção em flagrante delito do arguido (artigo 381.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

Tanto basta para afastar a possibilidade de aplicação desta forma de processo, quer às pessoas colectivas<sup>14</sup>, quer às pessoas singulares no caso de estarem em causa crimes de natureza particular<sup>15</sup> (artigo 255.º, n.º 4, do Código de Processo Penal)<sup>16</sup>.

É, aliás, precisamente o facto de haver flagrante delito que justifica a eliminação ou redução do prazo de investigação, a supressão da fase da instrução e a simplificação da fase de julgamento. A actualidade da infracção e a evidência da prova tendencialmente concomitantes ao flagrante delito impõem uma resposta célere por parte do sistema penal, que tudo deverá fazer para permitir

<sup>13</sup> PAULO DÁ MESQUITA, “Os processos especiais no Código de Processo Penal português – respostas processuais à pequena e média criminalidade”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 17.º, Outubro/Dezembro 1996, N.º 68, pp. 101-117 (103).

<sup>14</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa: UCE, 2011, p. 991, anotação ao artigo 381.º. Embora alguns Autores entendam que, se os representantes da pessoa colectiva forem participantes do crime e forem detidos em flagrante delito, o julgamento pode ser feito em conjunto seguindo a forma de processo sumário – MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 968, anotação ao artigo 381.º, e FERNANDO GAMA LOBO, *Código de Processo Penal Anotado*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 751, anotação ao artigo 381.º.

<sup>15</sup> Só se admite a identificação do infractor.

<sup>16</sup> MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, cit., p. 968, anotação ao artigo 381.º.

uma resposta atempada e adequada à infracção<sup>17</sup>. É nesse contexto que surge o flagrante delito, como “*instância legitimadora de simplificação*”<sup>18</sup>, sobrevalorizado, na reforma de 2013, nas suas consequências processuais e no papel que desempenha na concordância prática dos valores em conflito, como se verá *infra*, mas objectivamente justificador de uma redução do formalismo da forma de processo comum.

A celeridade, contudo, não pode deixar de ser compatibilizada, por um lado com uma correcta visão dos factos que impeça a punição de parcelas isoladas de uma conduta criminosa mais complexa<sup>19</sup>, e, por outro, com as garantias de defesa do arguido, que deverão ser tanto mais amplas quanto mais grave for o crime imputado e as respectivas consequências sancionatórias.

A detenção em flagrante delito não se limita, porém, ao flagrante delito em sentido próprio (artigo 256.º, n.º 1, parte inicial, do Código de Processo Penal), mas abrange também o quase flagrante delito (artigo 256.º, n.º 1, segunda parte, do Código de Processo Penal) e a presunção de flagrante delito ou o flagrante delito presumido (artigo 256.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

Se o flagrante delito em sentido próprio não oferece particulares dificuldades ao intérprete, por pressupor actualidade e visibilidade na prática do facto criminoso, já o quase flagrante delito, que apenas pressupõe uma ligação fáctica e temporal com a comissão do ilícito, e a presunção de flagrante delito, que pressupõe um juízo de valor, logicamente estruturado e processualmente orientado, sobre certos elementos que indiciam o envolvimento na prática do facto, prestam-se às maiores dificuldades na respectiva concretização prática<sup>20</sup>. Estas dificuldades são, todavia, temperadas no caso dos crimes permanentes e duradouros, com o disposto no artigo 256.º, n.º 3, do Código de Processo Penal,

<sup>17</sup> JOÃO CONDE CORREIA, “Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata”, in *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma reforma «Cirúrgica?»* (org. André Lamas Leite), Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 217–253 (224–227).

<sup>18</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Por onde vai o Processo Penal português: por estradas ou por veredas?”, in *As Conferências do Centro de Estudos Judiciários*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 73.

<sup>19</sup> Sobre este assunto, alerta JOÃO CONDE CORREIA para o risco de se “[j]ulgar, precipitadamente, pequenas parcelas daquela conduta global (v.g. pedaços do crime de violência doméstica ou do crime de tráfico de menor gravidade) poderá, assim, prejudicar a economia processual (gerando repetições inúteis), desencadear contradições inconciliáveis [art. 449.º, n.º 1, al. c], do CPP], perturbar a avaliação conjunta dos factos e da personalidade do agente (art. 77.º, n.º 1, do CP) e mesmo violar o ne bis in idem (art. 29.º, n.º 5, da CRP). Numa tese mais ortodoxa, poderá, por isso mesmo, até impedir a apreciação futura das restantes parcelas daquela conduta, eventualmente más graves.” – JOÃO CONDE CORREIA, “Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata”, cit., p. 238.

<sup>20</sup> JOÃO CONDE CORREIA, “Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata”, cit., p. 237.

que restringe o flagrante delito aos casos em que é visível o envolvimento do agente na prática do facto<sup>21</sup>.

Ainda no que concerne ao primeiro requisito essencial, é necessário que a detenção em flagrante delito tenha sido realizada por autoridade judiciária ou entidade policial [artigo 381.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal] ou, desde a reforma de 2007<sup>22</sup>, por outra pessoa, desde que, num prazo que não exceda 2 horas, o detido tenha sido entregue a uma autoridade judiciária ou entidade policial, tendo esta redigido auto sumário da entrega [artigo 381.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal].

A introdução na lei da possibilidade de sujeição à forma de processo sumário de arguidos detidos por outrem que não as autoridades judiciárias ou as entidades policiais, nos termos do artigo 255.º do Código de Processo Penal, era já procurada anteriormente por alguma doutrina e jurisprudência.

Apesar da exigência da detenção em flagrante delito para o desencadeamento da aplicação da forma de processo sumário, o Código de Processo Penal não impõe a manutenção da situação de detenção, pelo que o processo tenderá a prosseguir com o arguido em liberdade (artigo 385.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal).

Adicionalmente, a audiência deverá realizar-se no prazo máximo de 48 horas (artigo 387.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), salvo nos casos de adiamento previstos nos n.ºs 2, 6 e 7 do artigo 387.º do Código de Processo Penal. Em face da versão anterior do Código de Processo Penal discutia-se se o prazo de 48 horas era ou não um requisito essencial, susceptível de determinar a nulidade do processo em caso de incumprimento, mas após a reforma de 2007 tem-se entendido que o não cumprimento das 48 horas gera apenas irregularidade (artigo 123.º do Código de Processo Penal)<sup>23</sup>.

Outro dos requisitos essenciais da aplicação do processo sumário<sup>24</sup> – como se desenvolverá *infra* sobre a reforma de 2013 e sobre o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2014, de 18 de Fevereiro –, é a necessidade de estar

<sup>21</sup> Sobre estes aspectos, cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Processos Especiais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1988, pp. 361-377 (366).

<sup>22</sup> Levada a cabo pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

<sup>23</sup> Assim, por exemplo, no Ac. RE de 30.06.2015, Proc. 267/10.6GTABFE1 (MARIA ISABEL DUARTE), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), na linha de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 1003, anotação ao artigo 387.º.

<sup>24</sup> Antes da reforma de 2010, levada a cabo pela Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto, o n.º 1 do artigo 386.º do Código de Processo Penal dispunha: “[o] julgamento em processo sumário regula-se pelas disposições deste Código relativas ao julgamento por tribunal singular, com as modificações constantes deste título”. Daqui retirava-se o requisito implícito de dever ser competente para o processo sumário o tribunal singular. A redacção constante da parte final das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 14.º e

em causa crime cuja pena legal abstractamente aplicável não exceda os 5 anos de prisão (artigo 381.º, n.º 1, do Código de Processo Penal) ou, caso exceda esse limite, a necessidade de o Ministério Público entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos (artigo 381.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

Foi a reforma de 2007 que tornou obrigatório o julgamento em processo sumário de todos os crimes puníveis com pena de prisão até 5 anos, mesmo em caso de concurso efectivo, e ainda com pena superior desde que o Ministério Público na acusação entenda que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos – conquanto, naturalmente, verificados os demais requisitos. Contudo, a possibilidade de o processo sumário abranger a criminalidade de média gravidade já antes tinha sido reclamada pela doutrina<sup>25</sup>.

III. Em relação à tramitação, importa reiterar que o processo sumário é uma forma de processo menos solene e menos *pesada* do que a forma comum, o que decorre da acrescida facilidade da prova em casos de detenção em flagrante delito.

Por este motivo, é possível passar rapidamente para a fase de julgamento sem ser necessário prever a possibilidade de abertura da fase da instrução, a qual é, nesta forma de processo, totalmente sacrificada<sup>26</sup>.

Com efeito, em processo sumário, o suspeito detido em flagrante delito começará por ser constituído arguido [artigo 58.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal], apresentado imediatamente ao Ministério Público para interrogatório sumário, se este o julgar conveniente (artigo 382.º, n.º 2, do Código de Processo Penal), e, de seguida, apresentado ao tribunal competente para julgamento, caso o Ministério Público não promova, oficiosamente ou mediante requerimento do arguido ou do assistente<sup>27</sup>, o arquivamento em caso de dis-

da alínea c) do n.º 2 do artigo 16.º do Código de Processo Penal, resultante da reforma de 2013, permite concluir que competente para o julgamento em processo sumário será o tribunal singular.

<sup>25</sup> Assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, Outubro/Dezembro 1996, N.º 4, pp. 525-544 (527). Cf. também PAULO DE SOUSA MENDES, *Sumários de Direito Processual Penal*, Ano Lectivo 2008/2009, FDUL, p. 69, nota 65. Crítico dessa tendência, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Por onde vai o Processo Penal português: por estradas ou por veredas?”, cit., p. 75.

<sup>26</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 101.

<sup>27</sup> Como bem assinala JOÃO CONDE CORREIA, o assistente em processo penal apenas poderá assumir essa qualidade já em audiência, quando o requeira ainda que verbalmente (artigo 388.º do Código de Processo Penal), ou seja, em momento posterior à fase pré-judicial na qual deverá ser promovida a suspensão provisória do processo, nos termos dos artigos 382.º, n.º 2, e 384.º do Código de

pensa de pena<sup>28</sup> ou a suspensão provisória do processo – artigos 382.º, n.º 2, e 384.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal. Tendo em conta a celeridade induzida por esta tramitação, costuma dizer-se que no processo sumário não há inquérito<sup>29</sup>: utiliza-se o auto de notícia (artigo 389.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal)<sup>30</sup>. Mas a lei aceita a realização de inquéritos sumários, já que esta forma de processo admite, por exemplo, que, quando precise de tempo para reunir mais provas, o Ministério Público possa realizar diligências de investigação que considere essenciais (artigo 387.º, n.º 4, do Código de Processo Penal), mantendo-se a forma de processo sumário se for respeitado o prazo de 15 dias a contar da detenção para a realização da audiência [artigo 387.º, n.º 2, alíneas b) e c), do Código de Processo Penal].

Por outras palavras, o processo sumário concentra-se na fase de julgamento e não prevê a obrigatoriedade de uma fase destinada à investigação do crime e à descoberta e recolha da prova (inquérito) ou à comprovação da decisão de acusar ou arquivar do Ministério Público (instrução).

Além disso, embora a tramitação da audiência de julgamento obedeça às normas do processo comum, em processo sumário estas normas são “*adaptadas ao mínimo indispensável ao conhecimento e boa decisão da causa, em ordem a garantir a celeridade do processo*” (cf. artigo 386.º, n.º 2, do Código de Processo Penal)<sup>31</sup>.

Processo Penal – JOÃO CONDE CORREIA, “Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata”, cit., pp. 244-245.

<sup>28</sup> Inclusivamente, a pedido do próprio arguido, desde que verificados os pressupostos – Ac. RP de 12.02.2014, Proc. 144/13.9GFPRT.P1 (ÉLIA SÃO PEDRO), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>29</sup> Referindo a inexistência da fase de inquérito no processo sumário, embora chamando a atenção também para os relevantes poderes processuais que o Ministério Público exerce na fase pré-judicial prevista no artigo 383.º do Código de Processo Penal, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 1000, anotação ao artigo 386.º, e Ac. RL de 21.12.2010, Proc. 858/10.5SELSB.L1-3 (CARLOS ALMEIDA), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>30</sup> O que não afasta a necessidade de o Ministério Público, em certos casos, aditar factos integrais dos elementos do tipo incriminador (*v.g.* o elemento subjectivo), não constantes do auto de notícia – cf., por exemplo, Ac. RL de 07.06.2011, Proc. 25/10.8SCLSB.L1-5 (JORGE GONÇALVES) e Ac. RC de 21.10.2009, Proc. 69/09.2GTGBR.C1 (JORGE JACOB), ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Chamando já a atenção para os riscos inerentes à possibilidade de substituição da acusação pelo auto de notícia, tendo em conta as exigências legalmente previstas para o conteúdo da acusação, nomeadamente nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 283.º do Código de Processo Penal, cf. ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO/PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “Algumas notas sobre o Processo Penal na forma sumária”, cit., pp. 165-166.

<sup>31</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 102.

IV. O artigo 390.º do Código de Processo Penal prevê taxativamente as situações em que, por força da necessária ponderação de valores<sup>32</sup>, o tribunal procederá, por decisão irrecorrível (artigo 391.º do Código de Processo Penal), ao reenvio dos autos para outra forma de processo<sup>33</sup>.

Estes casos incluem a não verificação dos pressupostos especiais ou gerais do processo sumário, a necessidade de resolução de questões prejudiciais que requeiram a suspensão do processo, a necessidade de realização de diligências adicionais que imponham a ultrapassagem dos prazos previstos nos n.ºs 9 e 10 do artigo 387.º do Código de Processo Penal, ou a excepcional complexidade da causa<sup>34</sup>.

Entendeu já o Tribunal Constitucional, porém, que essa remessa – feita, no caso da pronúncia, ao abrigo do artigo 390.º, alínea b), do Código de Processo Penal – não viola o princípio *ne bis in idem* previsto no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa<sup>35</sup>, mesmo que tenha sido já produzida toda a prova em audiência e tenha sido já marcada data para a leitura de sentença. Considerou o Tribunal que “*não existindo, ainda, qualquer sentença (condenatória ou absolutória) a pronunciar-se sobre os factos que são imputados ao arguido, não pode ver-se na simples ordem de remessa dos autos para serem tramitados sob a forma de processo comum – por a prova produzida em audiência revelar a necessidade, para a descoberta da verdade, da realização de diligências probatórias adicionais insusceptíveis de serem levadas a cabo dentro do prazo máximo previsto para o processo sumário – uma situação de duplo julgamento, no sentido proibido pelo artigo 29.º, n.º 5 da Constituição*”.

## 2.2. O processo abreviado

I. O processo abreviado foi introduzido pela reforma de 1998 e está regulado nos artigos 391.º-A a 391.º-F do Código de Processo Penal.

<sup>32</sup> Entre a celeridade da decisão e as exigências da justiça, que devem prevalecer sobre aquela celeridade – ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Processos Especiais”, cit., p.371.

<sup>33</sup> Ac. STJ de 14.05.2014, Proc. 776/12.2PFPRT.P1-A.S1 (OLIVEIRA MENDES), publicado no D.R., 1.ª Série, n.º 112, de 12 de Junho de 2014, pp. 3126–3131 (igualmente disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>34</sup> Cf. a explicação destas situações por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pp. 1010–1011, anotação ao artigo 390.º, e MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, cit., pp. 988–990, anotação ao artigo 390.º.

<sup>35</sup> Ac. TC n.º 452/2002 (SOUSA E BRITO), publicado no D.R., 2.ª Série, n.º 287, de 12 de Dezembro de 2002, pp. 20298–20299 (igualmente disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020452.html>).

A celeridade acrescida que esta forma de processo prossegue encontra justificação na especial simplicidade e evidência da prova, da qual resultem indícios suficientes da verificação do crime e da identidade do seu agente<sup>36</sup>.

II. No que respeita aos pressupostos e requisitos desta forma de processo, cabe referir, em primeiro lugar, que deve estar em causa crime punível – ou crimes, em caso de concurso de infracções – com pena de multa ou com pena máxima abstractamente aplicável não superior a 5 anos de prisão.

Adicionalmente, quando se trate de crimes puníveis com limite máximo superior a 5 anos de prisão, poderá esta forma de processo ser aplicada, desde que não estejam em causa crimes da competência do tribunal colectivo<sup>37</sup>, sempre que o Ministério Público entenda, na acusação, que não deverá ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos (artigo 391.º-A, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal).

Em segundo lugar, deverão existir provas simples e evidentes<sup>38</sup>, suficientemente indiciadoras do crime e da identidade do seu agente (artigo 391.º-A, n.ºs 1 e 3, do Código de Processo Penal), que tornem desnecessário prolongar a investigação pré-acusatória. Portanto, importa que, tendo em conta os elementos de prova disponíveis, possa concluir-se pela possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada em julgamento, por força deles, uma pena criminal.

No n.º 3 do artigo 391.º-A do Código de Processo Penal, introduzido pela reforma de 2007, consta uma enumeração, actualmente taxativa<sup>39</sup>, das situações em que se considera existirem provas simples e evidentes, a saber: casos de detenção em flagrante delito quando não deva haver julgamento em processo sumário; casos de prova documental com grande força probatória; ou casos de prova testemunhal presencial com versão uniforme<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, cit., p. 401.

<sup>37</sup> Cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR et al., *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 1222.

<sup>38</sup> Como expressão alternativa, que considera menos contundente, MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 17.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 895, anotação ao artigo 391.º-A, sugere “evidência probatória ou prova indiciária segura”. Referindo também as dificuldades de densificação da expressão “provas simples e evidentes”, cf. Ac. RL de 06.10.2004, Proc. 5863/2004-3 (VARGES GOMES), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>39</sup> A supressão do advérbio de modo “nomeadamente” na reforma de 2010 e a introdução da conjunção disjuntiva “ou”, entre as alíneas b) e c), veio a consagrar a taxatividade destas situações – cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR et al., *Código de Processo Penal Comentado*, cit., p. 1222, anotação ao artigo 391.º-A.

<sup>40</sup> Em momento prévio à reforma de 2013, por estar em causa uma enumeração exemplificativa (havendo inclusivamente quem propusesse o recurso ao método interpretativo aplicável aos exemplos-padrão), alguma doutrina entendia que deveriam ser incluídas no elenco de situações em que

Anteriormente, a lei contemplava, como requisito, a necessidade de ser deduzida acusação no prazo máximo de 90 dias após o crime. Contudo, essa exigência encontra-se hoje relegada para o artigo 391.º-B, n.º 2, do Código de Processo Penal, que estabelece que o inquérito terá uma duração máxima de 90 dias, cuja ultrapassagem é geradora de mera irregularidade (artigo 123.º do Código de Processo Penal)<sup>41</sup>.

Diferentemente do que sucede geralmente no processo sumário, o processo abreviado, por não pressupor uma situação de flagrante delito, pode ser utilizado quando estejam em causa pessoas colectivas<sup>42</sup>, mas, tal como no processo sumário, não é admissível quando estejam em causa crimes da exclusiva competência do tribunal colectivo<sup>43</sup>.

III. Em relação à tramitação, pode referir-se que, ao invés de se verificar sobretudo um encurtamento dos prazos para dedução de acusação e para instrução (como sucedia antigamente), actualmente constata-se, desde logo, que a fase de inquérito não é obrigatória<sup>44</sup>, pois a acusação pode ser deduzida com base na mera notícia do crime<sup>45</sup>.

Caso, porém, o Ministério Público determine a realização de inquérito<sup>46</sup>, existe um prazo de 90 dias, contado a partir da notícia do crime ou da apresentação da queixa, para deduzir acusação (artigo 391.º-B do Código de Processo Penal).

se considera existirem provas simples e evidentes, por exemplo, a prova pericial ou a confissão do arguido livre e espontânea – assim, MAIA GONÇALVES admitia também a confissão integral e sem reservas, bem como os casos de difamação através da imprensa e de emissão de cheque sem provisão, Cf. MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 17.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 895, anotação ao artigo 391.º-A. Sobre este tema, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 1015, anotação ao artigo 391.º-A.

<sup>41</sup> Ac. RE de 21.06.2011, Proc. 702/08.3GELLE.E1 (MARTINHO CARDOSO), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>42</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 1016, anotação ao artigo 391.º-A.

<sup>43</sup> MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, cit., p. 994, anotação ao artigo 391.º-A.

<sup>44</sup> Assim, por exemplo, nos Acs. RL de 17.04.2007, Proc. 182/07-5 (NUNO GOMES DA SILVA) e de 14.11.2007, Proc. 5100/2007-3 (CONCEIÇÃO GONÇALVES), ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>45</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 1017, anotação ao artigo 391.º-B.

<sup>46</sup> MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, cit., p. 993, anotação ao artigo 391.º-A.

A suspensão provisória do processo, podendo durar entre 2 e 5 anos, é incompatível com o processo abreviado, pelo que, se for determinada, os autos terão de seguir a tramitação comum<sup>47</sup>.

Além disso, o processo abreviado não contempla a fase da instrução. Com a reforma de 2007 desapareceu a anterior referência no artigo 391.º-C do Código de Processo Penal ao debate instrutório, ao despacho de pronúncia e à aplicação de artigos da fase da instrução. Alguma doutrina considera que a supressão da instrução sumária anteriormente prevista é desconforme com a Constituição da República Portuguesa<sup>48</sup>, mesmo em face da anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional, invocando que, ao contrário do que sucede em processo sumário (que tem a garantia clássica da possibilidade de reenvio para a forma de processo comum quando faltem os pressupostos legais), no processo abreviado essa possibilidade não existe, o que poderá determinar a inconstitucionalidade dos artigos 286.º, n.º 3, e 391.º-C do Código de Processo Penal por violação do artigo 32.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 1018, anotação ao artigo 391.º-B.

<sup>48</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 1019, anotação ao artigo 391.º-D.

<sup>49</sup> Há, contudo, quem defenda que a função do debate instrutório – porquanto seria o “*único acto admitido na instrução de então*” – é cumprida pelo despacho de saneamento, previsto no actual artigo 391.º-C do Código de Processo Penal – assim, cf. MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, cit., p. 993, anotação ao artigo 391.º-A. Note-se, porém, que, apesar de o artigo 391.º-C, n.º 2, do Código de Processo Penal, prever, antes da reforma de 2007, que “[n]o prazo de 10 dias a contar da notificação da acusação, o arguido pode requerer ao juiz de instrução a realização de debate instrutório, com as finalidades a que se refere o artigo 298.º”, a verdade é que o seu n.º 4 previa expressamente que “[é] correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 287.º, n.ºs 2 e 3, 297.º, 299.º, 300.º a 305.º, 307.º, n.ºs 1 e 2, e 308.º a 310.º, podendo o arguido requerer a prática dos actos que entender necessários”. Assim, não estava em causa a mera realização de uma discussão oral perante o juiz de instrução, mas antes se previa a possibilidade de apresentação de um requerimento para abertura da instrução, bem como a prática de actos requeridos pelo arguido ou mesmo a possibilidade de o juiz levar a cabo actos de instrução cujo interesse para a descoberta da verdade se tenha entretanto revelado – tudo actos que não encontram sucedâneo no despacho de saneamento. Por outro lado, a finalidade do debate instrutório não é idêntica à do despacho de saneamento. Enquanto no primeiro se “*visa permitir uma discussão perante o juiz, por forma oral e contraditória, sobre se, do decurso do inquérito e da instrução, resultam indícios de facto e elementos de direito suficientes para justificar a submissão do arguido a julgamento*”, no segundo, não só não existe precedência de qualquer discussão oral e contraditória, como se faz uma apreciação significativamente mais sumária e formal, apenas se podendo rejeitar a acusação quando a mesma seja *manifestamente infundada*. Contrariamente ao que acontece no debate instrutório, no despacho de saneamento o juiz não pode sindicar a suficiência da prova de modo a avaliar a probabilidade de procedência desta em sede de julgamento, mas antes se basta, no processo abreviado, com uma aferição sumária da sustentação da acusação em indícios evidentes de

### 2.3. O processo sumaríssimo

I. O processo sumaríssimo está regulado nos artigos 392.º a 398.º do Código de Processo Penal e assenta na procura de uma solução consensual motivada por razões de simplificação, eficácia e de economia processual<sup>50</sup>.

II. Para a aplicação do processo sumaríssimo é necessário, em primeiro lugar, que esteja em causa a imputação de crime punível – ou crimes, em caso de concurso – com pena de prisão não superior a 5 anos ou punível apenas com pena de multa (artigo 392.º, n.º 1, do Código de Processo Penal)<sup>51</sup>.

Em segundo lugar, sempre que a aplicação desta forma de processo não surja por iniciativa do arguido, deverá o mesmo ser ouvido pelo Ministério Público em momento prévio à sua promoção junto do tribunal (artigo 392.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

que o arguido cometeu o crime de que está acusado. Se estas noções se afiguram, numa primeira leitura, confundíveis, então testemo-las com o seguinte caso: o indivíduo A é detido em flagrante delito por furto de uma carteira pertencente a um terceiro, que é imediatamente apreendida na sua posse. A prova é simples e evidente, nos termos do disposto no artigo 391.º-A, n.º 1, do Código de Processo Penal. Contudo, imagine-se que o indivíduo A tinha uma carteira idêntica à que subtraiu e que, por isso, levou aquela por mero lapso. Esta questão, em princípio, não implicará a rejeição da acusação no despacho de saneamento, mas em contrapartida poderia ser fundamento para a prolação de um despacho de não pronúncia no regime anterior. Portanto, não é evidente a *fungibilidade* entre o debate instrutório e o despacho de saneamento. A mesma doutrina (*ibidem*) acrescenta ainda que o regime anterior era injustificado e inconstitucional, uma vez que “*havendo pronúncia a declarar a existência de provas simples e evidentes, o juiz do julgamento não mais podia, sob pena de violação do caso julgado, afirmar o contrário e quanto ao julgamento dos factos ficava numa situação delicada e praticamente sem margem para ditar outra sentença que não fosse a condenatória*”. Contudo, a existência de provas simples e evidentes da prática de um crime é feita, em sede instrutória, sempre com base num juízo probabilístico e susceptível de ser afastado na fase de julgamento, não só porque outra prova pode surgir que invalide a interpretação dada à anterior prova, mas também porque a existência de provas simples e evidentes da prática de um crime pelo arguido não é sinónimo da prática desse crime nem obsta à verificação de uma dúvida absolutória.

<sup>50</sup> Assim, por exemplo, MANUEL COSTA ANDRADE, “Consenso e Oportunidade. Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo”, cit., pp. 356-357. Outros acentuam como ideias-chave do processo sumaríssimo a simplicidade, o consenso e a celeridade – VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal: notas e comentários*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 836, anotação ao artigo 392.º.

<sup>51</sup> Como refere Costa Andrade, no processo sumaríssimo surge um arguido “*que transpõe os umbrais do Tribunal já pacificado com os ‘outros significantes’ que terão sido referentes da sua conduta. E que, para além disso, se mostra disposto a colaborar na procura da verdade [...] e a aceitar os caminhos que lhe são propostos como os mais adequados ao seu reencontro com os valores e modelos de ação do Estado de Direito*” – cf. MANUEL COSTA ANDRADE, “Consenso e Oportunidade. Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo”, cit., p. 334.

Em terceiro lugar, exige-se que o Ministério Público entenda que deve ser aplicada, em concreto, pena ou medida de segurança não privativas da liberdade<sup>52</sup> (artigo 392.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), nomeadamente: multa; suspensão da execução da pena de prisão; proibição do exercício de profissão, função ou actividade; prestação de trabalho; admoestação; interdição de actividades; cassação de títulos, etc.

III. Já no que concerne à tramitação, cumpre começar por referir que o requerimento do Ministério Público não pode basear-se apenas no auto de notícia (artigo 394.º do Código de Processo Penal), antes devendo: fazer referência ao requerimento ou audição do arguido; conter uma enunciação sumária das razões de facto e de direito pelas quais se justifica a não aplicação de pena efectiva de prisão ou de medida de segurança de internamento; incluir a fundamentação factual e jurídica da escolha da pena concreta ou da medida de segurança proposta e da determinação do seu *quantum* concreto; conter as sanções propostas pelo Ministério Público; e, eventualmente, incluir referências às particulares exigências de protecção da vítima do crime que imponham o arbitramento officioso da reparação, com indicação da quantia exacta a arbitrar<sup>53</sup>.

Nesta medida, o processo sumaríssimo deve incluir a fase preliminar de inquérito, ou seja, a prova indiciária dos factos e da sua autoria ou comparticipação e ainda os elementos de facto para a escolha da concreta pena ou medida de segurança não privativa da liberdade. Tal implica a constituição do suspeito como arguido e a realização do respectivo interrogatório. Já nos crimes particulares, o Ministério Público deverá obter previamente a concordância do assistente antes de encerrado o inquérito.

Apresentado o requerimento pelo Ministério Público nos termos do artigo 394.º do Código de Processo Penal, pode o requerimento, que é aliás “*uma simples proposta*”<sup>54</sup>, ser rejeitado pelo juiz, sempre que este entenda que é legalmente inadmissível o procedimento, que o requerimento é manifestamente infundado, nos termos do artigo 311.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, ou quando a sanção proposta seja manifestamente insusceptível de realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (artigo 395.º, n.º 1, do Código de Processo Penal). Quando, porém, o único fundamento de discordância do tribunal para com a proposta seja a inadequação ou insuficiência da

<sup>52</sup> Referindo a inclusão de penas de substituição não privativas da liberdade, cf. Ac. RC de 10.07.2014, Proc. 87/12.3GDCTB.C1 (ISABEL SILVA), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>53</sup> MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, cit., p. 1008, anotação ao artigo 394.º.

<sup>54</sup> ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Processos Especiais”, cit. p. 374.

sanção, poderá o tribunal, em alternativa ao reenvio do processo para outra forma, fixar sanção diferente, quer na sua espécie, quer na sua medida, desde que para tal obtenha a concordância do Ministério Público e do arguido. Desde modo, salvaguarda-se o poder jurisdicional de aplicação da sanção<sup>55</sup>.

Se o requerimento não for rejeitado, o arguido é notificado para dizer se se opõe ou não à aplicação da sanção<sup>56</sup>. A aceitação da sanção proposta não se compadece, porém, com a imposição de condições ou a cumulação com uma oposição parcial, mas antes deverá ser global e não condicionada<sup>57</sup>.

Se o arguido não se opuser<sup>58</sup>, o juiz profere despacho aplicando sanção e condenando nas custas do processo. Este despacho vale como sentença condenatória e não admite recurso ordinário, sem prejuízo da arguição de nulidades<sup>59</sup> (artigo 397.º, n.ºs 1, 2 e 3, do Código de Processo Penal).

Se o arguido se opuser ao requerimento, o processo será reenviado para outra forma<sup>60</sup>. Caso o processo deva prosseguir na forma comum, o arguido é notificado para, querendo, requerer a abertura da instrução (artigo 398.º do Código de Processo Penal)<sup>61</sup>.

Porém, se tiver aceitado a sanção proposta pelo Ministério Público, o juiz poderá estar impedido de intervir no julgamento subsequente de arguido que se oponha ao requerimento do Ministério Público, de acordo com uma inter-

<sup>55</sup> MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, cit., p. 899, anotação ao artigo 392.º.

<sup>56</sup> Segundo MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, cit., p. 900, anotação ao artigo 392.º, trata-se de uma salvaguarda em benefício do arguido de que não lhe será “roubado o conflito”.

<sup>57</sup> Assim, cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPARD et al., *Código de Processo Penal Comentado*, cit., anotação ao artigo 396.º, p. 1239. Em sentido contrário, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 1029, anotação ao artigo 396.º.

<sup>58</sup> Alguma jurisprudência faz equivaler a não oposição a uma assunção de culpa – assim, por exemplo, no Ac. RC de 23.05.2012, Proc. 397/11.7SAGRD-A.C1 (PAULO GUERRA), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Assim não sucederá, naturalmente, quando a falta de oposição se deva à omissão de notificação do arguido para o efeito – assim, no Ac. RL de 24.10.2001, Proc. 00100003 (TERESA FÉRIA), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>59</sup> Trata-se de uma clarificação introduzida pela reforma de 2013: ao invés de se dizer, como antigamente se dizia, que o despacho judicial que aplica a sanção transita em julgado, passou a referir-se que esse despacho não admite recurso ordinário, pois só transitará em julgado após ter decorrido o prazo de arguição de nulidades.

<sup>60</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 103.

<sup>61</sup> Ac. RP de 15.07.2009, Proc. 536/08.5PASTS-A.P1 (ISABEL PAIS MARTINS), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

pretação dos artigos 40.º, 43.º, n.º 2, e 398.º do Código de Processo Penal, conforme ao artigo 32.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição da República Portuguesa<sup>62</sup>.

### 3. A finalidade dos processos especiais

As formas de processo especiais permitem, em geral, a realização de uma justiça “*mais pronta*”, sem afectação da procura “*da verdade material dos factos*” e com “*um alívio das formalidades consagradas para o processo comum*”<sup>63</sup>.

No caso do processo sumário pode dizer-se que constitui uma forma de processo mais expedita porque não comporta algumas fases do processo comum, embora seja também mais solene do que, por exemplo, a forma sumaríssima<sup>64</sup>. Sobretudo, a forma sumária “*obedece à ideia de que, quando a prova é relativamente simples de fazer porque se baseia na evidência que é própria das situações de flagrante delito, se deve saltar fases para se chegar o mais rapidamente possível ao julgamento*”<sup>65</sup>.

Por seu turno, o processo abreviado garante o formalismo do processo comum, mas introduz algumas alterações de natureza formal que se justificam pela pequena gravidade do crime e pelos pressupostos e requisitos que fundamentam o recurso a esta forma de processo especial<sup>66</sup>. O escopo do processo abreviado é pois o de submeter o arguido a julgamento o mais rapidamente possível nos casos de pequena e média criminalidade, que estejam fortemente indiciados porque sustentados em provas evidentes e de fácil produção<sup>67</sup>. Esta

<sup>62</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pp. 1031-1032, anotação ao artigo 398.º.

<sup>63</sup> ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO/PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “Algumas notas sobre o Processo Penal na forma sumária”, cit., p.160.

<sup>64</sup> Mantém-se assim válida a seguinte contraposição formulada por ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “Processos Especiais”, cit. p. 364, entre o processo sumário e o processo sumaríssimo: “[a]quele, traduzindo a preocupação de responder às necessidades de celeridade, imediatismo e eficácia da reacção jurídico-criminal, perante certo modo de constatação da infracção penal. Este, procurando responder, com a gestão dos limites entre o desejável e o possível (por imperativos do lastro da tradição e das implicações jurídico-constitucionais), de um modo expedito, desformalizado e consensual a certos sectores da pequena criminalidade, actuando desse modo um compromisso entre a necessidade de declaração da justiça do caso, como tarefa própria do Estado, e a reposição, pretendidamente em espaço consensual, da paz jurídica”.

<sup>65</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 101.

<sup>66</sup> MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, cit., p. 894, anotação ao artigo 391.º-A.

<sup>67</sup> MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, cit., p. 992, anotação ao artigo 391.º-A. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 1014, anotação ao artigo 391.º-A, refere antes a existência de prova evidente do crime e a frescura da prova. No fundo, pode dizer-se,

forma de processo especial representa, por isso, frequentemente “*um sucedâneo da forma sumária, quando, apesar da detenção em flagrante delito, não for possível o julgamento até ao limite do prazo legal*”<sup>68</sup>.

Por último, o processo sumaríssimo é uma forma de processo mais expedita para a pequena criminalidade<sup>69</sup>, que surgiu com a missão de ajudar a libertar os tribunais de processos de tramitação morosa sempre que o Ministério Público consiga prever que não haverá lugar à aplicação de uma pena superior a 5 anos de prisão ou que só será aplicável pena de multa e o arguido se conforme com a punição. Às vantagens em termos de celeridade e redução de pendências no sistema penal, juntam-se as vantagens também para o agente da infracção que vê o processo retirado da exposição à publicidade. A ideia que preside ao recurso a esta forma de processo é pois a de pacificação em torno do consenso, alcançada através de um aligeiramento do rito indagatório e da tramitação subsequente, mas sem prejuízo da realização do direito<sup>70</sup>. A caracterização da forma de processo sumaríssimo pode, por isso, ser feita sinteticamente dizendo que se trata de um processo expedito para a pequena criminalidade e também para a criminalidade média-baixa, que assenta na ideia de consenso e dissuasão e que elimina, na fase preliminar, a instrução e, na fase de julgamento, a audiência<sup>71</sup>.

#### 4. A promoção da aplicação de processos especiais

I. A utilização da forma de processo sumário depende, em princípio, da promoção do Ministério Público.

como se sugere no Ac. RL de 14.03.2007, Proc. 1275/2007-3 (VARGES GOMES), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que “*o requisito do processo abreviado, de que existam “provas simples e evidentes” significa que “a prova está feita”, no sentido de que está a mesma facilitada, que não apresenta, do ponto de vista dos factos e do direito, qualquer dificuldade e pode ser facilmente esclarecida*”.

<sup>68</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 103.

<sup>69</sup> Desde logo, porque, como refere ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “*Processos Especiais*”, cit., p. 373, constitui “*um ensaio de resposta formalmente leve (e essencialmente abreviada) a certos sectores da pequena criminalidade, que simplifica e desformaliza o caminho para uma decisão sobre a culpa e sobre a fixação da pena*”.

<sup>70</sup> Tanto mais que se poderá dizer, com MANUEL COSTA ANDRADE, “*Consenso e Oportunidade. Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo*”, cit., p. 357, que “*a intervenção de todos os sujeitos processuais antes da definição da decisão há-de naturalmente abrir a porta a decisões mais estabilizadas e sobretudo mais viradas para a conciliação e a reafirmação intersubjectiva da validade da norma desrespeitada*”.

<sup>71</sup> MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, cit., p. 1002, anotação ao artigo 392.º.

Essa promoção é, aliás, obrigatória quando estejam reunidos os pressupostos e requisitos para o recurso a esta forma de processo especial<sup>72</sup>. É com o intuito de assegurar a verificação desses pressupostos e requisitos que o legislador prevê a realização, pelo Ministério Público, do interrogatório sumário previsto no artigo 382.º, n.º 2, do Código de Processo Penal<sup>73</sup>.

Por seu turno, o processo abreviado só pode ser promovido pelo Ministério Público (artigo 391.º-A do Código de Processo Penal). Todavia, tratando-se de crimes particulares<sup>74</sup>, deverá o Ministério Público “*indicar expressamente ao assistente que irá deduzir acusação em processo abreviado*”, sendo certo que, caso o assistente opte por deduzir acusação noutra forma de processo e não na forma de processo abreviado, o Ministério Público pode deduzir acusação própria no processo abreviado, a qual prevalecerá sobre a do assistente<sup>75</sup>.

Finalmente, o processo sumaríssimo é requerido, oficiosamente ou por iniciativa do arguido<sup>76</sup>, pelo Ministério Público ao tribunal (artigo 392.º do Código de Processo Penal). A sua aplicação depende, portanto, da concordância do Ministério Público, do juiz e do arguido, bem como, no caso dos crimes particulares, do assistente (artigo 392.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

Ademais, independentemente da necessidade de impulso do Ministério Público para aplicação desta forma de processo<sup>77</sup>, a verdade é que o juízo que precede a apresentação do requerimento não é de discricionariedade ou mesmo de oportunidade, mas antes de legalidade, dado que o Ministério Público se encontra “*vinculado a aplicar esta forma de processo quando se verificam os seus pressupostos legais*”<sup>78</sup>. Nos casos em que esteja em causa crime particular, deverá ainda

<sup>72</sup> Assim, por exemplo, ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO/PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “Alguas notas sobre o Processo Penal na forma sumária”, cit., p. 161: “*verificados aqueles requisitos, não se pode considerar que caiba à escolha discricionária das autoridades judiciárias a utilização da forma sumária de processo. Antes ela é imperativa*”.

<sup>73</sup> Referindo também que o Ministério Público, “*como titular do exercício da acção penal e garante da objectividade e rigor exigido pelo princípio da verdade material*”, deve efectuar “*uma pré-apreciação, segundo os seus quadros próprios de intervenção, sobre a susceptibilidade e/ou suficiência dos elementos disponíveis, ou previsíveis, para obter em processo sumário uma decisão ponderada e segura com base nos (nesses) dados que possam ser apresentados ao Tribunal*”, cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “Processos Especiais”, cit., p. 369.

<sup>74</sup> Questão que não se coloca no processo sumário, porque se exige a detenção em flagrante delito, que o artigo 255.º, n.º 4, do Código de Processo Penal expressamente afasta.

<sup>75</sup> MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, cit., p. 994, anotação ao artigo 391.º-A.

<sup>76</sup> A possibilidade de o arguido requerer a aplicação do processo sumaríssimo foi uma inovação introduzida pela reforma de 2007.

<sup>77</sup> ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “Processos Especiais”, cit. p. 374.

<sup>78</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., p. 1024, anotação ao artigo 392.º.

ser ouvido o assistente ou a pessoa com legitimidade para se constituir como assistente se ainda não estiver como tal constituída, com quem o Ministério Público deverá acordar o conteúdo do requerimento.

II. Ao abrigo da Lei-Quadro da Política Criminal, aprovada pela Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, o legislador poderá reforçar a utilização das formas de processo especiais, desde logo consagrando o dever legal de privilegiar estas formas de processo em detrimento da forma de processo comum.

Assim sucedeu com a Lei de Política Criminal do Biénio de 2009–2011, aprovada pela Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho, em cujo artigo 16.º, n.º 1, alíneas *d*), *e*) e *f*), o legislador expressamente previu o dever de o Ministério Público privilegiar “*no âmbito das suas competências e de acordo com as directivas e instruções genéricas aprovadas pelo Procurador-Geral da República, a aplicação*” aos “*crimes de menor gravidade*” das formas de processo especiais<sup>79</sup>. Esta opção viria a ser abandonada com a entrada em vigor da Lei de Política Criminal do Biénio de 2015–2017, aprovada pela Lei n.º 72/2015, de 20 de Julho, da qual não consta qualquer referência aos processos especiais.

Recorde-se, nesta matéria, que a nulidade insanável prevista no artigo 119.º, alínea *f*), do Código de Processo Penal, é aplicável apenas quando seja utilizada forma de processo especial fora dos casos previstos na lei. Já quando, por hipótese, seja utilizada a forma de processo comum nos casos em que devesse ser aplicada uma forma de processo especial, a consequência será antes a nulidade dependente de arguição prevista no artigo 120.º, n.º 2, alínea *a*), do Código de Processo Penal. A diferença entre ambos os regimes é facilmente compreensível, pois enquanto a aplicação indevida da forma de processo comum apenas implica um aumento das garantias processuais do arguido, em prejuízo da celeridade do processo, já a aplicação indevida de uma forma de processo especial quando os seus pressupostos não se verificarem, implica um prejuízo intolerável para o arguido, que se vê julgado em circunstâncias mais desfavoráveis do que aquelas que a lei impõe que lhe sejam aplicadas.

## 5. Os processos especiais em reforma

O Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, já foi alterado 24 vezes, o que representa uma média de quase uma alteração por ano. Todavia, como refere FIGUEIREDO DIAS, foram quatro

<sup>79</sup> Já assim se previa no artigo 12.º, n.º 1, alíneas *d*), *e*) e *f*), da Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto (Lei de Política Criminal do Biénio de 2007–2009).

as revisões de maior porte e significado: “a de 1998 (que modificou mais de um terço dos seus preceitos), a de 2007 (de média portée, mas porventura a mais significativa), a de 2010 (a menos extensa, de teor mais marcadamente académico), e agora, há um ano atrás, a de 2013 (que reivindicou para si o apodo de “cirúrgica)”<sup>80</sup>. Todas estas revisões implicaram alterações aos processos especiais, no sentido de promoverem um alargamento do seu âmbito de aplicação.

Com a revisão de 2013 – a única a que se fará referência – foram significativamente modificados os pressupostos e requisitos, bem como a tramitação de algumas formas de processo especiais, em particular a forma de processo sumário.

A decisão proferida no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2014, de 18 de Fevereiro, a propósito do n.º 1 do artigo 381.º do Código de Processo Penal, na redacção dada pela revisão de 2013, tem suscitado dúvidas sobre o regime vigente nessa forma de processo e conduziu inclusive à apresentação de algumas iniciativas legislativas que foram rejeitadas pela anterior maioria parlamentar e que entretanto foram retomadas.

### 5.1. *A reforma de 2013*

I. A Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, alterou diversos artigos do Código de Processo Penal, tendo introduzido modificações significativas nos pressupostos e requisitos, bem como na tramitação do processo sumário (*v.g.* artigos 381.º, 382.º, 383.º, 384.º, 385.º, 387.º, 389.º, 389.º-A e 390.º do Código de Processo Penal), bem como ligeiras modificações na tramitação dos processos abreviado e sumaríssimo (artigos 391.º-B e 397.º do Código de Processo Penal).

As modificações mais significativas foram introduzidas no processo sumário, já que no caso do processo abreviado e do processo sumaríssimo foram feitas alterações justificadas essencialmente por correcções de remissões (artigo 391.º-B, n.º 2, do Código de Processo Penal) ou pela necessidade de melhorar a redacção (artigo 397.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

II. Uma das modificações mais relevantes introduzidas pela reforma de 2013 foi a alteração de um dos requisitos de recurso à forma de processo sumá-

<sup>80</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Por onde vai o Processo Penal português: por estradas ou por veredas?”, *cit.*, p. 49.

rio, em particular a eliminação da limitação da aplicação do processo sumário a crimes de pequena e média criminalidade<sup>81</sup>.

<sup>81</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 100. A explicação dessas alterações consta da exposição de motivos da proposta de lei n.º 77/XII, apresentada pelo Governo na Assembleia da República e que deu azo à Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro (disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a-5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a-58683062334d76634842734e7a637457456c4a4c6d527659773d3d&fich=ppl77-XII.doc&Inline=true>): “[a] possibilidade de submeter os arguidos a julgamento imediato em caso de flagrante delito possibilita uma justiça célere que contribui para o sentimento de justiça e o apaziguamento social. Atualmente, a lei apenas possibilita que possam ser julgados em processo sumário, ou os arguidos a quem são imputados crime, ou crimes cuja punição corresponda a pena de prisão não superior a cinco anos ou, quando a medida abstrata da pena ultrapassa esse limite, o Ministério Público entende que não lhe deve ser aplicada pena superior a cinco anos de prisão. Contudo, não existem razões válidas para que o processo não possa seguir a forma sumária relativamente a quase todos os arguidos detidos em flagrante delito, já que a medida da pena aplicável não é, só por si, excludente desta forma de processo. Impunha-se, assim, uma alteração legislativa que contemplasse esta possibilidade. O princípio de que o arguido deve aguardar em liberdade o julgamento, sempre que não é possível a audiência em processo sumário em ato seguido à detenção, mantém-se relativamente a prática de crimes cuja moldura penal não ultrapasse pena de prisão superior a 5 anos. Contudo relativamente aos detidos em flagrante por prática de crime, ou concurso de crimes, que ultrapassem essa moldura penal, determina-se que aguardem nessa situação a sua apresentação ao Ministério Público que decidirá sobre a sua apresentação para julgamento imediato em processo sumário ou, quando o processo sumário não possa iniciar-se no prazo de 48 horas após a detenção, sobre a sua imediata libertação, com sujeição a termo de identidade e residência ou apresentação ao juiz de instrução para aplicação de medida de coação ou de garantia patrimonial. A possibilidade de o instituto do arquivamento e da suspensão do processo ter lugar nos casos de detenção em flagrante delito é agora regulada por forma a esclarecer que, nesses casos, não há início da fase judicial do julgamento sumário, já que a sua tramitação é incompatível com esta forma processual. É ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal, que compete decidir, em primeira linha, sobre a oportunidade da suspensão provisória do processo, competindo-lhe também, necessariamente, a fiscalização do cumprimento das injunções e regras de conduta, pelo que, nestes casos, o processo se deve manter na sua titularidade. A circunstância de o arguido apenas requerer prazo para preparar a sua defesa já depois do início da audiência de julgamento em processo sumário tem impedido que, nestes casos, lhe seja aplicada medida de coação diferente do termo de identidade e residência o que, por vezes, se tem revelado inadequado. Opta-se, agora, por antecipar o momento em que o arguido deve expressar que pretende exercer o direito ao prazo para preparação da sua defesa, caso em que o processo sumário não se iniciará de imediato e em que o Ministério Público, quando o caso concreto o justificar, pode apresentar o detido ao juiz de instrução para aplicação de medida de coação diferente do termo de identidade e residência. Previne-se, desta forma, que continuem a ocorrer situações em que, apesar de o caso concreto exigir a aplicação de uma medida de coação diferente, o arguido que, no início da audiência, requer prazo para a preparação da sua defesa, aguarda o decurso do processo sumário apenas sujeito a termo de identidade e residência. Nos casos em que é o Ministério Público que entende ser necessário prazo para realizar diligências de prova essenciais à descoberta da verdade, determina-se que, a requerimento do arguido, lhe seja concedido prazo para exercer o contraditório, assim acautelando o direito de defesa. Por último, o reconhecimento de que, muitas vezes, é apenas a ausência atempada de resposta de determinadas entidades encarregues de exames ou perícias que impede a realização do julgamento em processo sumário, determina-se que essas diligências revistam carácter urgente para as entidades a quem são solicitadas e alarga-se para noventa dias o prazo máximo em que pode ser pro-

Com efeito, com a entrada em vigor da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, o processo sumário passou, a ser aplicável a todos os casos em que houvesse detenção em flagrante delito quando à detenção tivesse procedido qualquer autoridade judiciária ou entidade policial, ou quando a detenção tivesse sido efectuada por outra pessoa e, num prazo que não exceda 2 horas, o detido tenha sido entregue a uma autoridade judiciária ou entidade policial, tendo esta redigido auto sumário da entrega. A solução assim consagrada destinava-se a ser aplicada independentemente de se estar perante um crime punível com pena inferior, igual ou superior a 5 anos de prisão, excepto tratando-se de criminalidade altamente organizada, de crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, de crimes contra a segurança do Estado, e de crimes previstos na Lei Penal Relativa as Violações do Direito Internacional Humanitário (artigo 381.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal)<sup>82</sup>.

Assim, em face das alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, a verificação de uma situação de flagrante delito<sup>83</sup> permitirá, em

*duzida a prova em processo sumário. A circunstância de a detenção em flagrante delito ser, na generalidade, acompanhada da existência de provas que dispensam a investigação e possibilitam uma decisão imediata justifica que, nestes casos, se privilegie a intervenção do Tribunal singular para o julgamento em processo sumário, independentemente da pena abstratamente aplicável ao crime, ou crimes em causa. Por outro lado, existe já, no processo penal vigente, a possibilidade de o Tribunal singular nos casos previsto na alínea a) do n.º 2 do artigo 16.º aplicar pena superior a cinco anos de prisão, incluindo a hipótese, no caso de concurso dos crimes aí incluídos, de aplicação de uma pena cujo limite máximo pode atingir os vinte e cinco anos de prisão, pelo que a solução agora proposta não constitui um desvio significativo relativamente às regras de repartição da competência, em função da pena aplicável, dos Tribunais Criminais. O reconhecimento que o direito ao Tribunal de júri é um direito com assento constitucional determina que, sempre que este seja requerido, o julgamento não possa ter lugar sobre a forma sumária.”*

<sup>82</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA entende que as restrições introduzidas à sujeição deste tipo de crimes ao processo sumário “mostram claramente que também para o Governo não é indiferente que o julgamento se faça em processo sumário ou em processo comum e neste com intervenção do tribunal singular ou do tribunal colectivo”, pelo que questiona “se assim é, se o julgamento em processo sumário não é adequado para o julgamento de alguns crimes, qual a razão para alargar o âmbito do processo sumário ao julgamento de crimes da escala superior de gravidade do nosso Código Penal?” – GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas avulsas sobre as propostas de reforma das leis penais (propostas de lei n.ºs 75/XII, 76/XII e 77/XII), in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, Abril/Setembro 2012, pp. 521–543 (536–537).

<sup>83</sup> Crítico desta solução, FIGUEIREDO DIAS argumenta do seguinte modo: “[...] que a circunstância do flagrante sirva para justificar uma detenção, pode aceitar-se, tanto mais quanto a detenção é sempre um ato provisório sobre o qual se pronunciará, em pequeno lapso de tempo, um magistrado, nomeadamente um juiz. Mas é completamente diferente a teleologia que deve presidir à justificação de toda uma forma de processo que, como o sumário, contém notável encurtamento não apenas das possibilidades fácticas de defesa, como das próprias exigências de investigação do objeto do processo e de alcance da verdade” – JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Por onde vai o Processo Penal português: por estradas ou por veredas?”, cit., p. 74.

princípio, aplicar o processo sumário a praticamente todo o tipo de criminalidade, incluindo os homicídios<sup>84</sup>, o que não sucedia à luz do anterior regime<sup>85</sup>.

Além disso, estabeleceu-se na Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, que as audiências dos processos sumários teriam lugar, no máximo, no prazo de 20 dias após a detenção (ao invés do anterior limite de 15 dias), sempre que o arguido tiver requerido prazo para preparação da defesa ou o Ministério Público julgar necessária a prática de diligências probatórias com vista à descoberta da verdade [artigos 382.º, n.º 4, e 387.º, n.º 2, alínea c), do Código de Processo Penal].

Acresce que no n.º 7 do artigo 387.º do Código de Processo Penal veio a ser prevista a possibilidade de adiamento da audiência, pelo prazo máximo de 20 dias, para obter a comparência de testemunhas devidamente notificadas ou para a junção de exames, relatórios periciais ou documentos, cujo depoimento ou junção o juiz considere imprescindíveis para a boa decisão da causa.

Por fim, veio fixar-se um novo limite temporal para a produção de prova, variável em função do tipo de crimes em causa. Assim, passou o n.º 9 do artigo 387.º do Código de Processo Penal a prever que, em caso de crime punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a 5 anos, ou, em caso de concurso de infracções, cujo limite máximo não seja superior a 5 anos de prisão, toda a prova deve ser produzida no prazo máximo de 60 dias a contar da data da detenção. Excepcionalmente e por razões devidamente fundamentadas, designadamente por falta de algum exame ou relatório pericial, pode a prova ser produzida no prazo máximo de 90 dias a contar da data da detenção. Já nos termos do novo n.º 10 do mesmo artigo, quando estejam em causa crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos ou, em caso de concurso de infracções, cujo limite máximo seja superior a 5 anos de prisão, os referidos prazos passam a ser de 90 e 120 dias, respectivamente.

III. As alterações introduzidas nos pressupostos e requisitos do processo sumário acarretaram outras alterações no regime desta forma de processo especial, em particular no que se refere aos “*prazos de tramitação do processo sumário, considerando as exigências de prova suplementar inerentes aos crimes mais complexos que passaram a poder ser julgados nesta forma de processo especial*”, o que, segundo

<sup>84</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 100.

<sup>85</sup> Não só pela circunstância de grande parte dos homicídios (os dolosos) serem da competência do tribunal colectivo [artigo 14.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal], como também pela impossibilidade resultante da natureza das coisas de afastar em todos os homicídios as dificuldades de prova inerentes aos chamados “crimes de sangue” pela mera evidência resultante da situação de flagrante delito. Assim, por exemplo, PAULO DE SOUSA MENDES, *Sumários de Direito Processual Penal*, cit., p. 70, nota 66.

alguma doutrina, veio a determinar que “o processo sumário pode agora durar mais tempo do que o processo abreviado, que fora inicialmente pensado como um sucedâneo mais moroso do processo sumário” e a permitir a conclusão segundo a qual “a Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, comprometeu a filosofia das formas rápidas de processo penal”<sup>86</sup>.

Assim, em primeiro lugar, e como princípio geral, o legislador procurou aumentar a celeridade do processo mediante a redução dos actos e termos do julgamento ao mínimo indispensável ao conhecimento e boa decisão da causa (artigo 386.º, n.º 2, do Código de Processo Penal), com as consequentes limitações quanto à possibilidade de adiamento da audiência de julgamento, ao uso dos meios de prova e aos prazos em que a prova poderá ser realizada, e abandonou-se o ritualismo de certos actos processuais em benefício de uma maior acentuação do carácter de oralidade (artigos 382.º e seguintes do Código de Processo Penal).

Em segundo lugar, o início da audiência de julgamento, devendo ter lugar no prazo máximo de 48 horas após a detenção, passou a poder ser protelado até ao limite do 5.º dia posterior à detenção, quando houver interposição de um ou mais dias não úteis, até ao limite do 15.º dia posterior à detenção, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 384.º, ou até ao limite de 20 dias após a detenção, sempre que o arguido tiver requerido prazo para preparação da sua defesa ou o Ministério Público julgar necessária a realização de diligências essenciais à descoberta da verdade (artigo 387.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal).

Em terceiro lugar, as testemunhas passaram a ser sempre a apresentar, salvo quando haja lugar a novas diligências de prova e tenham sido notificadas pelo Ministério Público. Acresce que a falta de testemunhas não dá lugar a adiamento da audiência, excepto quando o juiz considerar o depoimento imprescindível para a descoberta da verdade e para a boa decisão da causa (artigo 387.º, n.ºs 3, 4 e 7, do Código de Processo Penal).

Em quarto lugar, a produção de prova passou a estar sujeita a limites temporais (artigo 387.º, n.ºs 9 e 10, do Código de Processo Penal), e o Ministério Público passou a poder substituir a apresentação da acusação pela leitura do auto de notícia da autoridade que tiver procedido à detenção, excepto em caso de crime punível com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos ou, em caso de concurso de infracções, cujo limite máximo seja superior a 5 anos de prisão, situação em que deverá apresentar acusação (artigo 389.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

<sup>86</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 100. No mesmo sentido, JOÃO CONDE CORREIA, “Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata”, cit., p. 241.

Em quinto lugar, a sentença passou a ser proferida oralmente, salvo se for aplicada pena privativa da liberdade ou, excepcionalmente, se as circunstâncias do caso o tornarem necessário, caso em que o juiz, logo após a discussão, deverá elaborar a sentença por escrito e proceder à sua leitura (artigo 398.º, n.ºs 1 e 5, do Código de Processo Penal).

IV. As alterações introduzidas no regime do processo sumário pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, foram precedidas de pareceres emitidos por entidades que se pronunciaram anteriormente ao envio para a Assembleia da República da respectiva proposta de lei do Governo e por entidades que se pronunciaram aquando da audição formal despoletada no Parlamento.

Entre elas, destaca-se o parecer do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa<sup>87</sup>, que, a respeito das alterações no regime do processo sumário, concluiu que, em geral, não existe qualquer obstáculo constitucional ou de política criminal à opção do legislador de explorar novas fórmulas de extensão da aplicação do processo sumário, desde que a extensão assegure sempre as exigências da descoberta da verdade material e as garantias de defesa dos arguidos, o que não é certo que aconteça no caso da proposta de lei. No parecer conclui-se ainda que, por isso mesmo, deveriam ser introduzidas algumas alterações no diploma para evitar pôr em crise as exigências da descoberta da verdade material e as garantias de defesa dos arguidos ou, se assim não se entendesse, deveria manter-se o regime actual inalterado porquanto os benefícios que poderiam resultar da alteração em causa não compensariam as distorções introduzidas no sistema.

Apesar destas observações e de outras chamadas de atenção provenientes do Conselho Superior da Magistratura, do Conselho Superior do Ministério Público e da Ordem dos Advogados<sup>88</sup>, a proposta de lei veio a ser aprovada pela maioria na Assembleia da República, dando lugar à Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro.

<sup>87</sup> Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a46694e6d49324f575a684c57466d4e4449744e474a6b5a4330344d7a63324c544a6d4e5464684e4759334d4759334e7935775a47593d&fich=1b6b69fa-af42-4bdd-8376-2f57a4f70f77.pdf&Inline=true>.

<sup>88</sup> Disponíveis em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=37090>.

## 5.2. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2014, de 18 de Fevereiro

I. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2014, de 18 de Fevereiro, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 381.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, na interpretação segundo a qual o processo sumário aí previsto é aplicável a crimes cuja pena máxima abstractamente aplicável é superior a 5 anos de prisão<sup>89</sup>.

No essencial, considerou o Tribunal Constitucional que *“o julgamento através do tribunal singular oferece ao arguido menores garantias do que um julgamento em tribunal colectivo, porque aumenta a margem de erro na apreciação dos factos e a possibilidade de uma decisão menos justa”*, pelo que *“a opção legislativa pelo julgamento sumário deva ficar sempre limitada pelo poder condenatório do juiz definido em função de um critério quantitativo da pena a aplicar”*<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> O acórdão surgiu na sequência do requerimento apresentado pelo representante do Ministério Público junto do Tribunal Constitucional formulado ao abrigo do artigo 82.º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, e alterada, por último, pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro, para apreciação da inconstitucionalidade da norma constante do artigo 381.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, na interpretação segundo a qual *“o processo sumário aí previsto é aplicável a crimes cuja pena máxima abstractamente aplicável é superior a cinco anos de prisão”*. O fundamento invocado pelo representante do Ministério Público junto do Tribunal Constitucional foi o facto de tal interpretação normativa ter sido julgada materialmente inconstitucional, no âmbito da fiscalização concreta, através do acórdão n.º 428/2013 e das decisões sumárias n.ºs 587/2013, 589/2013, 590/2013, 614/2013 e 637/2013. Adicionalmente invocou ainda o facto de a fundamentação constante do acórdão n.º 428/2013 ter sido adoptada no acórdão n.º 469/2013, que julgou inconstitucional a referida disposição, na interpretação segundo a qual *“o processo sumário aí previsto é aplicável a crimes cuja pena máxima abstractamente aplicável é superior a cinco anos de prisão, sem que o Ministério Público tenha utilizado o mecanismo de limitação de pena a aplicar em concreto a um máximo de cinco anos de prisão previsto no artigo 16.º, n.º 3, do Código de Processo Penal”*. O Tribunal entendeu, contudo, não atender ao juízo de inconstitucionalidade formulado no acórdão n.º 469/2013, também suscitado no requerimento em reforço de fundamentação, em virtude de a interpretação normativa do artigo 381.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que fundou esse juízo de inconstitucionalidade ter um alcance diverso daquela que foi julgada inconstitucional no acórdão n.º 428/2013 e não poder reconduzir-se ao objecto do processo de generalização. De facto, esse acórdão julgou inconstitucional, por remissão para o acórdão n.º 428/2013, a citada disposição do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual *“o processo sumário aí previsto é aplicável a crimes cuja pena máxima abstractamente aplicável é superior a cinco anos de prisão, sem que o Ministério Público tenha utilizado o mecanismo de limitação de pena a aplicar em concreto a um máximo de cinco anos de prisão previsto no artigo 16.º, n.º 3, do Código de Processo Penal”*.

<sup>90</sup> Ac. TC n.º 174/2014, de 18 de Fevereiro, cit., p. 1862. Tal entendimento encontra-se igualmente expresso nos Ac. TC n.ºs 428/2013, de 15 de Julho, 469/2013, de 13 de Agosto, e 847/2013, de 13 de Dezembro.

Apesar de sectores relevantes da doutrina e da jurisprudência defenderem que, em face do disposto no artigo 282.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e no artigo 66.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, o efeito da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não pode ser outro que não o de reprimir o regime do processo sumário que vigorava antes da reforma de 2013<sup>91</sup>, com implicações inclusive no regime da competência material dos tribunais<sup>92</sup>, a verdade é que continuam a suscitar-se dúvidas sobre o alcance dessa repriminção, tendo em conta que aquela declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral incidiu apenas sobre o n.º 1 do artigo 381.º do Código de Processo Penal.

Aliás, tomando em consideração o objecto do pedido que esteve na base da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral decidida pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2014, de 18 de Fevereiro, parece que a questão da repriminção do regime do processo sumário anteriormente vigente deverá implicar uma reflexão mais aturada sobre o efeito da erradicação de normas jurídicas decorrente da respectiva declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e ainda sobre o efeito repriminatório que as declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral normalmente implicam, que, porém, neste momento não é possível fazer<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Por exemplo, cf. Parecer do Conselho Superior da Magistratura, de 9 de Dezembro de 2014 (disponível em [https://www.csm.org.pt/ficheiros/pareceres/2014\\_12\\_09\\_parecer\\_projectolei-685xii4a\\_alteracpp.pdf](https://www.csm.org.pt/ficheiros/pareceres/2014_12_09_parecer_projectolei-685xii4a_alteracpp.pdf)).

<sup>92</sup> Neste sentido, por exemplo, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/NUNO BRANDÃO, *Sujeitos Processuais Penais: O Tribunal*, Coimbra, 2015 (disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083>), p. 44, que escrevem: “Deverão já, no entanto, considerar-se como não escritas as normas que, em caso de processo sumário, prevêem o desvio de competência do tribunal coletivo para o tribunal singular (art. 14.º-2, a), in fine, e art. 16.º-2, c)), dada a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral ditada pelo Ac. do TC 174/2014 que incidiu sobre a disposição conexa do 381.º-1 na interpretação segundo a qual o processo sumário aí previsto é aplicável a crimes cuja pena máxima abstratamente aplicável é superior a 5 anos de prisão”. Na verdade, o alargamento a todo o tipo de criminalidade, incluindo os homicídios, preconizado pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, determinou alterações às normas de competência material e funcional (PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, cit., p. 100), nomeadamente nos artigos 13.º, n.º 4, 14.º, n.º 2, alíneas a) e b), e 16.º, n.º 2, alínea c), do Código de Processo Penal.

<sup>93</sup> Sobre estes temas, cf. RICARDO BRANCO, *O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 60–80. Em todo o caso, serão certamente legítimas as dúvidas sobre a possibilidade de considerar, sem mais, integralmente repriminado o regime do processo sumário anteriormente vigente, nomeadamente se tal repriminção determinar uma redução das garantias legalmente consagradas na lei, com fundamento na sua inadequação, tanto mais que apenas ao legislador parece incumbir a tarefa de adequação das garantias do processo sumário ao tipo de crimes a ele submetido.

II. Desde logo, suscitam-se dúvidas sobre o alcance da referida declaração de inconstitucionalidade em relação ao disposto no n.º 2 do artigo 381.º do Código de Processo Penal, na redacção anterior à dada pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro.

De facto, o n.º 2 do artigo 381.º do Código de Processo Penal, na redacção anterior à da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, previa que o processo sumário poderia ter lugar em relação a detidos em flagrante delito por crime punível com pena superior a 5 anos de prisão, mesmo em caso de concurso de crimes, desde que o Ministério Público entendesse que não devia ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos. Essa previsão era similar à do artigo 16.º, n.º 3, do Código de Processo Penal e compatibilizava-se com o anterior conteúdo normativo do n.º 1 do artigo 381.º, pois tinha o efeito prático de permitir que crimes puníveis, em abstracto, com pena de prisão superior a 5 anos pudessem, ainda assim, ser julgados em processo sumário pelo juiz singular.

Ora, admitindo que, por força da referida declaração de inconstitucionalidade, a forma de processo sumário só é afinal (e contrariamente ao que se pretendia com a Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro) compatível com crimes cuja pena máxima aplicável não é superior a 5 anos de prisão, suscita-se a dúvida de saber se, tratando-se de crime que exceda aquele limite, pode ainda haver julgamento em processo sumário quando o Ministério Público, na acusação, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos.

Responderam afirmativamente a esta dúvida o Tribunal da Relação de Guimarães<sup>94</sup>, considerando que a declaração de inconstitucionalidade não constitui obstáculo a esse entendimento, e o Tribunal da Relação de Lisboa<sup>95</sup>, defendendo mesmo que a declaração de inconstitucionalidade teve por efeito a repristinação da versão anterior da norma.

Assim sendo, de acordo com o entendimento da jurisprudência dos nossos tribunais superiores, parece que hoje nada impede que, verificados os demais pressupostos, continuem a ser julgados em processo sumário os crimes puníveis com pena de prisão de limite máximo superior a 5 anos, quando o Ministério Público, na acusação, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos.

III. Por outro lado, como acima se referiu, certos sectores da doutrina têm suscitado dúvidas sobre o alcance da referida declaração de inconstitucionalidade.

<sup>94</sup> No Ac. RG de 02.06.2014, Proc. 367/13.0GAAMR.G1 (ANA TEIXEIRA E SILVA), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>95</sup> No Ac. RL de 30.10.2014, Proc. 124/13.4PASVC.L1-9 (JOÃO ABRUNHOSA DE CARVALHO), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

dade em relação às normas cuja redacção foi alterada no sentido de conferir maiores garantias ao arguido, por força da intenção manifestada pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, de alargamento do regime do processo sumário a crimes que na redacção anterior estariam excluídos<sup>96</sup>.

De facto, a consequência da declaração de inconstitucionalidade é, numa primeira análise, a de que a aplicação do processo sumário está agora reduzida à pequena e média criminalidade mas inclui garantias que se destinavam a tutelar o arguido julgado por crimes graves.

### 5.3. Os recentes projectos legislativos de alteração ao Código de Processo Penal

Em face das dúvidas suscitadas na sequência do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2014, de 18 de Fevereiro, foram apresentados, ainda durante o mandato do XIX Governo Constitucional, na Assembleia da República, pelos grupos parlamentares do Partido Socialista (PS), do Partido Comunista Português (PCP) e do Bloco de Esquerda (BE), projectos legislativos com vista à alteração do Código de Processo Penal e que previam a reposição da redacção das normas do regime do processo sumário vigentes antes da reforma de 2013<sup>97</sup>.

Esses projectos legislativos foram discutidos na generalidade e votados na mesma sessão legislativa, mas não obtiveram aprovação dos grupos parlamentares da maioria – Partido Social Democrata e CDS-Partido Popular (PSD/CDS) – pelo que foram rejeitados<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Nesta matéria, refere FERNANDO GAMA LOBO que “[...] foi ripristinado a anterior redacção da norma e o regime anterior à alteração legislativa declarada inconstitucional (art. 282-1 C.R.P.). Em suma, o artigo 14 [...] o art. 381 e todo o regime anterior, quanto a esta matéria, estão em vigor, na sua anterior redacção” – FERNANDO GAMA LOBO, *Código de Processo Penal Anotado*, cit., p. 748, anotação ao artigo 381.º. Já Germano Marques da Silva entende que “[...] importa agora adaptar o regime estabelecido pelos arts. 381.º e seguintes, enquanto os referidos artigos do Código não forem alterados em conformidade [...]” – GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, cit., pp. 394-395. Por fim, FREDERICO DA COSTA PINTO, “Portugal. Reformas Penais”, disponível em [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/fcp\\_MA\\_24961.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/fcp_MA_24961.pdf), p. 5, refere que o acórdão do Tribunal Constitucional “obrigou à reconstrução hermenêutica do regime revogado em 2013 e acabou por constituir um retrocesso inútil na matéria”.

<sup>97</sup> Disponíveis em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=38784> (PS); <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=38805> (PCP); <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=38815> (BE).

<sup>98</sup> Cf. Diários da Assembleia da República, I Série, Números 26 e 27, de 5 e 6 de Dezembro de 2014, pp. 43-49 e p. 37, disponíveis, respectivamente, em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/12/04/026/2014-12-05/43?pgs=43-49&org=PLC> e em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/12/04/027/2014-12-06/37?pgs=37&org=PLC>.

Mais recentemente, estando já em funções o XXI Governo Constitucional, foram apresentados na Assembleia da República novos projectos legislativos pelos grupos parlamentares do PS, do PCP e do BE<sup>99</sup>, que foram discutidos e aprovados na generalidade em conjunto. Tais projectos contêm alterações ao Código de Processo Penal que visam clarificar dúvidas sobre o regime do processo sumário actualmente vigente, o que os grupos parlamentares fazem retomando sobretudo as propostas que constavam já dos projectos legislativos anteriormente rejeitados<sup>100</sup>.

Lisboa, 20 de Dezembro de 2015

<sup>99</sup> Disponíveis em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39883> (PS); <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39873> (PCP); <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39877> (BE).

<sup>100</sup> Contudo, os projectos não são coincidentes em termos de fundamentação nem as propostas de alteração são iguais. Com efeito, para o grupo parlamentar do PS *“impõe-se a necessidade de, tão rapidamente quanto possível, se proceder à reposição da coerência sistemática relativa à competência entre o tribunal singular e o tribunal coletivo e, em particular, expurgar do Código de Processo Penal a inconstitucionalidade material que o afeta e se repercute no regime jurídico desta forma especial de processo”*, o que passa, em seu entender, por alterar os artigos 13.º, 14.º, 16.º, 381.º, 387.º, 389.º e 390.º do Código de Processo Penal. Por seu turno, o grupo parlamentar do PCP propõe *“tão-só a alteração do Código de Processo Penal em matéria de processo sumário, fazendo regressar o texto da lei processual à sua conformação anterior, recuperando a compatibilidade com o texto constitucional”*, o que passa, em seu opinião, por introduzir alterações nos artigos 13.º, 14.º, 16.º, 381.º, 387.º, 389.º e 390.º do Código de Processo Penal. Por fim, o grupo parlamentar do BE propõe, entre outras alterações, *“expurgar do Código de Processo Penal a norma acima aludida, entretanto declarada inconstitucional”*, o que passa, na sua perspectiva, por alterar os artigos 14.º, 381.º, 385.º, 389.º e 390.º do Código de Processo Penal.

# *A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance*

DOCTOR PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ\*

SUMÁRIO: § 1.º *Introdução e Enquadramento*. § 2.º *Especificidades da tutela ressarcitória no contexto dos contratos públicos*. § 3.º *O ponto de partida: a modificação do alcance de conceitos básicos do instituto da responsabilidade civil no contexto dos contratos públicos*: 3.1. *Contraposição entre danos emergentes e lucros cessantes*; 3.2. *Interesse contratual negativo, interesse contratual positivo e perda de chance*. § 4.º *O regime ressarcitório aplicável a cada tipologia de lesões: hipóteses de lesões pré-contratuais*: 4.1. *Primeiro conjunto de hipóteses: revogação da decisão de contratar – causas lícitas de não adjudicação*; 4.2. *Segundo conjunto de hipóteses: revogação da decisão de contratar – causas ilícitas de não adjudicação*; 4.3. *Terceiro conjunto de hipóteses: situações adicionais (híbridas) de não adjudicação por erros grosseiros da entidade adjudicante*; 4.4. *Quarto conjunto de hipóteses: casos excepcionais de demora lícita no acto de adjudicação*; 4.5. *Quinto conjunto de hipóteses: a não outorga do contrato*; 4.6. *Sexto conjunto de hipóteses: o caso típico da adjudicação ilegal*; 4.7. *Sétimo conjunto de hipóteses: a impossibilitação de apresentação de proposta por culpa da entidade adjudicante*. § 5.º *Regime ressarcitório aplicável a cada tipologia de lesões: hipóteses de lesões contratuais*: 5.1. *Primeiro conjunto de hipóteses: erro grosseiro impeditivo da eficácia do contrato ou tentativa da entidade adjudicante de impedir a sua entrada em vigor*; 5.2. *Segundo conjunto de hipóteses: redução do objecto do contrato por erro procedimental anterior da entidade adjudicante*; 5.3. *Terceiro conjunto de hipóteses: resolução do contrato por motivos de interesse público*; 5.4. *Quarto conjunto de hipóteses: cenários de modificação contratual por reequilíbrio financeiro, alteração de circunstâncias ou fait du prince*.

## § 1.º **Introdução e Enquadramento**

1. O Direito dos Contratos Públicos não constitui excepção à generalidade dos sectores do ordenamento jurídico que não podem dispensar o recurso ao instituto da responsabilidade civil como meio de assegurar um *sucedâneo pecu-*

*O Direito 147.º (2015), IV, 853-895*

*niário* para a tutela de posições juridicamente protegidas, nos casos em que se demonstre que estas posições, uma vez lesadas pela entidade pública contratante, não podem ser integralmente restabelecidas através do método da *restauração natural*. Quando é juridicamente impossível ou inconveniente – à luz de uma ponderação de valores conflituantes exclusivamente efectuada pelo Tribunal – concluir um procedimento pré-contratual ou executar um contrato já celebrado nos exactos termos em que a Administração se comprometeu antes, o recurso à responsabilidade pecuniária oferece, pelo menos, uma *garantia de valor* ao lesado.

Sabe-se que tal garantia de valor consiste na fronteira última – esta já inultrapassável – imposta pelo n.º 2 do artigo 62.º da Constituição: se é certo que a significativa amplitude reconhecida pela Lei Fundamental aos direitos patrimoniais privados não pode assegurar que todo o seu conteúdo seja imediatamente operativo e justiciável pelo seu titular, reconhece-se que, pelo menos em algumas das suas vertentes – naquelas em que o direito patrimonial surge “precisamente como *direito “clássico” de defesa*” –, ele obtém uma natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando do regime privilegiado de protecção previsto, entre outros, no artigo 18.º da Constituição<sup>1</sup>. E se também é certo que, devido à sua função social, ele nunca obtém “protecção constitucional em termos absolutos”<sup>2</sup>, estando sujeito, “nos termos da Constituição” (cfr. n.º 1 do artigo 62.º), a importantes ablações<sup>3</sup>, então o essencial da tutela jusfundamental imune a qualquer afectação fica reservado para a obrigação, a cargo do Estado, de manutenção da garantia do património de que o proprietário dispunha na sua esfera jurídica antes da intervenção lesiva de que haja sido alvo, nos termos do disposto naquele n.º 2 do artigo 62.º<sup>4</sup>.

Na formulação de síntese do Tribunal Constitucional: a imunidade contra ingerências externas é garantida, pelo menos, no tocante ao “*direito de cada um a não ser privado da sua propriedade senão por intermédio de um procedimento adequado*”

<sup>1</sup> Cfr., entre tantos, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 44/99; 329/99; 205/2000; 263/2000; 425/2000; 57/2001; 187/2001; 391/2002; 139/2004; 159/2007 ou 421/2009.

<sup>2</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 805.

<sup>3</sup> Cfr., com recensão da jurisprudência constitucional, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, 2 vols., Almedina, Coimbra, 2006, II, pp. 653 e segs.; v. também RUI MEDEIROS, “Artigo 62.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1252-1254.

<sup>4</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., I, p. 805; MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 574-580; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, cit., II, pp. 657 e 668-670.

e mediante justa compensação, procedimento esse especialmente assegurado no n.º 2 do artigo 62.<sup>o</sup><sup>5</sup>.

Ora, visto que o conceito constitucional de propriedade é sujeito a um *entendimento amplo* que o leva muito além do conceito estrito de propriedade próprio do Direito Civil, não se confinando sequer aos direitos reais, abrangendo a generalidade das *posições jurídicas com conteúdo patrimonial protegidas por direitos subjectivos ou com relevância económica directa*<sup>6</sup>, a circunstância de ser possível identificar na esfera jurídica de um determinado titular um *direito de tipo contratual* já implica, só por si, a necessidade de ponderar a invocação da garantia de valor decorrente do n.º 2 do artigo 62.º da Constituição, sempre que se cogita a afectação desse direito contratual.

É neste contexto que a tutela ressarcitória do lesado que contrata com a Administração se torna incontornável para evitar a desconformidade da conduta desta última com a Lei Fundamental: se a realidade material foi já sujeita a factos consumados que impedem a *reconstituição natural* da posição lesada – não sendo possível levar um procedimento pré-contratual até ao seu devido termo ou não sendo possível executar integralmente um contrato já celebrado –, só a responsabilidade da entidade pública contratante, concretizada por via pecuniária, pode restaurar o *valor global do património lesado*.

Noutros termos, quando se demonstra não ser possível uma compensação guiada pelo *dano real* – o prejuízo correspondente às vantagens efectivas subtraídas a um património –, ao lesante cabe, pelo menos, promover a compensação guiada pelo *dano de cálculo* – isto é, a quantificação monetária do dano real, segundo o critério presente no n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil.

Como adiante se verá, qualquer interpretação normativa num sentido divergente ou menos exigente do que este não consegue passar o crivo estabelecido pelo artigo 62.º da Constituição, justificando a sua desaplicação por qualquer Tribunal ao abrigo do poder-dever previsto no artigo 204.º da Lei Fundamental.

## § 2.º **Especificidades da tutela ressarcitória no contexto dos contratos públicos**

2. O cumprimento desta exigência constitucional não deixa de colocar graves desafios ao sistema jurídico e, em especial, ao trabalho concretizador da jurisprudência. As fórmulas tradicionais do instituto da responsabilidade civil –

<sup>5</sup> Cfr. Acórdão n.º 421/2009 (Processo 667/09 – MARIA LÚCIA AMARAL).

<sup>6</sup> Cfr., por exemplo, Acórdão cit. n.º 421/2009.

por natureza já complexas e sujeitas a múltiplas variações – não são suficientes para acomodar todas as exigências de tutela do administrado que se relaciona com a Administração contratante.

3. Tal sucede, é claro, desde logo, na fase de *execução* da generalidade dos contratos: sendo o desequilíbrio entre os contraentes (exercício de prerrogativas exorbitantes) um pressuposto conatural ao conceito de contrato administrativo<sup>7</sup>, ele envolve a permissão jurídica para a intervenção lesiva do contraente público sobre a esfera de direitos e obrigações do seu co-contratante em termos que dificilmente encontram paralelo – pelo menos não com a mesma amplitude e frequência – no Direito Privado<sup>8</sup>. Ora, se é certo que essa afectação patrimonial deve implicar a responsabilização do contraente público pela reposição do valor patrimonial global objecto da intervenção, também é claro que tal afectação ocorre com intensidades variadas e em circunstâncias diversas, o que obriga o intérprete – quando pretende determinar o alcance da obrigação de ressarcimento a cargo do contraente público – a imprimir múltiplas modulações ao regime de responsabilização contratual, em hipóteses em princípio não conhecidas e não necessárias no Direito Privado.

4. Mas a principal especificidade do regime ressarcitório no domínio dos contratos públicos surge no plano *pré-contratual*. É nesse contexto que o abismo em face do paradigma jusprivatístico se torna mais visível.

É claro que o Direito Privado não desconhece a existência de domínios de responsabilidade que não podem ser estritamente reconduzidos às fronteiras clássicas que dividem as responsabilidades contratual e extra-contratual<sup>9</sup>. Justamente a responsabilidade pré-contratual (*culpa in contrahendo*) constitui um exemplo privilegiado do recurso a uma tal terceira via de ressarcimento do lesado<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 1980, p. 662; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 619-620.

<sup>8</sup> Cf. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 34-35.

<sup>9</sup> Neste exato sentido, sublinhando a insuficiência daquelas duas figuras, cfr. o Acórdão do STJ de 01-07-2014 (Processo 824/06.5TVLSB.L2.S1).

<sup>10</sup> Por todos, cfr. o estudo de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “A Responsabilidade Pré-Negocial pela Não Conclusão dos Contratos”, sep. do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1963, *maxime* pp. 11 e segs.; e, também, ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984, pp. 30 e segs..

Porém, a sua configuração jusprivatística pressupõe a preparação de um negócio jurídico por partes que aproveitam inteiramente a sua autonomia privada para definirem os tempos e as formas da sua vinculação. Por isso, o regime previsto no artigo 227.º do Código Civil não vai além de proteger a parte lesada pela violação de regras de boa fé, através do ressarcimento de despesas sofridas na formação do contrato<sup>11</sup>.

Esta exiguidade indemnizatória é *incompatível* com os traços distintivos do Direito dos Contratos Públicos – e é, pois, *inaplicável neste ramo do Direito*. Um contrato público não é formado através de um procedimento escolhido pelas partes ao abrigo da sua autonomia privada; a lei prevê um procedimento cujos tempos de vinculação são estritamente balizados, tendo em vista a protecção de três interesses materiais relevantes.

Num primeiro plano, quando a entidade adjudicante inicia um procedimento e expressa perante o mercado a sua intenção de contratar, ela cria expectativas que convencem as contrapartes a incorrer em despesas e em investimentos de tempo e de recursos; aliás, quanto mais avança o procedimento, mais clara pode ficar a possibilidade de adjudicação na esfera de algum dos interessados, que, por isso, recebe uma expectativa jurídica mais consolidada<sup>12</sup>. Em segundo lugar, estão igualmente em jogo os interesses fundamentais da concorrência de mercado, que aconselham a determinação antecipada do momento de vinculação das partes. Por fim, e no plano oposto, também a entidade adjudicante precisa de ser protegida pela lei quanto a uma livre desvinculação dos interessados em contratar com ela: se aloca recursos públicos para análise e avaliação de propostas, que crê serem válidas e firmes, não pode ser surpreendida com um livre arrependimento dos autores das propostas – pelo que a fixação de uma vinculação contratual antecipada, em momento prévio à assinatura final do contrato (cfr. artigo 65.º do Código dos Contratos Públicos [CCP]), também serve para proteger a Administração e não apenas os administrados.

5. Neste quadro, fruto dos interesses materiais envolvidos na procedimentalização inerente à formação de um contrato público, a tutela pré-contratual neste domínio não pode ser reconduzida ao simples *critério (negativo)*, concreti-

<sup>11</sup> Cfr., sobre a origem do preceito e para a recensão da sua densificação doutrinária, PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, 2 vols., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, II, pp. 1125 e segs..

<sup>12</sup> V. *infra*; cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Persistência das Dúvidas acerca do Alcance das Causas de Não Adjudicação em Procedimentos de Contratação Pública (Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Março de 2014)”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 109, 2015.

zado na compensação de um limitado conjunto de danos causados na esfera do lesado, presente no artigo 227.º do Código Civil: *não é certo* que a vinculação contratual só ocorra no momento da assinatura do contrato e que, por isso, até então, não existam obrigações contratuais que possam ser incumpridas. Sem prejuízo dos desenvolvimentos posteriores, basta recordar por agora que os artigos 65.º e 76.º do CCP, prevendo um dever de manutenção da proposta, de um lado, e um dever de adjudicação, de outro lado, demonstram a existência de um compromisso contratual assumido antes da própria celebração do contrato. Por isso, também os regimes jurídicos aplicáveis a factos supervenientes à decisão de contratar precisam de ser desencadeados antes da celebração do contrato<sup>13</sup>.

Isso implica que a solução provida pelo artigo 227.º do Código Civil é, em princípio, *inaplicável* – fruto da sua *insuficiência* para as exigências próprias do Direito Administrativo – como ponto de apoio para a restrição da tutela indemnizatória dos administrados<sup>14</sup>.

Pelo contrário, ali onde o intérprete identifique um direito de tipo contratual que desencadeie uma obrigação de ressarcimento destinada a restaurar o valor global do património lesado (a referida *garantia de valor*), o regime daí decorrente terá de ser aplicado antes ou depois da assinatura do contrato e antes ou depois da entrada em vigor deste último: o critério que marca o início dessa obrigação de ressarcimento consiste na existência de uma vinculação contratual das partes, e não na formalização da assinatura do título contratual.

<sup>13</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA/LINO TORRAL/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alteração de Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública”, in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos de Contratação Pública*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 195-196, criticando uma solução manifestamente infeliz que chegou a ser defendida pela jurisprudência do Tribunal de Contas (v.g., Acórdão n.º 160/09), quando, à luz do anterior regime das empreitadas de obras públicas (Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março), sustentando que institutos centrais como o da alteração de circunstâncias seriam aplicáveis apenas a factos ocorridos após a “decisão de contratar” (segundo a redacção do artigo 198.º desse diploma), o Tribunal pressupôs, porém, que tal decisão de contratar só ocorreria com a assinatura do contrato – o que, embora não estivesse ainda em vigor o artigo 36.º do CCP, seria no mínimo estranho à luz das regras que condicionam o início de qualquer procedimento pré-contratual de uma entidade adjudicante –, e assim deduziu que nenhuma tutela prevista nesse normativo seria aplicável a factos ocorridos antes da assinatura do contrato, supondo que tal entendimento não colocaria qualquer problema para o nosso ordenamento jurídico.

<sup>14</sup> Não é, por isso, procedente a tese presente nos Acórdãos do STA de 23-09-2003 (Processo 01527/02); de 12-02-2009 (Processo 01068/08); ou, sobretudo, no Acórdão n.º 1/2010, de uniformização de jurisprudência (Processo 0577/08). Essencialmente no sentido do texto, cfr. VERA EIRÓ, *A Obrigação de Indemnizar das Entidades Adjudicantes*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 617-618.

Também aqui, qualquer entendimento interpretativo distinto, na medida em que autorizaria a ablação, sem justa compensação, de direitos patrimoniais de tipo contratual protegidos pelo n.º 2 do artigo 62.º da Constituição, estaria sempre vedado no nosso ordenamento. Esta vinculação antecipada, com a consequente antecipação de uma tutela indemnizatória mais abrangente, concretiza um distanciamento em face do regime de ressarcimento jusprivatístico que o intérprete não pode ignorar.

### § 3.º **O ponto de partida: a modificação do alcance de conceitos básicos do instituto da responsabilidade civil no contexto dos contratos públicos**

#### 3.1. *Contraposição entre danos emergentes e lucros cessantes*

6. Na operação de determinação do alcance da tutela ressarcitória e de delimitação do universo de danos indemnizáveis em cada caso, o ordenamento faz variar tal tutela consoante a estabilidade que entende reconhecer às posições lesadas e a sua consolidação no ordenamento, a pertinência do interesse invocado pelo lesante, a relevância da conduta activa ou omissiva de cada parte e a respectiva censurabilidade.

Como é sabido, em função dessa determinação, o ordenamento pode exigir uma indemnização limitada aos *danos emergentes*, quando se basta com a obrigação de compensação pela mera frustração de vantagens que já existem – isto é, pela diminuição do património consumada por efeito da lesão. Em contraste, exige uma indemnização abrangendo os *lucros cessantes* quando esta deve ainda compensar a *não concretização* de uma vantagem que se teria verificado se não fosse a ocorrência do facto que origina a responsabilidade<sup>15</sup>. Trata-se, aliás, de uma dualidade presente no artigo 564.º, n.º 1, do Código Civil, que determina que “o dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão”.

7. Basta dizer por agora que, mesmo no contexto desta distinção introdutória, o Direito dos Contratos Públicos já imprime importantes modulações. De um lado, o conceito menos ambicioso de danos emergentes não constitui sequer o *patamar mínimo* de indemnização previsto na legislação da contrata-

<sup>15</sup> Cfr. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Lisboa, 1972, p. 378; CARLOS FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 93.

ção pública, que, por vezes, atendendo à gravidade de certos interesses públicos invocados pela entidade adjudicante ou pelo contraente público, reduz a tutela ressarcitória ainda abaixo desse valor, permitindo a compensação de apenas uma parte dos danos emergentes<sup>16</sup>. No plano oposto, mais complexa ainda é a determinação do *patamar máximo* de indemnização: o intérprete que meramente se socorra do conceito mais ambicioso de lucros cessantes não consegue apreender o critério que impele a lei a *variar* o cálculo da compensação em função do grau de consolidação de um direito na esfera jurídica do lesado, em função da gravidade ou da pertinência do interesse público invocado pela Administração ou em função da possibilidade de antecipação de ganhos por via do ressarcimento.

### 3.2. *Interesse contratual negativo, interesse contratual positivo e perda de chance*

8. Numa elaboração adicional, propõe-se o conceito de *interesse contratual negativo* para descrever a fórmula que exige que *o lesado seja colocado na situação em que se encontraria se não tivesse celebrado o contrato* – ou, tendo em conta as especificidades da contratação pública, também na situação em que se encontraria *se não tivesse decidido participar num procedimento pré-contratual* e, sobretudo, *se não tivesse elaborado e apresentado uma proposta*. O que se pretende então consiste em apagar um inteiro *episódio jurídico* que deu origem a uma lesão; não se assegura ao lesado aquilo que ele pretendia ganhar, mas promove-se a recolocação da sua esfera jurídica no estado em que se encontraria se o negócio jurídico (ou o procedimento pré-contratual) de onde emergiu a lesão nunca tivesse tido lugar.

Em contraste, o conceito de *interesse contratual positivo* é reportado ao *quantum* indemnizatório necessário para *colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido regular e integralmente executado* – o que equivale a

<sup>16</sup> A título de exemplo, na categorização presente no texto clássico de GOMES DA SILVA, que elencou quatro tipos de danos (em razão de um critério estrutural), fazendo corresponder um desses tipos a lucros cessantes e três outros tipos a danos emergentes, estes últimos foram densificados em função i) da perda ou deterioração de bens, ii) dos gastos extraordinários e iii) do desaproveitamento de despesas já feitas – cfr. *Dever de Prestar e Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, pp. 117-118. Ora, recordando, por agora, apenas o exemplo provido pelo n.º 4 do artigo 79.º do CCP, este reduz a compensação dos concorrentes, em certos casos (lícitos) de não adjudicação, às *despesas* incorridas na elaboração de uma proposta (v. *infra*). Admitindo que certos gastos extraordinários possam ainda estar abrangidos pela tutela compensatória aí prevista, não são, porém, seguramente, todos os danos emergentes objecto de ressarcimento. Assim, a categoria de danos emergentes não fixa sequer o patamar mínimo de uma compensação legalmente exigida pelo Direito dos Contratos Públicos.

dizer: se todos os direitos emergentes do contrato tivessem sido rigorosamente respeitados<sup>17</sup>.

9. Sem prejuízo de ser indispensável ao trabalho jurisprudencial de concretização da tutela ressarcitória do lesado, esta nova dualidade, longe de diminuir, pode mesmo aumentar a complexidade dos desafios colocados pelo Direito dos Contratos Públicos. Por um lado, de novo quanto à determinação do *pata-mar mínimo* indemnizatório, a fórmula menos ambiciosa do interesse contratual negativo não deixa de colocar um relevante problema quanto à extensão dos danos indemnizáveis: se o ordenamento exige que o lesado seja colocado na situação em que se encontraria se não tivesse celebrado um contrato ou se não tivesse sequer participado no procedimento que lhe deu origem, é claro que tal poderia potencialmente permitir o aproveitamento de outras oportunidades de negócio e a obtenção de outros benefícios a que pode ter renunciado quando alocou recursos e investimentos no negócio que se perdeu. Logo, repor a situação hipotética correspondente à inexistência do contrato ou do procedimento pré-contratual de onde emergiu a lesão – como se o lesado nunca se tivesse envolvido nesse contrato ou nesse procedimento – pode frequentemente envolver a compensação por lucros efectivos ou potenciais perdidos pela renúncia a negócios alternativos. Essa fórmula não se cinge sequer a prejuízos especificamente causados numa esfera jurídica (remoção de vantagens nela já existentes), mas também à perda de vantagens ainda não existentes à data da lesão e somente não concretizadas devido a essa lesão.

Por outras palavras: o conceito *menos ambicioso* de interesse contratual negativo ainda é, porém, mais ambicioso do que o conceito de danos emergentes, contendo a potencialidade de abranger lucros cessantes. Na formulação do Supremo Tribunal Administrativo, “a perda de uma ocasião de negócio ainda cabe na categoria dos danos negativos (são os lucros cessantes dentro dos danos negativos): se o empenho na celebração do negócio frustrado impedir a celebração de qualquer outro, o dano negativo tem a medida da perda da vantagem esperada”<sup>18</sup>. Portanto, se certas soluções ressarcitórias do Direito dos Contratos

<sup>17</sup> Com grande desenvolvimento, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual...*, cit., II, pp. 866 e segs.; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 662 e segs..

<sup>18</sup> Cfr. Acórdão cit. de 23-09-2003. Sobre a integração dos lucros cessantes no conceito de interesse contratual negativo, precisamente a propósito dos procedimentos pré-contratuais, cfr. JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade Pré-Contratual. Breves Anotações sobre a Natureza e o Regime”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 766; PAULO MOTA PINTO, “Responsabilidade por Violação de Regras de

Públicos não abrangem sequer a indemnização de todos os danos emergentes (por somente abrangerem as despesas que representam uma mera fracção desses danos), elas mostrar-se-ão ainda mais exíguas à luz do conceito de interesse contratual negativo.

**10.** Porém, ainda no contexto da dualidade tradicionalmente fixada entre interesse contratual negativo e positivo, é na determinação do *patamar máximo* da indemnização que a operação de apuramento do *quantum* indemnizatório revela a sua maior complexidade. Mesmo quando o ordenamento reconhece uma expectativa contratual suficientemente forte para justificar a concessão de um *direito a lucros* que é indemnizável em caso de frustração, não é possível deixar de observar a variação do grau de consolidação de tais expectativas.

a) Há casos em que a pretensão indemnizatória de um (alegado) lesado é inequivocamente *descartada* através de um juízo objectivo, susceptível de reconstituição imediata pelo Tribunal, que permite demonstrar a *impossibilidade* de o reclamante vir a celebrar um contrato com a entidade adjudicante e de obter os correspondentes lucros. Na formulação usada pelo Tribunal Central Administrativo (TCA) Norte<sup>19</sup>, a indemnização é “afasta[da] necessariamente” nas “situações, nomeadamente, em que o lesado apresentou proposta que se mostra graduada/posicionada em lugar que o afaste claramente da vitória no concurso ou ainda cuja proposta não cumpra o caderno de encargos”. Se, pois, existe uma *probabilidade zero ou pouco significativa* de obtenção da adjudicação, não é possível associar (*imputar*) a perda dos lucros desse contrato a qualquer facto lícito ou ilícito da entidade adjudicante – ainda quando, potencialmente ou em abstracto, a lei admitisse a concessão de uma tutela indemnizatória máxima a quem demonstrasse ter sido (*in concreto*) lesado.

b) No extremo oposto, admite-se que a probabilidade de que uma conduta da entidade adjudicante seja apta a produzir danos na esfera de um participante no procedimento é *máxima (próxima da certeza* ou mesmo *certa*), quando, em contraste, é objectivamente demonstrável que um dado sujeito sempre seria o adjudicatário (*v.g.*, porque é o único concorrente, ou porque é o único concorrente que apresenta uma proposta sem causas de exclusão, ou porque o critério de adjudicação é puramente quantitativo e permite a sua aplicação imediata). Isso implica que a preterição da celebração do contrato equivale à frustração de

Concurso para Celebração de um Contrato (Em Especial o Cálculo da Indemnização)”, in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos...*, cit., II, p. 288.

<sup>19</sup> Cfr. Acórdão de 16-09-2011 (Processo 00213/06.1BELLE).

uma posição jurídica que já se encontrava consolidada com segurança na esfera do lesado – tratava-se então de uma “*posição de resultado garantido*”<sup>20</sup>.

c) Mas, entre estes dois extremos, o Tribunal deparar-se-á com incontáveis hipóteses intermédias, em que é *mais ou menos provável* que um sujeito pudesse obter a adjudicação se a lesão não tivesse sido produzida pela entidade adjudicante. A perspectiva de obtenção dos lucros previstos para a execução do contrato é mais ou menos variável; a verosimilhança das razões apontadas pelo lesado para formar a convicção de que pode conseguir a celebração do contrato estará sujeita a muitas modulações. Basta pensar na variação do número de proponentes presentes num procedimento pré-contratual; ou na existência de um critério de adjudicação que dá um peso maior a factores qualitativos e que atribui maior peso ao júri na realização de juízos de tipo subjectivo, que colocam maior dificuldade à penetração e reconstituição judicial<sup>21</sup>.

11. A figura da *perda de chance* foi desenvolvida pelos ordenamentos europeus há mais de um século<sup>22</sup>, respondendo, precisamente, à perda da possibilidade de obtenção de um benefício, nos casos de *probabilidade intermédia* (entre a certeza da inexistência ou a certeza da existência) de surgimento de uma posição de vantagem numa esfera jurídica. Tal figura, consolidada primeiramente no plano privatístico<sup>23</sup>, obtém maiores potencialidades, justamente, no contexto da contratação pública, onde a atribuição de iguais oportunidades a todos os operadores económicos interessados em contratar com a Administração aumenta a incerteza, consoante as circunstâncias e o estado mais ou menos avançado em que se encontra o procedimento, sobre quão forte seria a expectativa de cada autor de uma proposta. Nos termos a considerar agora, o juiz acabará obtendo uma ineliminável margem de avaliação subjectiva (*prognose*) quanto às probabilidades que o lesado teria de auferir um benefício que deveria relevar para a determinação do seu interesse contratual positivo<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> V. Acórdão cit. do TCA Norte de 16-09-2011; PAULO MOTA PINTO, “Responsabilidade...”, cit., p. 289.

<sup>21</sup> Sobre esta dificuldade de reconstituição judicial de um juízo de tipo subjectivo ou discricionário, cfr. VERA EIRÓ, *A Obrigação...*, cit., pp. 551-553.

<sup>22</sup> Cfr., com recensão que se inicia na referência ao Acórdão da *Cour de Cassation* de 17 de Julho de 1889, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 113 e segs.

<sup>23</sup> Cfr., por exemplo, a propósito da resposta a perdas de chance resultantes de erros médicos, *ibidem*, pp. 119-127.

<sup>24</sup> V. *infra*.

#### § 4.º **O regime ressarcitório aplicável a cada tipologia de lesões: hipóteses de lesões pré-contratuais**

**12.** O conjunto de variáveis agora expostas é, pois, responsável por um considerável incremento da complexidade do regime de ressarcimento dos lesados pela Administração no contexto dos contratos públicos.

É com base nesses pressupostos que o Tribunal procede à aplicação das coordenadas teóricas do instituto da responsabilidade civil a cada *tipologia de hipóteses* de ocorrência de uma lesão indemnizável no contexto de uma relação contratual ou pré-contratual jurídico-pública. A sistematização que agora se segue, obviamente não exaustiva, permite uma aproximação ao regime aplicável a algumas dessas principais hipóteses na fase pré-contratual e na fase de execução do contrato.

##### 4.1. **Primeiro conjunto de hipóteses: revogação da decisão de contratar – causas lícitas de não adjudicação**

**13.** É hoje sabido que o Direito Português já repudiou o entendimento que vinha sugerindo poder a Administração dispor de uma margem de livre decisão quanto a concluir ou a desistir dos procedimentos pré-contratuais que inicia. Quando convence o mercado a mobilizar meios financeiros e técnicos para preparar uma proposta, por lhe inculir a convicção de que vai celebrar um contrato com o concorrente que apresentar a proposta mais competitiva, as expectativas que cria não podem ser consideradas gratuitas para o Direito, sendo incontornável o nascimento, neste ponto, de um primeiro momento de tutela de posições patrimoniais susceptível de desencadear uma tutela ressarcitória em caso de lesão<sup>25</sup>.

Este entendimento tornou-se inequívoco no plano *de iure condito*, desde 2008<sup>26</sup>, quando o artigo 76.º do CCP passou a prever um *dever de adjudicação*, impondo a ideia de que a prática do acto de adjudicação no prazo fixado para o efeito constitui um acto *legalmente devido*, permitindo a um interessado em contratar lançar mão da acção de condenação à prática de um acto legalmente devido para reagir contra a omissão ilícita (artigos 66.º e seguintes do Código

<sup>25</sup> Para desenvolvimento, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Persistência...”, cit., pp. 53 e segs..

<sup>26</sup> Contudo, extraíndo (muito meritoriamente) esse entendimento já no contexto da legislação anterior, cfr. Acórdão do STA de 07-07-2005 (Processo 0352/04).

de Processo nos Tribunais Administrativos [CPTA])<sup>27</sup>, o que inclui – logo na fase declarativa, sem se carecer sequer de se esperar pela execução da sentença – a possibilidade de fixação de uma “sanção pecuniária compulsória destinada a prevenir o incumprimento” da entidade adjudicante (artigo 66.º, n.º 3)<sup>28</sup>.

14. Não seria razoável, porém, no contexto de uma solução legislativa que incorresse no extremo oposto, sacrificar em absoluto o interesse público subjacente à decisão de contratar no altar das expectativas dos participantes no procedimento<sup>29</sup>. A fixação de um dever absoluto de adjudicação que não conhecesse exceções implicaria obrigar a Administração a prosseguir um procedimento até ao seu final e a celebrar sempre o contrato, ainda quando a alteração superveniente do interesse público – alheia à entidade adjudicante e que escapa ao seu controlo – motivasse uma perda do interesse em contratar ou, pelo menos, em contratar nas condições inicialmente fixadas no procedimento. A previsão de uma lista *taxativa* de causas de não adjudicação no artigo 79.º e no n.º 2 do artigo 80.º do CCP responde a essa necessidade, confirmando que o legislador não é insensível à ponderação de necessidades colectivas que podem fazer recuar as pretensões subjectivas em jogo.

É claro que a maioria das causas de não adjudicação alistadas na lei resulta da pura falta de resposta ou da resposta insuficiente do mercado [cfr. alíneas *a*), *b*), *e*) ou *f*) do n.º 1 do artigo 79.º]. Mas as alíneas *c*) e *d*) do mesmo número respondem já a necessidades jurídico-públicas da entidade adjudicante, que, embora confrontada com uma resposta positiva do mercado, precisa de contratar em moldes diferentes daqueles que inicialmente enunciou nas peças do procedimento [caso da alínea *c*)] ou, no limite, precisa mesmo de desistir de contratar [caso da alínea *d*)].

15. Ora, visto que a desistência de contratar não encontra então causa em qualquer conduta do mercado que lhe dê justificação, a frustração das expectativas pré-contratuais implica já a concessão de um direito compensatório. Porém, precisamente porque se trata de um *facto lícito* reconhecido na esfera competencial da entidade adjudicante, tais hipóteses dão origem a uma indemnização limitada a uma *fracção dos danos emergentes*, a qual consiste nas *despesas*

<sup>27</sup> Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos – Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 1144.

<sup>28</sup> Sobre essa qualificação do acto de adjudicação como “ato legalmente devido”, cfr. Acórdão do TCA Sul de 26-04-2012 (Processo 8634/12).

<sup>29</sup> Cfr. BERNARDO AZEVEDO, “Adjudicação e Celebração do Contrato no Código dos Contratos Públicos”, in PEDRO GONÇALVES (org.), *Estudos...*, cit., II, pp. 241-242.

directamente associadas à elaboração da proposta (“encargos em que comprovadamente incorreram com a elaboração das respectivas propostas” – cfr. n.º 4 do artigo 79.º).

Dela beneficiam os “concorrentes” (cfr. artigo 53.º do CCP), porque já formularam uma declaração negocial perante a entidade adjudicante e suportaram custos inerentes a esse exercício pré-contratual; não beneficiam dela os *candidatos* e *outros intervenientes* no procedimento, que apenas participam numa fase preparatória, sem realizarem qualquer declaração negocial.

Por sua vez, exclusivamente dentro do universo de concorrentes, beneficiam dessa tutela somente os concorrentes cujas propostas não padeçam de causas de exclusão, porque não é justificável a protecção de quem não elabora uma proposta adjudicável, a qual nunca daria origem à celebração do contrato.

**16.** Este regime é também aplicável no caso previsto no n.º 2 do artigo 80.º do CCP – que alarga a possibilidade de não adjudicação para factos ocorridos ainda durante o prazo de apresentação das propostas –, porque também aí já pode já ter sido apresentada uma declaração negocial que envolveu a assunção de correspondentes custos para o seu autor, os quais acabam gorados devido a uma iniciativa revogatória da entidade adjudicante. O facto específico que desencadeia a compensação prevista no n.º 4 do artigo 79.º é idêntico, independentemente do momento do procedimento em que haja ocorrido.

#### 4.2. *Segundo conjunto de hipóteses: revogação da decisão de contratar – causas ilícitas de não adjudicação*

**17.** O n.º 1 do artigo 79.º do CCP elenca um conjunto de causas *lícitas* de não adjudicação, quando o interesse público que milita em favor da necessidade de desistência da contratação apresenta um peso relativo superior ao interesse privado que justificaria o dever de adjudicação.

Quando, porém, o fundamento invocado pela entidade adjudicante não é abrangido pelo leque protector previsto no n.º 1 do artigo 79.º – mantendo-se então um dever de adjudicação, cuja violação constitui uma omissão ilegal, judicialmente verificável (cfr. ainda artigos 66.º e seguintes do CPTA) –, a frustração de direitos ou expectativas dos participantes no procedimento resulta agora, pois, de um *facto ilícito*, que naturalmente pressupõe um alargamento da intensidade da tutela indemnizatória<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Persistência...”, cit., pp. 53 e segs..

A preferência por uma *restituição natural* das posições jurídicas lesadas acarreta o *dever de retomar o procedimento* até à sua conclusão com a adjudicação e a celebração do contrato. Pode, porém, a evolução da realidade física ou jurídica ter impossibilitado a continuação do procedimento. Nestes casos, a compensação pecuniária que serve de sucedâneo ressarcitório para os lesados corresponde ao *interesse contratual positivo*, porque tal configura o único meio de colocação das posições jurídicas lesadas – e protegidas no seu conteúdo patrimonial pelo artigo 62.º da Lei Fundamental – na mesma situação em que se encontrariam se não existisse o ilícito, cumprindo, agora, também o mandato emergente do artigo 22.º da Constituição.

Com efeito, se cada concorrente tem as expectativas juridicamente tuteladas de *i*) ver praticado um acto de adjudicação, *ii*) ver a sua proposta adjudicada se for a melhor à luz do critério de adjudicação e se não padecer de causas de exclusão, *iii*) celebrar nesse caso o contrato com a entidade adjudicante e *iv*) obter o lucro correspondente por isso, então a violação ilícita dessa expectativa dá origem à obrigação de reconstituir o valor patrimonial global (garantia de valor) que existiria se a entidade adjudicante tivesse cumprido todos os deveres procedimentais que sobre ela impendiam<sup>31</sup>.

É esse entendimento que hoje resulta acolhido pelo artigo 3.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (“RRCEEP”<sup>32</sup>): “*quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*”<sup>33</sup>. Tal critério é plenamente aplicável às lesões emergentes de procedimentos pré-contratuais, como o legislador do RRCEEP se

<sup>31</sup> Nas palavras de PAULO MOTA PINTO, “as regras relativas aos critérios de adjudicação (de vencimento) do concurso, e à manutenção deste, têm também como escopo a protecção do interesse dos concorrentes em obter o lucro que resultaria do vencimento (o interesse contratual positivo), apesar de apenas um deles poder vir a vencer o concurso”. Aliás, “nesse sentido depõe, normalmente, o próprio interesse do organizador do concurso [...] Este pretende com o concurso obter um conjunto de ofertas ao menor custo e tão variadas quanto possível, para poder seleccionar. Mas para isso tem de oferecer um incentivo à participação no concurso, o qual em regra reside justamente na possibilidade de vencimento, e, portanto, de obtenção do correspondente lucro. Tal incentivo seria destruído se a expectativa de (pelo menos sendo o autor da melhor oferta) obter o contrato não fosse protegida por uma indemnização que inclua também o lucro em causa, correspondente ao interesse contratual positivo” – “Responsabilidade...”, cit., pp. 289-291.

<sup>32</sup> Aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, com a redacção dada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho.

<sup>33</sup> Cfr., confirmando ser inequívoco que este preceito não contempla a possibilidade de exclusão da indemnização dos lucros cessantes, FILIPA CALVÃO, “Artigo 3.º”, in AAVV, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Lisboa, 2013, p. 93.

encarregou de esclarecer se ainda subsistisse alguma dúvida<sup>34</sup>: quando, pelo n.º 2 do artigo 7.º, após a revisão legislativa de 2008, remeteu para o património consolidado do Direito Europeu, mandando que o juiz aplique os “requisitos” que esse Direito estabeleceu para o reconhecimento de uma indemnização em resposta a lesões pré-contratuais<sup>35</sup>, a lei portuguesa apela à tese desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, para quem os particulares lesados obtêm um direito indemnizatório “desde [i)] que a norma do direito da União violada tenha por objecto conferir-lhes direitos, [ii)] que a violação dessa norma seja suficientemente caracterizada e [iii)] que haja um nexo de causalidade directo entre essa violação e o dano sofrido pelos particulares”<sup>36</sup>.

**18.** Qual, porém, o *montante indemnizatório* que responde a esse interesse contratual positivo? Repor a situação que existiria sem o ilícito depende de uma *prognose* sobre as probabilidades que cada concorrente teria quanto a obter a adjudicação. É essa avaliação prognóstica que determinará *i*) o pagamento de uma indemnização integralmente correspondente aos lucros cessantes previstos para o contrato (no caso de certeza sobre quem é o adjudicatário), *ii*) o não pagamento de qualquer indemnização (no caso de certeza sobre quem *não* é o adjudicatário) ou *iii*) o pagamento de uma indemnização intermédia, por referência à figura da perda de chance, nos casos de probabilidades intermédias de adjudicação.

*a)* Em certos casos, devido ao número de propostas (que ficou reduzido a uma) ou ao critério de adjudicação adoptado (que é totalmente quantitativo e é reconstituível pelo juiz), o Tribunal pode antecipar a determinação dos resultados do procedimento, confirmando que um dado concorrente dispunha já de uma posição juridicamente certa, obtendo na sua esfera jurídica a garantia de que obteria a adjudicação em todos os casos em que a lei não permitisse a prática de um acto *lícito* de não adjudicação. Se essa posição segura foi violada por meio de um acto *ilícito*, então o adjudicatário prospectivo tem o *direito a receber a margem de lucro que obteria se tivesse executado o contrato*.

<sup>34</sup> Cfr. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização...*, cit., p. 353.

<sup>35</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, “Responsabilidade...”, cit., pp. 278-279; VERA EIRÓ, *A Obrigação...*, cit., pp. 620 e 622.

<sup>36</sup> Cfr. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 19-11-1991 (Processos C-6/90 e C-9/90 – *Francovich*) n.º 35; de 05-03-1996 (Processos C-46/93 e C-48/93 – *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, n.ºs 31 e 51; de 24-03-2009 (Processo C-445/06 – *Danske Slagterier*), n.ºs 19 e 20; e de 09-12-2010 (Processo C-568/08 – *Combinatie Spijker Infrabouw*), n.º 87.

O Tribunal usará todos os elementos constantes da sua proposta – ou uma avaliação das condições de mercado se esta for omissa quanto a isso – para prognosticar qual seria a margem de lucro expectável para a execução do contrato. Pode ainda socorrer-se do critério presente no artigo 334.º do CCP, não obstante estar pensado para os casos de resolução de um contrato já em execução por motivos de interesse público: o concorrente terá direito aos danos emergentes e aos lucros cessantes, apenas deduzindo quanto a estes últimos o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos.

O facto de o Tribunal determinar o pagamento de uma indemnização superior àquela que poderia resultar do n.º 4 do artigo 79.º do CCP implica a não concessão desta última: não é possível *cumular* a indemnização pelos encargos sofridos com a elaboração de uma proposta e, simultaneamente, a indemnização pelos lucros cessantes<sup>37</sup>.

**b)** No extremo oposto, o Tribunal pode reconstituir o juízo da entidade adjudicante quando identifica casos em que se demonstra ser juridicamente impossível que um dado concorrente obtenha a adjudicação (*v.g.*, porque a sua proposta padece de uma causa de exclusão; ou porque o critério de adjudicação permite também identificar quem é o adjudicatário, confirmando quem ele *não* é). Esta reconstituição permite evitar a concessão de uma indemnização superior àquela que resultaria do n.º 4 do artigo 79.º do CCP.

**c)** A figura da *perda de chance* é indispensável nos casos intermédios em que a identificação do adjudicatário dependeria de apreciações de tipo subjectivo que um Tribunal não pode reconstituir. Visto que a adjudicação não foi praticada (por omissão ilícita) e a realidade física ou jurídica pode já impedir a retoma do procedimento, o Tribunal só pode identificar, enquanto direito já juridicamente garantido e susceptível de indemnização, o direito a manter a possibilidade (a *chance*) de obter uma adjudicação. Portanto, o valor da compensação tem de assentar na prognose (difícil mas necessária) que o Tribunal precisa de realizar quanto às probabilidades maiores ou menores que cada concorrente teria de obter a adjudicação com base em todos os elementos quantificáveis disponíveis no procedimento.

**19. Em especial sobre a perda de chance:** As coordenadas que abaixo se indicam permitem a densificação do raciocínio judicial que apurará o montante indemnizatório pela perda de chance. Com o intuito de evitar repetições, para

<sup>37</sup> Cfr., por todos, sobre esta “incompatibilidade lógica dos pedidos indemnizatórios”, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização...*, cit., p. 355.

estas considerações se remeterá neste estudo sempre que, a propósito de qualquer outra tipologia de lesões pré-contratuais ou contratuais, se indique haver lugar a uma indemnização por perda de chance.

**a)** Inicialmente, a jurisprudência administrativa manteve uma surpreendente resistência ao reconhecimento desta figura. Mesmo em arestos relativamente recentes, o Supremo Tribunal Administrativo limitou-se a observar, num exemplo bem ilustrativo, que, não existindo garantia de que, se retomado o procedimento, seria adjudicada a proposta do autor, só pode o Tribunal, na ausência dessa certeza, determinar o pagamento de uma indemnização por danos emergentes: localizando o problema no requisito do nexo de causalidade, “não pode estabelecer-se um nexo de causalidade adequada entre a ilicitude cometida e os danos invocados que [...] se consubstanciam na «margem de lucro» esperada com a adjudicação que viesse a ser feita à A./recorrente”<sup>38</sup>.

Depois, numa formulação ainda mais incisiva, o Supremo chegou a afirmar, através do Acórdão de 29-10-2009<sup>39</sup>: “Anulado o despacho que adjudicou o bem posto a concurso, os restantes opositores ao mesmo só poderiam requerer indemnização pelos danos eventualmente decorrentes do acto anulado *se provassem que a proposta que apresentaram era a melhor* e que, sendo assim, *dever-lhe-ia ter sido adjudicado o bem concursado*. Deste modo, e *inexistindo a certeza de que a proposta da Recorrente era a melhor* visto o juízo anulatório não se pronunciar, ainda que implicitamente, sobre a qualidade das restantes propostas e à forma como a sua classificação deveria ter sido ordenada e *não podendo esse juízo ser feito pelo Tribunal, visto se tratar de tarefa da Administração* a ser, eventualmente, desempenhada na sequência da execução do julgado, *é vã a pretensão indemnizatória dirigida contra a entidade que promoveu o concurso por um dos concursantes*”.

Em suma, dessa jurisprudência emergiu o entendimento de que o requerente de uma indemnização por lucros cessantes teria de demonstrar que *seguramente* ganharia – o que implica a exacta *negação* da figura da perda de chance.

**b)** Esse entendimento menos louvável já foi modificado. Num relevante exemplo, o Supremo encara o problema com o Acórdão de 08-02-2011<sup>40</sup>: à partida, numa reconstituição exacta da realidade, “anulada a adjudicação de empreitada por na fase de análise das propostas se terem considerado critérios que não podiam ser considerados, e verificando-se, ainda, que não se havia realizado a fase autónoma de selecção qualitativa dos candidatos, haveria que reto-

<sup>38</sup> Cfr. Acórdão de 07-10-2009 (Processo 0823/08).

<sup>39</sup> Processo 0229/09.

<sup>40</sup> Processo 0891/10.

mar o procedimento concursal superando as ilegalidades detectadas.” Seria “esse procedimento, com múltiplos concorrentes, [que] haveria de finalizar com nova adjudicação”, sendo óbvio que ao Tribunal não é “possível um juízo de prognose sobre quem seria o adjudicatário”. O juiz ficaria, pois, em princípio, inteiramente dependente da restauração do procedimento indevidamente finalizado.

Porém, a figura da perda de chance é convocada quando essa restauração fica fora do alcance do Tribunal: “*se não é já possível retomar o procedimento por a empreitada se mostrar totalmente executada, o concorrente que obteve a anulação tem direito a uma compensação pela perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença anulatória lhe teria proporcionado*”.

É que, como notou Paulo Mota Pinto – aliás, no contexto de uma posição insuspeita que duvidava do acolhimento da perda de chance *em geral* no Direito Português<sup>41</sup> –, essa indemnização já seria inequivocamente obrigatória quando viessem a ser aprovadas “regras de direito positivo que, por exemplo, se bastem com a existência de uma possibilidade real de vencimento, para o reconhecimento da obrigação de indemnização”<sup>42</sup> – o que precisamente sucede hoje, com o artigo 7.º, n.º 2, do RRCEEEP, no ponto em que remete, no plano da contratação pública, para os requisitos mais penalizadores da responsabilidade das entidades adjudicantes que foram fixados pelo Direito Europeu<sup>43</sup>.

c) A partir deste ponto, e procedendo a um desenvolvimento adicional desta tese jurisprudencial, o TCA Sul, pelo seu Acórdão de 08-09-2011<sup>44</sup>, concretizou os distintos cenários de ressarcimento dos participantes no procedimento.

Num primeiro momento, recorrendo a uma formulação que merece inteiro aplauso por repudiar definitivamente o entendimento que vinha diluindo a tutela pré-contratual dos concorrentes lesados e se satisfazia com a cobertura do interesse contratual negativo, o Tribunal sentenciou, peremptoriamente, que, “se o interessado consegue demonstrar que era a ele que deveria ser atribuída a adjudicação, *tem o direito de ser indemnizado pelo interesse contratual positivo, pelo facto de não ter podido celebrar e executar o contrato*”.

Porém, avançando já na direcção da figura da perda de chance, “*se não consegue fazer essa prova, também tem direito a ser indemnizado, por não ser possível extrair da sentença anulatória as devidas consequências que consistiriam na substituição de um acto ilegal por um outro praticado em conformidade com a legalidade aplicável*”.

<sup>41</sup> Igualmente com posição restritiva, cfr. JÚLIO GOMES, “Sobre o Dano da Perda de Chance”, in *Direito e Justiça*, XIX, n.º 2, 2005, pp. 32 e 39.

<sup>42</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual...*, cit., II, pp. 1103-1106.

<sup>43</sup> Idem, “Responsabilidade...”, cit., p. 293, bem como nota 49.

<sup>44</sup> Processo 06762/10.

Nesta última hipótese, a indemnização a arbitrar ao lesado é a que corresponde à perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença lhe teria proporcionado e que se traduz na **perda de oportunidade** de obter a adjudicação do contrato”.

O mesmo aresto, aliás, aproveitou o contributo de Carlos Fernandes Cadi-lha<sup>45</sup>, que transcreveu textualmente, no passo em que esclareceu que “«a indemnização por perda de chance traduz-se na probabilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, representando, por conseguinte, o desaparecimento de uma posição favorável preexistente que integrava a esfera jurídica do lesado. Com esse conteúdo, a perda de chance não deixa de constituir um dano certo, na modalidade de dano emergente, na medida em que não equivale à perda de um resultado ou de uma vantagem, mas à perda da probabilidade de o obter»”<sup>46</sup>. Com base nesse avanço teórico, pôde o Tribunal concluir que “o afastamento ilegal de um candidato de um concurso, com perda da oportunidade de nele poder obter um resultado favorável, é uma vantagem cuja perda é indemnizável e que, não podendo ser quantificável com exactidão, deverá ser fixada com recurso à equidade, nos termos do art. 566.º, n.º 3, do C. Civil, tendo como referentes a vantagem económica final que poderia ter sido obtida e a probabilidade que o lesado teria de a alcançar (cfr. Acs. do STA de 29/11/2005 – Proc. n.º 41321-A e de 25/2/2009 – Proc. n.º 47472-A)”.

**d)** Como concretizar tal prognose? O supracitado Acórdão do TCA Norte de 16-09-2011 ilustrou bem o juízo que o julgador encetarà quanto à *probabilidade da adjudicação* – em considerações que repetiria, poucas semanas depois, no Acórdão de 04-11-2011<sup>47</sup> –: “o direito à indemnização fundado na responsabilidade civil pré-contratual impõe que o requisito relativo aonexo de causalidade se mostre preenchido com a demonstração/prova da «possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato»”. Manifestando um grau de exigência bem mais razoável do que a jurisprudência até 2009 havia mantido, o Tribunal esclareceu que se “trata na terminologia legal duma «possibilidade» e não duma «efectiva» atribuição real do contrato ao lesado, o que corresponde a conceito que é necessariamente menos exigente que este último, porquanto o lesado

<sup>45</sup> Cfr. *Regime...*, cit., p. 99.

<sup>46</sup> Em sentido muito semelhante, cfr., no plano jusprivatístico, Acórdão cit. do STJ de 01-07-2014: “no caso de perda de chance não se visa indemnizar a perda do resultado querido, mas antes a da oportunidade perdida, como um direito em si mesmo violado por uma conduta que pode ser omissiva ou comissiva; não se trata de indemnizar lucros cessantes ao abrigo da teoria da diferença, não se atendendo à vantagem final esperada”. Para apreciação crítica do aresto, cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, “A Perda de Chance no Mandato Judicial”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 140, 2014.

<sup>47</sup> Processo 00213/06.1BELLE.

para ser indemnizado apenas terá de provar aquela possibilidade e não que o mesmo seria o efectivo seleccionado no acto de adjudicação e viria a outorgar o contrato”.

Neste sentido, no momento de concretização da prognose, “uma situação de ilegal definição pelo acto de adjudicação de critérios/subcritérios, à luz dos quais foram analisadas todas as propostas dos concorrentes, reclama, por um lado, um *novo juízo de prognose e de análise quanto àquilo que seria a valoração do júri quanto às propostas apresentadas*, tendo agora em conta apenas os critérios que se mostravam definidos pelas peças concursais”, mas exigindo especialmente “a aferição/análise do *carácter exacto/vinculado* ou não dos critérios concursais definidos e/ou *da existência dum espaço de discricionariedade na valoração daqueles mesmos critérios*, para que cheguemos à demonstração de que a proposta do lesado constituía a melhor oferta em termos de graduação final”.

A concretização dessa prognose poderia permitir “formular, «a posteriori» e na situação concreta, *um juízo de forte probabilidade de que o lesado [seria] o «real» vencedor do concurso* e, nessa medida, seria o «possível» seleccionado no acto adjudicatório final caso o procedimento fosse reconstituído”<sup>48</sup>.

e) Esta jurisprudência ilustra, com razão, que, quanto maior o peso dos factores e subfactores do critério de adjudicação, mais difícil se torna a prognose quanto à probabilidade de obtenção da vitória no procedimento. O Tribunal precisa identificar previamente quais os factores e subfactores do critério de adjudicação que permitem algum grau de subjectividade na apreciação pelo júri.

Mas essa prognose nunca pode ser evitada, porque *o simples facto de o concorrente ter ilícitamente perdido a chance de obter a adjudicação já é um dano indemnizável*: “os indícios probatórios operam sobre a expectativa de obter um ganho e não sobre a própria verificação desse ganho”<sup>49</sup>.

Sob outra perspectiva, o intérprete não precisa de supor que o instituto da responsabilidade civil terá evoluído para a identificação de uma nova categoria, possivelmente consistente na detecção de um “*dano provável*”: o reconhecimento da figura da perda de chance não implica sequer que o ordenamento precise de prever a possibilidade de indemnizar sem dano. Pelo contrário, “a

<sup>48</sup> Ainda neste sentido, embora sob a perspectiva inversa, num caso em que se demonstrou a inexistência de reais probabilidades de sucesso do Recorrente, cfr. o referido Acórdão do STJ de 01-07-2014: “*as probabilidades, as chances do [...] ora Autor/recorrente [...] não se anteviam providas de razoável grau de êxito*”; “*a sua «chance» [...] era mínima, não credível e, por isso, não se pode afirmar que a conduta omissiva e censurável da Ré [...] tenha sido a causa directa, imediata [do dano], implicando perda dessa chance*”.

<sup>49</sup> Cfr. ainda CARLOS FERNANDES CADILHA, *Regime...*, cit., p. 100.

perda de chance não deixa de *constituir um dano certo*, na modalidade de dano emergente, na medida em que *não equivale à perda de um resultado ou de uma vantagem, mas à perda da probabilidade de o obter*”; “a perda de chance não corresponde a um mero dano eventual ou a um dano futuro, mas a um dano certo e actual, visto que se trata da *perda da possibilidade concreta – e já existente no património do interessado – de obter um resultado favorável*”<sup>50</sup>.

e) Assim, na concretização dessa avaliação, “o juiz irá considerar a existência de um prejuízo ressarcível em função do grau de consistência da probabilidade e, por conseguinte, apenas quando se deparar com uma chance real e séria”<sup>51</sup>.

Numa boa sistematização: é a “prudência do juiz” que procederá à “afecção do grau de probabilidade” da adjudicação, levando em conta “(i) o número de concorrentes, (ii) os resultados obtidos em procedimentos semelhantes, (iii) a conformação do ilícito e (iv) a apreciação das propostas, já efectuada pela entidade adjudicante ou a levar a cabo pelo tribunal para efeitos estritamente indemnizatórios, com recurso a prova pericial e nos limites permitidos pelo modelo de avaliação adoptado e pela natureza dos poderes em causa”<sup>52</sup>.

**20.** Para evitar a extensão excessiva do presente estudo, remeter-se-á para as coordenadas agora enumeradas em cada cenário indemnizatório a considerar *infra* que assente na mera existência de uma probabilidade de adjudicação.

#### 4.3. *Terceiro conjunto de hipóteses: situações adicionais (híbridas) de não adjudicação por erros grosseiros da entidade adjudicante*

**21.** As duas tipologias de lesões consideradas acima acabam por subdividir-se na aplicação de regimes que variam entre os dois extremos *i*) da mera indemnização por despesas envolvidas na elaboração de uma proposta, não abrangendo sequer a totalidade dos danos emergentes – nos casos em que a não adjudicação resulta de um acto lícito, protegido por uma cláusula de permissão da revogação da decisão de contratar – e *ii*) da indemnização abrangendo todo o interesse contratual positivo – nos casos em que o acto de não adjudicação constitui um facto ilícito, frustrando expectativas contratuais juridicamente tuteladas de alguém que já deteria uma posição de resultado garantido –, passando ainda por *iii*) casos intermédios de indemnização por perda de chance.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 99; v. também VERA EIRÓ, *A Obrigação...*, cit., p. 596.

<sup>51</sup> Cfr. CARLOS FERNANDES CADILHA, *ob. cit.*, p. 100.

<sup>52</sup> Cfr. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização...*, cit., p. 355.

Mas a enumeração legal de causas de não adjudicação é suficientemente abrangente para incluir casos *híbridos* que, embora se convolem numa permissão para a *desvinculação lícita* do procedimento pela entidade adjudicante, encontram a sua *origem última em factos ilícitos* derivados da violação grosseira (ou, no limite, dolosa) de deveres de diligência que impendem sobre os órgãos administrativos. Estas *hipóteses híbridas* justificam ainda a atribuição de *indenizações de montante intermédio*, que, embora não atingindo o montante correspondente ao interesse contratual positivo dos lesados, excedem a simples compensação pelos encargos envolvidos na elaboração de propostas.

Com efeito, quando a alínea c) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP autoriza a não adjudicação para proceder à alteração de aspectos fundamentais das peças do procedimento, a sua redacção mostra a amplitude suficiente para abranger casos de alteração objectiva da realidade física ou jurídica, afectando os pressupostos em que a entidade adjudicante assentou a decisão de contratar (isto é: uma mudança superveniente que frustra as suas expectativas e que pode ser alheia ao seu controlo), mas *também* os casos emergentes de erros da entidade adjudicante na elaboração das peças do procedimento. Estas hipóteses não ficam excluídas pela redacção intencionalmente seleccionada pelo legislador.

Nestes últimos casos, a tutela indemnizatória prevista no n.º 4 do artigo 79.º do CCP não é suficiente: esse preceito pressupõe a ocorrência de uma actuação puramente lícita da entidade adjudicante, que desiste de contratar por exigências de interesse público que normalmente são alheias à sua própria conduta. Pode essa tutela exígua ser compatível com erros simples (casos de negligência leve). Mas esse preceito não responde adequadamente à responsabilidade por erros grosseiros: o artigo 22.º da Constituição, que obriga a uma tutela indemnizatória efectiva contra prejuízos causados sobre direitos, liberdades e garantias (o que inclui o direito de propriedade e os demais direitos patrimoniais enquanto direitos de “natureza análoga”), não permite a restrição da tutela indemnizatória à compensação de despesas procedimentais – isto é, de uma mera fracção dos danos sofridos pelos lesados.

Saindo já do alcance do CCP e afastando o regime previsto no n.º 4 do seu artigo 79.º, é pois aqui aplicável a cláusula geral do artigo 9.º do RRCEEP: “*Consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou **infrinjam** regras de ordem técnica ou **deveres objectivos de cuidado** e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos*”. Tal ilicitude é especialmente aplicável no caso de “*acções ou omissões ilícitas, por eles [pelos funcionários ou agentes] cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àquelas a que se encontravam obrigados em razão do cargo*” – cfr. artigo 8.º do RRCEEP.

No caso de erros grosseiros que implicam a perda de todo o investimento que um operador económico mobilizou para participar num procedimento, todos os danos têm de ser indemnizados. Não parece razoável (pelo menos em princípio) sugerir que sejam contabilizados todos os lucros cessantes e o interesse contratual positivo; mas a tutela ressarcitória não se limita aos encargos directamente relacionados com a elaboração da proposta. No mínimo, ela abrangerá o interesse contratual negativo, colocando o concorrente na situação em que se encontrava se não tivesse participado no procedimento – o que, insista-se, no (correcto) entendimento da nossa jurisprudência, abrange tanto os danos emergentes quanto a perda de lucros derivados de outras oportunidades que (comprovadamente) tenham sido perdidas.

De resto, o próprio *leque de participantes* no procedimento que pode ser compensado por via indemnizatória é alargado em tais casos de conduta negligente da entidade adjudicante: ao contrário do caso previsto no n.º 4 do artigo 79.º do CCP, se a entidade adjudicante viola ilicitamente os deveres de cuidado a que estava vinculada, então *qualquer prejuízo* provocado a participantes no procedimento (concorrentes ou não) pode ser indemnizado.

#### 4.4. *Quarto conjunto de hipóteses: casos excepcionais de demora lícita no acto de adjudicação*

22. Justifica-se ainda uma referência a um *quarto cenário* envolvendo o acto de adjudicação, quando este, apesar de efectivamente praticado, surge em momento *atrasado* em face do prazo fixado na lei para a sua aprovação, mas desta vez por motivos lícitos, existindo justa causa da entidade adjudicante para esse atraso.

O artigo 76.º do CCP, ao fixar um dever de adjudicação e ao estabelecer também um prazo para a sua prática, não deixa de prever, no seu n.º 2, uma válvula de escape para casos em que *justificadamente* esse prazo seja ultrapassado. Tal poderia suceder, por exemplo, no caso de impossibilidade temporária de adjudicação por decretamento de providência cautelar ainda antes de praticado o acto de adjudicação ou por decretamento de outras medidas provisórias ao abrigo do novo artigo 103.º-B do CPTA.

Não sendo os concorrentes obrigados a manter as suas propostas além do prazo a que se refere o artigo 65.º do CCP, a hipótese de a adjudicação ser efectivamente praticada além desse prazo implica o direito de recusa do adjudicatário a celebrar o contrato.

Sendo lícita tal recusa, o n.º 3 do artigo 76.º do CCP determina a indemnização pelos encargos incorridos com a elaboração da proposta. Contudo,

a indemnização reduz-se então a tais encargos, não sendo razoável exigir à entidade adjudicante (que não praticou qualquer ilícito) que compense outros danos – e muito menos que tome como referência o interesse contratual positivo –: se o adjudicatário mantém a expectativa de obter os lucros resultantes da execução do contrato, basta-lhe aceitar a adjudicação; mas não pode recusar executar o contrato e simultaneamente beneficiar o património com o valor correspondente aos lucros do contrato que não celebrou.

#### 4.5. *Quinto conjunto de hipóteses: a não outorga do contrato*

23. As tipologias de casos de tutela indemnizatória acima descritas aplicam-se, correspondentemente, quando a omissão lícita ou ilícita da entidade adjudicante ocorre, não a propósito do acto de adjudicação, mas já em momento *pós-adjudicatório*, com o não cumprimento do *dever de celebração do contrato*.

O dever de adjudicação previsto no artigo 76.º do CCP ficaria inutilizado se a entidade adjudicante, embora dando satisfação a esse dever, bloqueasse o procedimento pós-adjudicatório e deixasse de celebrar o contrato. Por isso, o artigo 76.º não tem efectividade enquanto não completado com o dever de outorga do contrato a que se refere o artigo 104.º do mesmo Código. Desde que reduzido o contrato a escrito, a outorga do contrato tem de ocorrer no prazo de 30 dias a contar da data da aceitação da minuta do contrato.

Se esse dever é injustificadamente incumprido, a entidade adjudicante não deixa de praticar uma omissão *ilícita* – o que justifica que o n.º 4 do artigo 105.º do CCP se refira ao recurso a vias judiciais para a sua condenação à celebração do contrato<sup>53</sup>.

Como nos casos anteriores, o adjudicatário não está obrigado a manter a proposta se aquele prazo de 30 dias é ultrapassado; mas, também então, a recusa da celebração do contrato após esse prazo só dá lugar à compensação pelos encargos incorridos com a elaboração da proposta – e, agora, também com a prestação da caução, que naturalmente é devolvida (cfr. n.º 3 do artigo 105.º do CCP) –, sendo injustificável a compensação por lucros cessantes que sempre estariam disponíveis se o adjudicatário aceitasse celebrar o contrato. Por isso, em princípio, uma omissão ilícita da entidade adjudicante na fase pós-adjudicatória não dá lugar a uma indemnização pelo interesse contratual positivo.

Porém, também a realidade física ou jurídica pode levar à consolidação da conduta omissiva ilícita da entidade adjudicante, tornando impossível a execu-

<sup>53</sup> Para desenvolvimento, cfr. MARCO CALDEIRA, “Adjudicação e Exigibilidade Judicial da Celebração do Contrato Administrativo”, in *O Direito*, Ano 140.º, III, 2008.

ção do contrato – e impedindo a tutela directa a que se refere o n.º 4 do artigo 105.º do CCP. Neste caso, é claro que a reconstituição da posição jurídica lesada através de um *sucedâneo pecuniário* obriga, de novo, ao apelo ao conceito de interesse contratual positivo. Se o adjudicatário dispõe do direito juridicamente tutelado (e judicialmente protegido) à celebração de um contrato e à obtenção dos correspondentes lucros derivados da sua execução, mas fica incapacitado de exercer esse direito na sequência de uma omissão ilícita da entidade adjudicante, o seu património deve ser reconstituído em função do valor global que assumiria se o contrato tivesse sido executado (cfr. artigo 9.º do RRCEEEP). O já referido artigo 334.º do CCP, embora previsto para a fase de execução do contrato, contém, também para este caso, um critério útil que pode auxiliar o juiz na determinação da indemnização.

#### 4.6. *Sexto conjunto de hipóteses: o caso típico da adjudicação ilegal*

24. As cinco tipologias de lesões pré-contratuais previamente referidas resumem-se a actos de adjudicação ou actos de outorga de contratos lícita ou ilicitamente omitidos ou, pelo menos, praticados além do prazo legalmente fixado para o efeito. Mas a tipologia mais frequente de lesões pré-contratuais reconduz-se à prática de um acto de adjudicação ilegal. A entidade adjudicante, longe de omitir o acto que formaliza a escolha de uma proposta, pratica esse acto, mas em termos ilícitos – porque identifica erradamente o adjudicatário na sequência de uma equivocada avaliação e ordenação das propostas; porque identifica um adjudicatário cuja proposta (ou candidatura) deveria ter sido excluída; porque exclui do procedimento a proposta que efectivamente merecia a adjudicação; porque o próprio tipo de procedimento adoptado foi indevidamente escolhido; porque as exigências de publicidade não foram correctamente cumpridas...

Evitando a repetição inútil das considerações acima efectuadas, pode aqui remeter-se para o exercício expandido quanto à *segunda tipologia* já identificada (omissão ilícita do acto de adjudicação). É que, também neste caso, um determinado sujeito deixa de ser adjudicatário – ou, se a identidade do adjudicatário não pode ser ainda determinada, pelo menos um conjunto de sujeitos perdem a chance de virem a ser adjudicatários – em resultado de uma conduta da entidade adjudicante desconforme com o Direito – ainda que, desta vez, tal não resulte da simples violação omissiva do dever de adjudicação, mas sim da conclusão ilícita do procedimento com um acto ilegal de adjudicação.

Assim, não obstante ser preferível para o ordenamento jurídico a reconstituição natural da situação conforme ao Direito – pela atribuição da adjudicação

ao concorrente *certo*, quando já é possível a sua identificação; ou pela retoma do procedimento para a sua identificação, quando esta depende de um exercício subjectivo da entidade adjudicante –, a tutela pecuniária será novamente convocada quando tal reconstituição natural seja impossível ou insuficiente<sup>54</sup>.

**25.** Para a determinação do *quantum* indemnizatório, replicam-se os critérios acima apontados: a indemnização pelo interesse contratual positivo é assegurada ao prospectivo adjudicatário nos casos em que o Tribunal pode proceder, por meio de um percurso lógico objectivo, à identificação certa do vencedor do procedimento – o que, por natureza, implica a exclusão da indemnização de todos os demais participantes no procedimento relativamente aos quais é logicamente claro que não podem ser adjudicatários. Em contrapartida, se for impossível proceder a tal reconstituição *certa*, o Tribunal será remetido para a prognose da probabilidade de cada concorrente receber a adjudicação, nos termos supra identificados.

**26.** Porém, no caso de adjudicação ilegal, o ordenamento pode precisar de contemplar também a possibilidade de compensação da lesão surgida, no plano oposto, quando *o próprio adjudicatário ilegalmente escolhido* sofre prejuízos resultantes de uma conduta ilícita da entidade adjudicante. É possível que o adjudicatário, embora invalidamente beneficiado pela entidade adjudicante, tenha começado a executar o contrato ou, pelo menos, tenha incorrido em despesas ou investimentos por crer que sobre si impendia o dever de começar a cumprir as suas obrigações contratuais, vindo, *sem culpa*, a descobrir que o seu contrato já celebrado (ou a sua adjudicação que daria proximamente origem ao contrato) tem de ser anulado, em razão da conduta procedimental inválida da entidade adjudicante.

O artigo 570.º do Código Civil, com um critério replicado pelo artigo 4.º do RRCEEP, permite distinguir as situações em que o Direito impõe *i*) a exclusão total da indemnização, *ii*) a atribuição de uma indemnização superior,

<sup>54</sup> Para a obtenção dessa tutela, a jurisprudência europeia é inequívoca ao dispensar o lesado da demonstração de que existe *culpa* da entidade adjudicante na adjudicação ilegal. Cfr., por todos, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 30-09-2010 (Processo C-314/09 – *Stadt Graz*), n.º 39: “o processo de recurso para a concessão de uma indemnização, previsto no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665, só pode constituir, eventualmente, uma alternativa processual compatível com o princípio da efectividade subjacente ao objectivo da eficácia dos recursos prosseguido pela referida directiva, se a possibilidade de concessão das indemnizações em caso de violação das normas relativas aos contratos públicos não estiver condicionada à prova da culpa da entidade adjudicante”.

no extremo oposto, justificada por prejuízos inteiramente imputáveis à entidade adjudicante ou *iii*) a partilha de prejuízos justificada por uma partilha de responsabilidades pela entidade adjudicante e pelo adjudicatário.

*a*) Admite-se que a adjudicação possa ser declarada inválida exclusivamente porque a entidade adjudicante escolheu uma proposta que padecia de uma causa de exclusão. A anulação do contrato (e, ou, do acto de adjudicação que o antecede) resulta de uma conduta procedimental inválida por parte do próprio adjudicatário. O ordenamento não contempla o ressarcimento por prejuízos que decorrem essencialmente da conduta do lesado.

*b*) Se, pelo contrário, o adjudicatário não contribuiu para a ilegalidade da adjudicação, a qual resulta exclusivamente de um equívoco (doloso ou negligente) da entidade adjudicante, os prejuízos em que já tenha começado a incorrer em razão dos deveres contratuais que crê impenderem sobre si são imputáveis à entidade adjudicante.

Ainda assim, é claro, que, para apuramento do *quantum* indemnizatório, não é aqui razoável o recurso ao conceito de interesse contratual positivo: o adjudicatário não pode ser indemnizado por lucros que nunca deveria ter tido – justamente porque nunca deveria ter sido o adjudicatário. Apelando ao *interesse contratual negativo*, ele tem de ser colocado na mesma condição em que estaria se não tivesse entrado num procedimento que culminou com a assunção de encargos que lhe não podem ser imputáveis. Naturalmente, a essa indemnização são deduzidos os lucros que já tenha recebido pelo início da execução do contrato se esta já tiver entretanto principiado.

*c*) A redução da indemnização decorrente de uma ponderação da culpa conjugada do lesante e do lesado, prevista no artigo 570.º do Código Civil e no artigo 4.º do RRCEEEP, pode, porém, ter aqui também lugar, quando seja demonstrável que a ilegalidade da conduta da entidade adjudicante seria suficientemente detectável para tornar injustificável que o adjudicatário começasse a incorrer em encargos fundados numa suposta expectativa quanto ao dever de iniciar a execução do contrato.

#### **4.7. Sétimo conjunto de hipóteses: a impossibilitação de apresentação de proposta por culpa da entidade adjudicante**

**27.** A circunstância de a entidade adjudicante adoptar o tipo errado de procedimento (*v.g.*, recurso indevido ao procedimento de ajuste directo) ou

desrespeitar regras procedimentais básicas (*v.g.*, fixação de prazo excessivamente curto de apresentação de propostas ou publicação de anúncio deficiente) pode chegar a impossibilitar que interessados em contratar consigam sequer participar no procedimento através da apresentação de uma proposta. A tutela prevista na lei da contratação pública, geralmente reservada para *concorrentes*, ficaria aqui fora do alcance de quem só não apresentou uma declaração negocial vinculativa porque ficou ilícitamente impedido de o fazer.

Tal como nos casos anteriores, o *remédio preferencial* previsto no ordenamento consiste na anulação do procedimento e na condenação da entidade adjudicante à prática de uma nova decisão de contratar, com um novo procedimento em que o lesado pode participar.

Porém, perante um eventual facto consumado que impossibilite essa reconstituição natural, o Tribunal não pode deixar de pesar a chance que um ou mais lesados teriam de vir a obter a adjudicação. Todavia, como a doutrina tem sublinhado, esta prognose é, nesta tipologia específica de lesões pré-contratuais, bem mais delicada, devendo o Tribunal ser mais comedido no reconhecimento de uma pretensão indemnizatória, em virtude do (evidente) facto de se tornar praticamente impossível descortinar quem em todo o mercado poderia estar em condições de concorrer e obter a adjudicação, especialmente em casos em que o leque de actores de mercado é inumerável e a potencial indemnização a arbitrar teria de ser estendida a todos os participantes num inteiro sector de actividade.

Por isso, tem-se entendido que, excepcionalmente, na tipologia de lesões agora em apreço, a pretensão indemnizatória só pode ser reconhecida “quando o lesado demonstre em tribunal que, caso o contrato tivesse sido devidamente anunciado [ou o procedimento devidamente adoptado], ele estaria em condições de competir, por um lado, e a sua prática comercial revela um elevado grau de probabilidade de que ele seria o adjudicatário, por outro lado”<sup>55</sup>.

Este critério deve ser correspondentemente aplicado nos casos de procedimentos dotados de prévia qualificação em que um candidato tenha sido indevidamente excluído na fase de qualificação e tenha por isso ficado impedido de apresentar uma proposta.

<sup>55</sup> Cfr. VERA EIRÓ, *A Obrigação...*, cit., pp. 630-631.

## § 5.º **Regime ressarcitório aplicável a cada tipologia de lesões: hipóteses de lesões contratuais**

### 5.1. **Primeiro conjunto de hipóteses: erro grosseiro impeditivo da eficácia do contrato ou tentativa da entidade adjudicante de impedir a sua entrada em vigor**

28. Já *após* a assinatura do contrato, é possível observar o surgimento de um conjunto de lesões que, embora se *manifestando ou exteriorizando* só então, constituem o mero efeito reflexo de uma conduta ilícita anterior.

Tal sucede, em primeiro lugar, quando o ilícito da entidade adjudicante prejudica a *eficácia* do contrato – *maxime* determinando a recusa de visto pelo Tribunal de Contas. Se o adjudicatário já celebrou o contrato, tendo incorporado na sua esfera jurídica o direito de executar as suas prestações e de receber os correspondentes lucros, a circunstância de o não poder fazer em razão de uma conduta procedimentalmente ilícita da entidade adjudicante deve implicar, em regra, a imputabilidade da frustração desse direito a esta última.

Os critérios indemnizatórios descritos a propósito das tipologias acima consideradas são aqui úteis.

*a)* Pode o visto ser recusado devido a vício precisamente localizado na proposta do adjudicatário – o qual, por isso mesmo, e por sua responsabilidade, nunca deveria ter celebrado o contrato. Nesse cenário, os investimentos por si realizados e as despesas em que haja incorrido não podem ser compensados em benefício do próprio responsável pela ilicitude (cfr., ainda, artigo 570.º do Código Civil e artigo 4.º do RRCEEEP).

*b)* Pode a aferição da causa da recusa do visto – quando já é alheia à responsabilidade do adjudicatário – permitir verificar que a ilegalidade afecta o próprio procedimento como um todo, o qual nunca deveria ter sido encetado (*v.g.*, ajuste directo indevidamente adoptado). Visto que o lesado nunca poderia ter sido adjudicatário – porquanto nem sequer poderia ter existido procedimento onde existisse uma adjudicação –, não é aceitável ressarcir o seu interesse contratual positivo. Porém, sempre admitindo que lhe não cabe a responsabilidade pela ilicitude do procedimento, o interesse contratual negativo é aqui indemnizável: o adjudicatário deve ver restaurada a posição que deveria ter se não tivesse participado no procedimento, porque foi convencido a mobilizar recursos (e, eventualmente, a renunciar a possibilidades de negócios alternativas) em benefício de uma hipótese de negócio que, por culpa da entidade adjudicante, se mostrava afinal meramente ilusória e nunca admitida pelo Direito.

c) Porém, pode a recusa do visto derivar de um erro *grosseiro* da entidade adjudicante, que tem precisamente o efeito de impedir a execução de um contrato que, sem esse erro, não padeceria de qualquer outro vício. Na esfera jurídica do adjudicatário estaria localizada a expectativa justificada de obter os correspondentes lucros à execução do contrato; e essa expectativa só ficou frustrada fruto de um erro da entidade adjudicante.

O artigo 22.º da Constituição *não tolera*, em tal caso, uma indemnização cujo montante seja inferior ao interesse contratual positivo. A interpretação e aplicação de qualquer norma infraconstitucional num *sentido que afaste a compensação do interesse contratual positivo ao adjudicatário lesado pela Administração* – apenas dentro desta terceira sub-hipótese – deve ser rejeitada como **desconforme com a Constituição**, tendo qualquer Tribunal o poder-dever de **rejeitar tal interpretação** (cfr. **artigo 204.º da Constituição**) e de atribuir uma justa indemnização calculada em função do disposto no **n.º 2 do artigo 62.º da Constituição**.

29. O mesmo cenário é aplicável no caso de ser a entidade adjudicante a *tomar a iniciativa* de desistir de obter o visto prévio do Tribunal de Contas e de *retirar o contrato* antes de este obter eficácia: não se inclui nas competências da entidade adjudicante a cessação do procedimento fora dos casos previstos na lei. O contrato, embora ainda não eficaz, é válido, tendo a sua assinatura criado o dever específico, para cada parte, de abstenção de qualquer conduta activa ou omissiva que prejudique a entrada em vigor das obrigações contratuais. Seria juridicamente absurda uma interpretação que, no contexto de um sistema jurídico que obriga a entidade adjudicante a outorgar o contrato e permite ao adjudicatário exigir judicialmente tal outorga no caso de recusa da entidade adjudicante (cfr., ainda, n.º 4 do artigo 105.º do CCP), cresse ingenuamente, porém, que a tutela do co-contratante estaria assegurada logo que o contrato se mostrasse assinado, deixando desprotegido o interesse contratual do privado a partir de então e mantendo-o indefeso contra a ablação dos seus direitos contratuais.

Dito de outro modo: o legislador, *i*) reconhecendo a obrigação constitucional de assegurar as posições subjectivas de todos os administrados que, relacionando-se com a Administração contratante, já tenham criado expectativas consolidadas de tipo contratual ou pré-contratual, não permite que a entidade adjudicante se desvincule livremente do procedimento, antes lhe impondo um dever de adjudicação; *ii*) depois disso, por maioria de razão, quando já tenha sido praticado o acto de adjudicação, menos ainda permite à entidade adjudicante recusar-se a outorgar o contrato, permitindo ao adjudicatário obter a condenação judicial que assegure tal outorga; *iii*) finalmente, quando o contrato esteja em vigor, condiciona fortemente a desvinculação do contrato, apenas

a permitindo (salvo em caso de incumprimento do co-contratante) por forte motivo de interesse público, e sempre mediante uma “justa indemnização” que assegure que o contraente privado ficará em posição tão vantajosa quanto estaria se tivesse executado integralmente o contrato. Porém, *iv*) segundo a leitura interpretativa que propugna a livre desvinculação da entidade adjudicante durante a fase integrativa da eficácia do contrato, o legislador teria deixado uma *lacuna temporal* entre os três primeiros momentos, permitindo que a entidade adjudicante, durante o intervalo em que aguarda a concessão do visto, tomasse a iniciativa de retirar o contrato antes da sua entrada em vigor, sabotando todo o percurso vinculativo a que estivera sujeita antes e continuaria sujeita depois. Paradoxalmente, o adjudicatário estaria mais protegido antes de ter assinado o contrato – ou, quando é ainda a minuta do contrato que é submetida a visto, antes de tal minuta estar aprovada –, porque disporia então de meios judiciais para forçar a entidade adjudicante à sua outorga; mas ficaria *desprotegido* quando finalmente houvesse conseguido obter a assinatura do contrato pela entidade adjudicante – ou pelo menos a aprovação da minuta submetida a visto –, porque, agora sim, quando o procedimento finalmente avançara, assistiria afinal à entidade adjudicante o poder de escapar de todas as vinculações a que estivera submetida antes, bastando-lhe para tanto abster-se de submeter o contrato ou a sua minuta à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Nenhuma interpretação coerente das normas vigentes no nosso ordenamento poderia justificar tal entendimento. Os concorrentes, primeiro, e o adjudicatário e o co-contratante, depois, dispõem transversalmente de meios eficazes para assegurar o cumprimento de cada obrigação procedimental ou contratual da entidade adjudicante, independentemente da fase em que esta se encontre. E em cada momento assistir-lhes-á o direito de obter – judicialmente se necessário – a adjudicação, a outorga do contrato ou a condenação à adopção ou à abstenção de quaisquer comportamentos necessários para a plena entrada em vigor do contrato. No limite, as hipóteses processuais previstas nas alíneas *h*) a *j*) do n.º 1 do artigo 37.º do CPTA cobrirão todas as necessidades de reacção judicial do adjudicatário ou co-contratante.

Naturalmente, tal entendimento mantém-se ainda que a desistência da entidade adjudicante seja sancionada por acto sob forma legislativa: a forma do acto lesivo não altera o alcance vinculativo do disposto nos artigos 22.º e 62.º da Constituição perante a conduta de um poder constituído<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Aliás, esse recurso a uma conduta unilateral e autoritária do Poder público, sob forma legislativa, pode acarretar um outro vício que chega até a prejudicar a discussão sobre a violação dos artigos 22.º e 62.º da Constituição. Num caso em que se colocaram problemas jurídicos semelhantes, o Tribunal Constitucional discutiu se a Assembleia da República poderia, através do recurso a um

E, como em todos os casos apreciados anteriormente, se acaso ocorrer um facto consumado que impeça o Tribunal, no contexto do dever de reconstituição natural, de ordenar o cumprimento das prestações contratuais, a indemnização (o substituto pecuniário, reservado *apenas* para os casos em que a entidade adjudicante *demonstre não ser possível* a reconstituição natural, cumprindo o ónus da prova que sobre ela impende) é igualmente apurada em razão do interesse contratual positivo do adjudicatário.

Nem mesmo a hipótese de prolação de uma pronúncia pelo Tribunal Constitucional que, no contexto de uma fiscalização abstracta da constitucionalidade, invoque um interesse público de excepcional relevo para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (cfr. artigo 282.º, n.º 4, da Constituição) dispensa os Tribunais comuns do *poder-dever de desaplicar – em todo e qualquer caso, sem exceções – a norma inconstitucional*, em qualquer caso concreto em que a sua aplicação fosse cogitada. Aos processos de fiscalização concreta não é aplicável o disposto no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição, pelo que o seu artigo 204.º se sobrepõe sempre nos processos que correm nos Tribunais comuns, sujeitos ao poder-dever de desaplicar normas inconstitucionais<sup>57</sup>.

acto sob forma legislativa, proceder à ablação de posições jurídicas de um contraente privado na sequência da celebração de um contrato de concessão, em virtude da mera mudança de prioridades ou estratégias de orientação política – discutindo-se, pois, na prática, se o mero recurso à forma legislativa permitiria ao Estado inutilizar um contrato que, à partida, o contraente público teria de ter respeitado integralmente se apenas usasse formas de actuação administrativa. O Tribunal Constitucional não chegou sequer a apreciar a afectação da propriedade privada daí resultante: é que, antes disso, considerou imediatamente *inconstitucional* o acto legislativo em apreço por violação do *princípio da tutela da confiança legítima* que o Estado tinha formado no seu co-contratante com a sua conduta procedimental anterior, tendo concluído um negócio jurídico sem dar qualquer razão *jurídica* à contra-parte que justificasse a sua posterior desvinculação dos compromissos contratuais em razão de uma mera mudança *política* – cfr. Acórdão n.º 202/2014 (Processo 851/11 – MARIA JOÃO ANTUNES). É evidente que a mesma doutrina será aplicável a um caso em que o Estado, criando no seu co-contratante a expectativa certa de que cumprirá as suas obrigações contratuais e assegurará o seu direito aos lucros, violenta tal expectativa por adoptar uma conduta activa ou omissiva que impeça tal contrato de chegar sequer a entrar em vigor.

<sup>57</sup> Para desenvolvimento, com referência aos debates constituintes que levaram o legislador constituinte a proibir o exercício do poder de restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em processos de fiscalização concreta, cfr. PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A Não Vinculação do Juiz Comum às Decisões do Tribunal Constitucional sobre a Restrição de Efeitos de Declarações de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral (a propósito do Acórdão do STA de 20 de Novembro de 2014)”, in *O Direito*, Ano 147.º, n.º 2, 2015. Nesse quadro, um eventual entendimento jurisprudencial que auto-limitasse os Tribunais comuns no exercício do poder-dever de desaplicar normas inconstitucionais, obrigando-os a respeitar a decisão de restrição de efeitos que o Tribunal Constitucional houvesse emitido num processo de fiscalização abstracta – mesmo

**30.** Confrontada perante a necessidade de tutelar a posição do adjudicatário que já celebrou o contrato mas que ainda aguarda a concessão do visto, a nossa jurisprudência já se equivocou, num cenário bem ilustrativo, quando apreciou um caso em que a entidade adjudicante cometeu um erro indesculpável na contagem do prazo de apresentação das propostas, praticando um facto ilícito, a título de negligência grosseira (artigo 8.º do RRCEEP), que constituiu o único obstáculo à eficácia do contrato e à concessão do visto pelo Tribunal de Contas. Porém, no entendimento do Supremo Tribunal Administrativo, “assente que os danos indemnizáveis são os resultantes da celebração do contrato ineficaz, o autor deve ser ressarcido por forma a que o seu património fique equivalente ao que se encontraria se *não* tivesse celebrado o contrato”, para tanto invocando o critério indemnizatório presente no artigo 227.º do Código Civil<sup>58</sup>.

Ora, o equívoco nesse apelo ao Direito Civil como fundamento de limitação da indemnização resulta, desde logo, do facto de se omitir que, mesmo no Direito Privado – onde não há em geral um “dever de adjudicação” –, aquele artigo 227.º só permite a limitação da indemnização nas fases iniciais da negociação. Se subsiste já uma vinculação contratual específica, a indemnização pelo interesse contratual positivo é inevitável.

De resto, foi o próprio Supremo Tribunal de Justiça que já esclareceu as limitações ao recurso ao artigo 227.º observadas também no contexto jusprivatístico: “A indemnização por culpa *in contrahendo* limita-se, em princípio, à do interesse contratual negativo, ou interesse de confiança, da outra parte, destinando-se a colocá-la na situação em que se encontraria se o negócio não tivesse sido efectuado. *Quando, porém, com o encontro de proposta e aceitação, já [foi]*

sob pretexto de respeito pelo princípio do caso julgado que aqui não é aplicável – concretizaria uma drástica modificação do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, que jamais concebeu tal hipótese de ablação de competências jurisdicionais. No entender da doutrina especializada, uma decisão (formalmente) jurisdicional que concretize uma *modificação-revisão de normas constitucionais*, à margem de qualquer autorização do legislador constituinte, vem sendo qualificada como **sentença de revisão constitucional**, a qual, obviamente, por constituir o mais grave exemplo do vício de usurpação de poderes (por se tratar de uma *usurpação do poder constituinte*), estaria ferida de *inexistência jurídica* – por não poder ser reconhecida a sua existência como acto da função jurisdicional –, não produzindo qualquer efeito, nem mesmo com o decurso do tempo (ao contrário do que sucede com o vício da nulidade), não lhe sendo devida obediência por qualquer entidade pública ou privada, em virtude de não consubstanciar um verdadeiro acto jurisdicional que beneficie da prerrogativa prevista no n.º 2 do artigo 205.º da Constituição. Sobre o desvalor aplicável às “sentenças de revisão constitucional”, v. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, 2.ª ed., II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 422.

<sup>58</sup> Cfr. Acórdão cit. de 23-09-2003.

*conseguido acordo, tendo a própria fase decisória da negociação chegado já a bom termo e faltando apenas formalizar o contrato, só não formalmente concluído e só nessa medida imperfeito, é de considerar já existente autêntico dever de conclusão, e dever, por isso, ser indenizado o interesse contratual positivo ou interesse do cumprimento*<sup>59</sup>.

Ora, se, naturalmente, os procedimentos de contratação pública são caracterizados por uma vinculação antecipada, tal torna impossível, por maioria de razão no Direito Administrativo, a redução da tutela indenizatória ao interesse contratual negativo.

Porém, mesmo abstraindo do equívoco na interpretação desse artigo 227.º, tal entendimento sempre comportaria uma violação do artigo 3.º do RRCEEP – e, em consequência, do artigo 22.º da Constituição, que aquele normativo concretizou –: insista-se que “*quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*”. Se o adjudicatário dispunha de um direito à execução de um contrato já celebrado, que resultaria na obtenção de um determinado lucro, sendo perturbado por uma conduta ilícita da Administração, a esta cabe reparar os danos por meio da reconstituição da situação que existiria se se não tivesse verificado o evento ilícito – situação que consistiria na execução do contrato e na obtenção dos correspondentes lucros.

Meritoriamente, a jurisprudência administrativa já encetou o percurso para inverter esse equívoco. Uma clara iniciativa nesse sentido foi tomada pelo já referido Acórdão do TCA Norte de 16-09-2011, que, depois de assumir a presença de uma jurisprudência contrária, não se coibiu em *rejeitá-la*, objectando que “*mesmo a doutrina [...] e jurisprudência (civilística) [...] vêm evoluindo no sentido de que a medida do dano no âmbito da responsabilidade civil pré-contratual, estando ela sujeita às regras gerais da responsabilidade civil, deverá em certas situações comportar não apenas a indemnização do interesse contratual negativo mas também do interesse contratual positivo, cabendo na reparação indenizatória os danos emergentes e os lucros cessantes*”. Socorrendo-se das palavras de Paulo Mota Pinto, o Tribunal concluiu que, quando “*o lesado [é] detentor da tal «posição de resultado garantido»*”, “*deve o mesmo «... ter direito a uma indemnização correspondente ao interesse contratual positivo por aplicação das regras gerais ...», indemnização essa que «... incluirá ... o que o lesado teria lucrado com essa celebração*”.

Pelo acima exposto, a obediência ao artigo 62.º da Constituição não estará assegurada com uma tutela ressarcitória menos exigente do que esta.

<sup>59</sup> Cfr. Acórdão de 26-01-2006 (Processo 05B4063).

## 5.2. *Segundo conjunto de hipóteses: redução do objecto do contrato por erro procedimental anterior da entidade adjudicante*

**31.** Num paralelo com a situação anterior, é observável uma segunda tipologia de lesões que também somente se manifesta durante a vida do contrato embora emerja de vícios procedimentais anteriores.

O (*sub*)procedimento complexo dentro do procedimento pré-contratual, destinado ao suprimento de *erros e omissões* do caderno de encargos, que permite identificar de antemão as patologias das peças do procedimento e assim evitar que elas contaminem o contrato, determina a imputação exclusiva de responsabilidades à entidade adjudicante ou ao adjudicatário ou a partilha de responsabilidade entre ambos, consoante a diligência mostrada pelo adjudicatário quanto à prévia identificação dos erros ou omissões ou, até, consoante o carácter detectável ou indetectável de tais erros e omissões durante a fase pré-contratual (cfr. artigos 61.º e 378.º do CCP). Em qualquer caso, é claro que, na maior parte das hipóteses, a entidade adjudicante há-de assumir pelo menos uma parte da responsabilidade pelo suprimento de erros e omissões. Mas essa responsabilidade não é ilimitada: os n.ºs 3 e 4 do artigo 376.º fixam-lhe limites quantitativos – agora mais apertados do que na versão original do CCP – que a impedem de exceder o preço contratual em mais de 5% ou de 10%, consoante os casos, no pagamento das prestações de suprimento dos erros ou omissões.

Admitindo, porém, que a dimensão ou a gravidade dos erros ou omissões podem prejudicar o desenvolvimento do contrato e que podem, por isso, reclamar mesmo o seu suprimento imediato, o n.º 9 do artigo 376.º do CCP, como não poderia deixar de ser, obriga a entidade adjudicante a adoptar um novo procedimento pré-contratual segundo as regras gerais da Parte II do Código – o qual pode, naturalmente, consistir num procedimento de perfil concorrencial, dando origem à adjudicação a um novo operador económico.

Abstraindo dos casos em que possa ser aplicável a alínea *e*) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, justificando a contratação do mesmo adjudicatário por ajuste directo, a aplicação da regra geral de tipo concorrencial implicará a provável convivência de dois adjudicatários na execução de prestações contíguas.

Essa ocorrência dará lugar a dois cenários distintos.

*a)* É possível proceder à supressão de certos trabalhos do contrato inicial, os quais, viciados por erros ou omissões e carentes de serem executados no contexto de um novo contrato, fazem desencadear a aplicação do disposto nos artigos 380.º e 381.º do CCP, que já contemplam um regime de inutilização de trabalhos já executados e um regime indemnizatório pela redução do preço contratual.

Porém, pelas razões previamente elencadas, se os erros ou omissões que levaram à inutilização dos trabalhos são grosseiros – pelo menos por culpa grave da entidade adjudicante (cf. artigo 8.º do RRCEEEP) –, é difícil aceitar que o artigo 22.º da Constituição seja inteiramente respeitado por um regime indemnizatório que se limita a uma *compensação de uma fracção dos prejuízos*, sem abranger todos os benefícios patrimoniais que o adjudicatário deixou de obter. O ressarcimento do lesado não pode corresponder apenas a *10% do valor* da diferença verificada em razão da conduta negligente da entidade adjudicante (cfr. artigo 381.º do CCP).

De resto, o problema na aplicação dessa norma ao caso em apreço não resulta sequer de um equívoco do legislador: esse artigo 381.º ficou pensado para a resposta a casos típicos de verificação de trabalhos a menos, que não emergem de erros da entidade adjudicante e que unicamente respondem ao dever de gestão do interesse público na execução de um contrato administrativo. Se, pelo contrário, a lei precisa de responder à compensação por casos de conduta ilícita (negligência grosseira) da entidade adjudicante, o intérprete não é chamado a aplicar o artigo 381.º do CCP, mas sim os artigos 3.º e 8.º do RRCVEEP. Admite-se, isso sim, a convocação do artigo 4.º do mesmo diploma, diminuindo o montante da indemnização em virtude do concurso da culpa do lesado, no caso de um erro que fosse detectável pelos concorrentes na fase pré-contratual.

**b)** Um cenário mais grave emerge quando a dimensão dos erros ou omissões é suficientemente grave para inviabilizar a própria continuidade da execução do contrato. Porém, verifica-se então a ocorrência de uma hipótese de *resolução* do contrato que é, por isso, já enquadrável num caso típico distinto, o qual cumpre abordar agora.

### 5.3. *Terceiro conjunto de hipóteses: resolução do contrato por motivos de interesse público*

**32.** Os artigos 334.º e 335.º do CCP, ao assegurarem uma tutela agravada para o contraente privado afectado por uma cessação antecipada do contrato por motivos de interesse público, resumem-se a dar cumprimento ao mandato decorrente do artigo 62.º da Constituição: essa cessação, se não resulta de uma sanção por incumprimento (artigo 333.º), antes sendo justificada por um superior interesse da colectividade, consiste numa ablação de um direito patrimonial privado – o direito, já juridicamente garantido, de executar o contrato até ao seu final e de obter os correspondentes lucros. Como acima se disse, aquele

artigo 62.º, no seu n.º 2, embora permita a ablação de direitos por motivos de interesse público, contém uma garantia de valor: o património global, ainda que por via pecuniária (por meio de um sucedâneo), tem de ser restaurado ao valor prévio à ablação. Daí o conceito de “justa indemnização”.

O artigo 334.º do CCP procede à correcta densificação do conceito de “justa indemnização”, segundo o critério já enunciado: abrange os danos emergentes e os lucros cessantes, embora determine a dedução dos ganhos com a antecipação do pagamento dos lucros. No fundo, esta garantia do interesse contratual positivo colocará o lesado no mesmo estado (positivo) em que se encontraria se não tivesse sofrido a lesão, restaurando a posição vantajosa que detinha até que sofreu a ablação.

#### 5.4. *Quarto conjunto de hipóteses: cenários de modificação contratual por reequilíbrio financeiro, alteração de circunstâncias ou fait du prince*

**33.** Por fim, a tutela do co-contratante perante *vicissitudes (não extintivas)* que afectam a vigência do contrato obriga a um complexo juízo de diferenciação de distintas obrigações indemnizatórias a cargo da Administração. Com efeito, tais vicissitudes podem derivar de uma modificação devida ou imputável ao próprio contraente público ou, pelo contrário, a factos objectivos, alheios às partes. É certo que, também nesta última hipótese, a lei pode até chegar a ordenar ao contratante público que socorra o seu co-contratante para que ele não suporte prejuízos excessivos e consiga executar o contrato até ao seu final; mas, se tal for imposto por lei, esse *auxílio* só é justificado pela salvaguarda do interesse público envolvido na continuidade do contrato e pelas exigências de boa fé quanto à não assunção de riscos excessivos pelo privado, e não por qualquer responsabilidade da Administração – razão pela qual o montante da compensação prevista varia drasticamente, devendo aqui ser muito diminuído. O contraente público não pode assumir a mesma responsabilidade consoante tenha ou não dado causa ao desequilíbrio das posições contratuais.

Por isso, seria profundamente lesivo do interesse público da colectividade exigir indistintamente da Administração um perfeito reequilíbrio financeiro do contrato, sem distinguir entre os diferentes cenários que podem justificar tal dever de reequilíbrio ou, pelo contrário, negá-lo por considerá-lo sem justificação.

*a)* O primeiro cenário de tutela do contraente privado justifica-se como resposta ao poder típico de modificação unilateral das prestações de um contrato administrativo: a resposta do ordenamento a esta modificação unilateral

consiste no correspondente dever de *reposição do equilíbrio financeiro do contrato* (n.º 1 do artigo 314.º do CCP).

É esta ideia de **reposição** que permite explicar o critério para o *quantum* da compensação a atribuir ao contraente privado: se o ordenamento exige que o equilíbrio inicial seja verdadeiramente *restaurado*, tal dever não está cumprido com uma mera compensação de certos prejuízos do co-contratante que concretize uma *partilha* dos danos infligidos na sua esfera jurídica. Mais do que “indemnizar”, a Administração “restabelece um equilíbrio determinado que se obrigara a manter”<sup>60</sup>. Noutros termos: não basta então a simples indemnização destinada a salvar da hipotética ruína o co-contratante afectado por circunstâncias extremas e a *amenizar* as consequências dos eventos supervenientes; antes, *restaura-se rigorosamente* um equilíbrio que a Administração inicialmente aceitou respeitar e cuja subsistência foi colocada em risco pela sua intervenção unilateral e autoritária. Para que surja na esfera da Administração o dever de repor o equilíbrio financeiro do contrato, não há que demonstrar o perigo de ruína do seu parceiro nem, sequer, que alegar que ele foi sujeito a um sacrifício excessivo; basta confirmar que a modificação ficou além do aceitável à luz da justiça interna do contrato. Logo, diz-se que a compensação não tem natureza indemnizatória porque se não *mitigam* os desvios sofridos pela equação inicial; simplesmente se impõe a transferência patrimonial que *recomponha integralmente* a posição do co-contratante, recuperando a “proporção entre sacrifícios e benefícios” que foi acordada<sup>61</sup>.

Este critério ressarcitório está hoje plasmado no artigo 282.º do CCP, com concretização no artigo 354.º no tocante aos contratos de empreitada<sup>62</sup>.

**b)** Em contraste, o esforço financeiro exigido ao contraente público é muito menos exigente quando ele deriva da aplicação da *Teoria da Imprevisão* – tornando gravemente equivocada a ideia de invocar nesse plano o instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

A regra *pacta sunt servanda* é afastada, por exigências próprias da boa fé, quando o essencial das representações em que as partes fundaram a decisão de contratar é alterado. O instituto da alteração das circunstâncias é aqui chamado

<sup>60</sup> Cfr. MELO MACHADO, *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra, 1937, p. 270.

<sup>61</sup> Cfr. AUGUSTO DE ATHAYDE, “Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de modificação Unilateral da Administração”, in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Ática, Lisboa, 1973, pp. 93-95.

<sup>62</sup> Com grande desenvolvimento, cfr. LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 531 e segs..

pela *clausula rebus sic stantibus*. Mas essa cláusula, de origem civilística<sup>63</sup>, não pode ser livremente aplicada no Direito Administrativo: a verdade é que o ordenamento privado não considera especialmente problemático que a parte afectada por uma alteração das circunstâncias, em nome da boa fé e do investimento de confiança que realizou, requeira a *pura desvinculação* da obrigação jurídica a que se comprometeu. Por isso o artigo 437.º do Código Civil constitui a alteração das circunstâncias em fundamento para a resolução do contrato, sem prejuízo de admitir que a contraparte opte por requerer a simples modificação contratual se tal for ainda possível de acordo com a equidade.

Não obstante esta solução não ter sido totalmente excluída pela alínea *a*) do artigo 332.º do CCP – mas sempre sujeita a importantes restrições pelo n.º 2 do mesmo artigo –, ela nem sempre é concebível na generalidade dos contratos administrativos de duração continuada<sup>64</sup>: se o contraente privado assumiu a responsabilidade de satisfazer uma necessidade relevante para a colectividade, a simples hipótese de permitir a sua desvinculação pode revelar-se catastrófica para o interesse público – e isto independentemente de quão convincentes sejam as circunstâncias supervenientes invocadas.

Ora, se a mera *desvinculação* do privado não pode em princípio ser admitida, tão-pouco pode, de outro lado, a *manutenção rígida* das condições contratuais ser autorizada: se fosse exigida ao co-contratante a execução do contrato em condições ruinosas, o simples facto de a sua sustentabilidade ficar em crise acabaria a incapacitar o privado de prosseguir o exercício das tarefas de interesse público de que foi incumbido – pelo que, de uma forma ou de outra, a satisfação das necessidades da colectividade seria interrompida.

A solução oferecida pelo ordenamento, inspirada pela jurisprudência formada pelo Conselho de Estado francês desde há 100 anos, consiste na ponderação harmónica entre os interesses públicos e privados em presença, *i*) impondo a vinculação do contraente privado à *preservação da relação contratual*, *ii*) mas forçando a Administração à *partilha dos prejuízos* que aquele sofreu: se é a Administração a principal interessada na subsistência de um contrato do qual o privado se pretende desvincular, a ela cabe ir em seu socorro, *incorporando no erário*

<sup>63</sup> Para recensão aprofundada, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2001 (reimp.), pp. 941 e segs..

<sup>64</sup> Cfr. JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1978, pp. 148 e segs.; SÉRVULO CORREIA/LINO TORGAL/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Alteração de Circunstâncias...”, cit., pp. 169-170.

público parte dos seus danos e indemnizando-o por “*imprevisão*” das circunstâncias que conduziram à alteração das representações iniciais das partes<sup>65</sup>.

Assim, num claro contraste com o instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, a indemnização pela ocorrência de um caso imprevisto determina a aplicação de um *regime distinto* de transferência patrimonial em benefício do lesado e de apuramento do respectivo *montante*. Não se trata agora da recuperação rigorosa e integral da equação económico-financeira inicial do contrato; a atribuição patrimonial ao particular não visa colocá-lo na precisa situação em que se encontrava antes<sup>66</sup>. A Administração não é aqui responsável por impor – de modo intencional ou até não intencional – uma alteração das prestações previstas no contrato, um incremento do grau de exigência na forma da sua execução ou um agravamento da sua quantidade que causasse uma diminuição de receitas ou um aumento de custos. Não lhe cabe então a responsabilidade pela perda do equilíbrio contratual. Sendo chamada a indemnizar somente porque o seu parceiro foi surpreendido por uma alteração imprevista das representações em que fundou a sua decisão de contratar, a Administração será responsável na estrita medida em que se requer a continuidade da prestação do serviço público, evitando a ruína que possivelmente se precipitaria se o co-contratante continuasse a ser chamado a executar o contrato em termos imutáveis.

Portanto, no contexto da Teoria da Imprevisão, a Administração *auxiliará* o co-contratante; mas não *suportará em exclusivo* os efeitos da imprevisão. Será chamada somente quando se verifique que a imprevisão produziu efeitos tão drásticos que coloca o particular em dificuldades económicas sérias para concluir a empresa a que se comprometeu ou, no mínimo, atenta contra as exigências básicas da boa fé quanto à distribuição dos riscos do contrato, sendo chocante para a justiça do contrato a manutenção da sua rigidez; e o auxílio que a Administração prestará reduzir-se-á ao estritamente necessário para – “*segundo juízos de equidade*” – *amenizar* essas dificuldades e *tornar comportável a continuidade da prestação* em benefício do interesse público. É essa a fórmula hoje acolhida no n.º 2 do artigo 314.º do CCP.

c) Por fim, pode mostrar-se necessário recorrer a um paradigma indemnizatório intermédio nos casos em que a Administração usa a posição multifacetada da pessoa colectiva Estado onde se integra – ou com a qual intimamente se relaciona, se o contraente público não for o Estado – para, intencionalmente ou

<sup>65</sup> Cfr. JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, cit., p. 150; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., 9.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2007, p. 628.

<sup>66</sup> Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 1980, p. 712.

não, modificar de modo colateral as prestações contratuais a que o seu co-contratante se vinculou ou o grau de exigência e as condições do seu exercício.

Nesse caso, o contraente público pode obter efeitos semelhantes aos que produziria através de uma modificação unilateral do contrato, mas sem que o seu acto seja formalmente qualificado como tal; por sua vez, é igualmente seguro que o mesmo acto não pode ser associado ao instituto da alteração de circunstâncias, porquanto este, por definição, pressupõe uma ocorrência alheia a qualquer das partes e fora do seu controlo, o que se não verifica quando o próprio Poder público, numa das suas manifestações, dá origem a um impacto sobre o contrato<sup>67</sup>.

A Teoria do *Fait du Prince* responde às necessidades de disciplina destes casos intermédios, obrigando a aplicar *um dos dois regimes* acima identificados – o da restauração total do equilíbrio inicial ou o da mera partilha parcial de prejuízos – consoante o tipo de modificação produzida.

Por um lado, a justiça material do contrato impõe uma restauração rigorosa e integral da sua equação económica, deixando o particular nos precisos termos em que se encontrava antes do evento superveniente, *apenas* nos casos em que o Poder pretendeu impor, mesmo que por via indirecta, uma modificação das prestações requeridas ao co-contratante semelhante à que ocorreria por meio de uma pura modificação unilateral do contrato. Isto é, o mesmo regime da reposição do equilíbrio financeiro continuará a ser aplicado quando o Poder público, embora indirectamente, consegue operar uma modificação do contrato, por usar um acto político, legislativo, regulamentar ou não normativo que altera *as prestações* exigidas ao co-contratante ou as exigências que concernem ao seu *modo de execução*.

Já se não estiver demonstrado que o Poder público impôs consciente ou inconscientemente uma via indirecta de modificação das prestações contratuais, então o ordenamento apenas exigirá uma compensação que transfira parcialmente os danos sofridos pelo particular para o erário público, na estrita medida em que o socorro público seja necessário para evitar um sacrifício drástico da posição do co-contratante<sup>68</sup>.

Em suma, no contexto da Teoria do *Fait du Prince*, o contraente público há-de ser responsável pela reposição do equilíbrio financeiro do contrato

<sup>67</sup> Cfr. LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp. 115-116; MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, 2.ª ed., Dom Quixote, Lisboa, 2009, p. 421.

<sup>68</sup> Com especial rigor nesta distinção, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, cit., pp. 708-709 e 713.

somente quando, embora por meio de uma manifestação extracontratual, o Poder haja usado um dos instrumentos jurídico-públicos à sua disposição para, de modo intencional ou não, *obter a mesma utilidade que poderia ter obtido por meio do exercício dos poderes típicos de modificação unilateral do contrato*, isto é, exercer os poderes de “*modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público*” [cfr. alínea c) do artigo 302.º do CCP].



## *O estado de necessidade econômico-financeiro e o impacto sobre os direitos fundamentais*

DOUTOR OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO\*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A ideia de estado de exceção. 3. A conexão entre ditadura e exceção constitucional: 3.1. A ditadura romana; 3.2. O sentido da ditadura comissária de Carl Schmitt. 4. Os sistemas de controle de crise: 4.1. A lei marcial e o estado de sítio; 4.2. O estado de exceção econômico-financeiro na primeira metade do século XX. 5. As crises do Estado: 5.1. Crise estrutural: 5.1.1. O Estado do Bem-Estar (*Welfare State*); 5.2. Crise constitucional (institucional); 5.3. Crise funcional; 5.4. Crise política e da representação. 6. Estado de necessidade (ou estado de exceção) econômico-financeiro: sentido e as experiências brasileira e portuguesa. 7. O risco da exceção permanente. 8. O estado de sítio econômico na Constituição e o impacto sobre os direitos fundamentais. 9. Direitos sociais, igualdade e justiça social. 10. Conclusão.

RESUMO: Este trabalho versa sobre o instituto do estado de exceção ou comumente chamado de estado de necessidade ao examinar o pensamento do jusfilósofo alemão Carl Schmitt em sede da teoria constitucional. Além disso, objetiva-se elucidar as ideias alinhavadas nos escritos do filósofo italiano Giorgio Agamben para, em seguida, estabelecer os contornos específicos referentes ao estado de exceção ao se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea no alcance de um contexto fático de normalidade econômico-financeira e, ao final, refletir acerca da previsão de uma hipótese de exceção econômica nas Constituições brasileira e portuguesa e o seu impacto sobre os direitos fundamentais, designadamente dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVES: Estado de exceção. Carl Schmitt. Crise. Estado de necessidade econômico-financeiro. Direitos fundamentais.

\* Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa, Mestre em Direito pela PUC/Goiás, Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito no Brasil.

**ABSTRACT:** This work deals with the institute of the state of exception or commonly called a state of necessity to examine the thought of Carl Schmitt philosopher German headquarters in constitutional theory. Moreover, the objective is to elucidate the ideas tacked on the writings of Italian philosopher Giorgio Agamben to then establish the specific contours of state of exception to present itself as the dominant paradigm of government in contemporary politics in reaching a factual context of normal economic and financial situation and, finally, reflect on the forecasting an economic hypothesis that the exception in the Brazilian and Portuguese Constitutions and their impact on fundamental rights, including social rights.

**KEYWORDS:** State of exception. Carl Schmitt. Crisis. State of necessity economic and financial. Fundamental rights.

## 1. Introdução

A escolha deste tema prende-se com a necessidade de entender a teoria do estado de exceção (ou estado de necessidade) em consonância com o pensamento de Carl Schmitt para, ao final, apontar alguns parâmetros normativos de atuação do poder público perante uma situação de estado de necessidade econômico-financeiro ao refletir se caberia ou não a instituição de um *estado de sítio econômico* nas constituições brasileira e portuguesa.

A proposta deste trabalho possui como premissa de que graves crises econômicas podem representar uma verdadeira ameaça à estabilidade democrática. Assim, cogita-se verificar a conveniência da instituição de uma exceção econômica no âmbito do sistema constitucional de crises. Impende alinhar como um Estado Democrático e Social de Direito poderia enfrentar as ameaças econômico-financeiras sem ignorar as suas características essenciais não enfraquecendo ou degradando os direitos fundamentais, nomeadamente os direitos sociais ao resguardar o valor fundante de toda a ordem democrática daquele Estado e elemento de unidade valorativa de todo o sistema de direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana.

Esboçadas as ideias fundamentais sobre o estado de exceção, elucidar-se-á acerca da conexão entre ditadura e exceção constitucional e, em seguida, far-se-á uma breve análise dos principais sistemas constitucionais de controle de crises ao se reportar aos paradigmas inglês (lei marcial) e francês (estado de sítio), complementando-se com um resumo da experiência histórica da primeira metade do século XX. O recorte temporal justifica-se porque tal período constitui grande contributo sobre a aplicação dos poderes emergenciais. Após, expender-se-á acerca das crises do atual Estado contemporâneo e, após, será

examinado sobre o sentido de *estado de necessidade econômico-financeiro* a fim de examinar o regime jurídico do estado de necessidade ou estado de exceção consagrado nos ordenamentos jurídicos brasileiro e portugueses.

Em seguida, como necessário contraponto, apresentam-se as preocupações de Giorgio Agamben (estado de exceção como paradigma de governo) e de Gilberto Bercovici (estado de exceção econômico permanente na periferia do capitalismo) ao anotar o risco da banalização do uso dos poderes de crise com a consequente falência do princípio democrático. Além disso, ponderar-se-á quanto à viabilidade ou não da constitucionalização de um *estado de sítio econômico*, na expressão sugerida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e, ao final, será exposta alguma reflexão quanto à interconexão entre direitos sociais, igualdade e justiça social, pois mesmo em situação de crise econômico-financeira, o Estado deve salvaguardar os direitos sociais mediante uma política de proteção social a fim de evitar que tais direitos se submetam a resultados injustos da economia de mercado que venha degradar as condições para uma existência condigna. Percebe-se que o tema com todos os seus desdobramentos é polêmico quando se cuida da própria sobrevivência do atual Estado Social revelado em crise.

Em desfecho a este ensaio, serão esboçadas as conclusões que sintetizarão as ideias expendidas ao longo de toda a investigação, sem a menor pretensão de esgotar o tema.

Optou-se desenvolver este estudo em seções e subseções para a melhor apreensão de cada tópico entre si interconectado ao ter uma visão panorâmica de todo o conjunto textual.

Feito esse enquadramento, o presente ensaio tem origem na investigação no curso de aprofundamento conducente ao Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito da disciplina regida pelo Professor Doutor Jorge Miranda, no ano letivo 2011/2012; compreendem-se certas de suas peculiaridades, mormente sua dimensão, o tratamento sintético de certos aspectos, porém são compensadas com amplas incursões na doutrina portuguesa, bem como na brasileira, e pelo recurso a outras obras de referência.

Para orientar esta investigação, adotam-se três pré-compreensões: (a) o princípio da supremacia da Constituição ao projetar-se não somente sobre as relações de caráter político que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas também sobre outras importantes esferas da vida social, designadamente no contexto de estado de necessidade econômico-financeiro; (b) a instituição da dignidade da pessoa humana como fundamento do atual Estado Social de Direito ao implicar não apenas o reconhecimento formal e substantivo da liberdade e da igualdade, mas também a garantia de condições mínimas para uma existência digna; (c) as normas definidoras de direitos sociais consagradas e reconhecidas

constitucionalmente não são relegadas para o domínio de inócuas declarações: delas devem resultar obrigações ativas para o Estado e uma vinculação para o legislador, mesmo sob panorama de crise econômico-financeira.

Nessa perspectiva, comunga-se com a escorreita lição do Jurista e Professor Doutor Juarez Freitas que ao escrever sobre a interpretação sistemática do Direito aduz que em razão da incompletude do conhecimento científico, da modificabilidade da ordem jurídica ao considerar a abertura do sistema jurídico<sup>1</sup> é preciso escolher a interpretação tópico-sistemática, como processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que se compreenda o Direito como totalidade vivificada em contínua interação circular e dialética com o intérprete, ou seja, interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro para além de sua dimensão textual<sup>2</sup>.

Assim, adota-se como premissa lógica tal modelo interpretativo das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, visto que em toda relação jurídica haverá sempre a incidência, direta ou indireta, de prescrições constitucionais, razão pela qual conveniente afirmar que qualquer compartimento do Direito encontra-se, por assim dizer, constitucionalizado. Algo que corrobora a ideia de que uma adequada interpretação sistemática precisa ser, de modo insofismável, bem efetuada hermenêutica constitucional<sup>3</sup>.

A investigação será produto de reflexão crítica, inovadora e inclinada aos valores da ética, da justiça, da moral e da dignidade da pessoa humana nos quais se assentarão todos os seus resultados alcançados.

Cumpre informar a opção pelo sistema completo em relação às citações feitas nas notas de pé de página (rodapé). Observa-se que a primeira citação de uma obra, em notas de pé de página, terá sua referência completa e as subsequentes citações da mesma obra serão referenciadas de forma abreviada (indicação das obras pelo(a) autor(a), título e número da página), conforme as regras estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Preferiu-se por trabalhar com as citações no sistema completo para propiciar uma maior facilidade nas consultas, a fim de que não haja necessidade de manejar constantemente a referência no final deste ensaio. Consigne-se que todos os

<sup>1</sup> Segundo as palavras de Juarez Freitas, o sistema jurídico deva ser entendido como “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 63.

<sup>2</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, p. 67, 73-74, 76.

<sup>3</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, p. 289.

dados das fontes consultadas citadas estarão imediatamente disponíveis à medida que a leitura se desenvolva nesta pesquisa (investigação) empreendida.

A investigação é de cunho bibliográfico, de natureza descritivo-analítica e explicativa (qualitativa), com manejo de vasta literatura jurídica, em especial, a portuguesa, com registros também de fontes doutrinárias consultadas em espanhol, bem como de fontes inglesa e brasileira, sempre se concentrando os esforços na tentativa de esboçar uma construção própria para submetê-la à leitura crítica.

Cumprе consignar que se optou pela atual versão da língua portuguesa em conformidade com o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16 (dezesesseis) de dezembro de 1990, produzindo efeitos a partir de 1.º (primeiro) de janeiro de 2009 na ordem jurídica brasileira<sup>4</sup> e 13 (treze) de maio de 2009 na ordem jurídica portuguesa<sup>5</sup>, com a finalidade de unificar a ortografia de língua portuguesa. Por uma questão de rigor e de coerência ante a preferência gráfica indicada, procedeu-se à uniformização global do texto, com a alteração, em relação ao original, de todos os segmentos mencionados neste ensaio de obras portuguesas ao serem adaptados ao acordo ortográfico.

## 2. A ideia de estado de exceção

A adequada compreensão sobre o estado de exceção constitui um conceito limite em estreita conexão com a ideia de soberania, visto que o estado de exceção seria uma decorrência (ou consequência) de uma decisão política.

Carl Schmitt, em sua obra *Teologia Política* (1922), sustenta que a capacidade de decretar o estado de exceção em relação à norma jurídica é o que caracteriza o soberano, já que, para Schmitt, o soberano é revelado como “[...] aquele que decide sobre o estado de exceção”<sup>6</sup>. Carl Schmitt ressalta a soberania como uma função politicamente indispensável para afirmar uma ordem. A necessidade do soberano era por ele interpretada na inafastabilidade da exceção, na normalidade da exceção. Para Schmitt, a soberania era a afirmação da ordem e, ao mesmo tempo, a sua negação. Deste modo, definir soberania como decisão

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto n.º 6.583, de 29 de setembro de 2008, que promulga o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16 de dezembro de 1990. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 set. 2008. Seção 1, p. 1.

<sup>5</sup> PORTUGAL. Aviso n.º 255, de 13 de setembro de 2010. *Diário da República*, Poder Executivo, Lisboa, 17 set. 2010. 1.ª Série, n.º 182, p. 4116.

<sup>6</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

sobre o estado de exceção significa dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide<sup>7</sup>.

O estado de exceção se justifica pela situação de ameaça à unidade política, portanto não pode ser limitado a não ser que esta unidade deixe de existir. Não se trata do limite político do direito, pois Schmitt recusava a separação entre direito e política. A exceção não poderia se manifestar no limite do direito, pois só ela, a exceção, permitiria, para Schmitt, que se chegasse à essência do direito. Em síntese, é a exceção que apresenta o fundamento da ordem jurídica, logo, da normatividade. A normatividade está, assim, subordinada às condições efetivas de sua instauração, ou seja, às decisões fundadoras da ordem jurídica<sup>8</sup>.

A situação excepcional não é, ao contrário do que se possa parecer anarquia ou caos, pois sempre subsiste uma ordem, mesmo que não seja jurídica. Não existe uma norma que possa ser aplicada no caos. O estado de exceção existe para criar a situação na qual o direito poderá valer<sup>9</sup>. A exceção é o caso excluído da norma geral, mas não está fora da relação com a norma, conforme as palavras do filósofo italiano Giorgio Agamben “[...] a norma se aplica à exceção desapplicando, retirando-se desta”<sup>10</sup>. E prossegue ao lecionar que “[...] isso significa que, para aplicar uma norma, é preciso, em última análise, suspender a sua aplicação, produzir uma exceção”<sup>11</sup>.

O estado de exceção pode ser comumente captado como aquele que se opõe ao Estado de Direito. Se este último teve sua arquitetura traçada a partir das revoluções liberais do século XVIII ao granjear limitar o poder por meio do reconhecimento do império da lei, da separação dos poderes e da previsão dos direitos fundamentais, aquele expressa a sua antítese. Pode constituir uma circunstância fática que, uma vez estabelecida, implica o esvaziamento do direito e a sua substituição por uma anomia transitória ou pode designar a situação de subversão do próprio direito, que passa a funcionar como um instrumento de dominação segundo uma relação impositiva (direito=força)<sup>12</sup>. Nessa hipótese, a associação que Giorgio Agamben faz da exceção com a “*terra de ninguém*”,

<sup>7</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*, p. 13-14.

<sup>8</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*, p. 13-14, 17-18.

<sup>9</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado social: atualidade do debate sobre Direito, Estado e economia na República de Weimar*. 2003. 172 f. Tese (Tese de Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 52.

<sup>10</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 66.

<sup>11</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 66.

<sup>12</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 96.

situada entre o direito e o fato político, entre a ordem jurídica e a vida, faz todo sentido<sup>13</sup>.

No entanto, não será esta a exceção que nos devotaremos a estudar. Trata-se do que se chama *exceção constitucional*, esta compatível apenas com o Estado Democrático de Direito, consoante observação de Gabriel Leal<sup>14</sup>.

Considera-se o estado de exceção como uma verdadeira exceção ao direito. Paradoxalmente, em tal hipótese a exceção é a regra, ou pelo abandono da normatividade (anomia transitória), ou pela adoção de um direito-força, desvinculado dos parâmetros mínimos reconhecidos desde o movimento constitucionalista. Por outro lado, apenas em um Estado Democrático de Direito a exceção é, de fato, excepcional. Neste caso, eventuais medidas de urgência, levadas a cabo em razão de uma situação de anormalidade temporária, decorrem da própria Constituição, servindo como meio e garantia, e não de ruptura<sup>15</sup>. Consiste, pois, em uma exceção *no* direito e não um direito à parte ou uma ausência de direito.

### 3. A conexão entre ditadura e exceção constitucional

Indaga-se se seria possível falar em uma ditadura constitucional. Intuitivamente, a resposta deve ser negativa. A evolução e a afirmação do constitucionalismo prendem-se à ideia de limitação do poder, ao passo que a ditadura indica um poder sem limites<sup>16</sup>. Não há como conciliar a ditadura e a democracia. Afinal, o governo “do povo, pelo povo e para o povo”, conforme célebre expressão de Abraham Lincoln, não sugere afinidade com o governo de um só<sup>17</sup>. Atualmente, é possível encontrar quem coteje a ditadura com exceção constitucional. Elucidam-se as razões quanto à preferência dessa denominação.

#### 3.1. A ditadura romana

A historiografia demonstra, efetivamente, que a palavra *ditadura* nem sempre possui conotação negativa. Em sua gênese, na República Romana, a dita-

<sup>13</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 12..

<sup>14</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 96.

<sup>15</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. 4. p. 388. No mesmo sentido: LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 98.

<sup>16</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 99.

<sup>17</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 99.

dura consubstanciava uma magistratura extraordinária, destinada a enfrentar situações emergenciais<sup>18</sup>. O ditador romano era uma figura específica e necessária, visto que a legislação e os procedimentos ordinários não funcionavam nos períodos de graves crises<sup>19</sup>. Previam, assim, a possibilidade excepcional de concentração de poderes nas mãos de um ditador, com tempo e limites predefinidos com vistas na salvação do Estado<sup>20</sup>.

O ditador era investido em seus poderes a fim de cumprir uma finalidade demarcada. Durante esse tempo, assumia a condição de chefe incontestável da República. Exercia o pleno comando militar, subordinava os demais magistrados, tinha o poder de editar decretos e não precisava prestar contas de seus atos. Sua conduta pautava-se pela máxima *salus reipublicae suprema lex esto* (a salvação da república é a lei suprema)<sup>21</sup>.

Pode-se indagar sobre o interesse no estudo de um instituto de séculos atrás, sobretudo quando se considera o exagero de se equiparar a República Romana ao moderno Estado de Direito. Não obstante, muitos ainda se prendem ao sistema romano como um paradigma ao avistar nele a inspiração para os atuais mecanismos de controle de crise.

### 3.2. O sentido da ditadura comissária de Carl Schmitt

A noção romana de ditadura foi objeto de análise na obra de um importante jurista do século passado (século XX): Carl Schmitt. Este pensador foi um dos mais longevos de sua geração (1888-1985). Presenciou *in loco* duas guerras mundiais, o colapso financeiro de seu país, a ascensão e queda de Adolf Hitler, a guerra fria, bem como a reconstrução de uma Alemanha dividida no pós-guerra. Filiou-se ao partido nazista em 1933 e, por isso, foi preso e julgado em Nuremberg, onde foi absolvido. Para muitos, será considerado o jurista do *III*

<sup>18</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Tradução de José Díaz García. Madrid: Revista de Occidente, 1968. p. 33-34. Nestas páginas indicadas, Carl Schmitt consigna que o ditador, magistrado romano extraordinário, foi introduzido após a expulsão dos reis, para que em tempos de perigo houvesse um *imperium* forte. O ditador, que era nomeado pelo cônsul a pedido do Senado, tinha a tarefa de eliminar a situação perigosa que motivava sua nomeação, ou seja, fazer a guerra ou reprimir uma rebelião interna etc.

<sup>19</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 27, n. 108, p. 34, out./dez. 1990.

<sup>20</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 67-68.

<sup>21</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*, p. 34. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 34.

Reich, ainda que outros argumentem que a sua adesão ao nazismo se deu mais por oportunismo político do que por identificação ideológica<sup>22</sup>.

O estudo sobre o estado de exceção teve, pois, como precursor as ilações de Carl Schmitt. Este sempre criticou a postura liberal de adotar a lei como única justificativa racional para o exercício do poder, devendo-se ter na exceção a possibilidade do funcionamento da ordem jurídica<sup>23</sup>. “O normal diz nada, a exceção diz tudo”, é a lógica de Schmitt<sup>24</sup>. O normal sem a exceção é como o branco sem o preto, o salgado sem o doce, mas a exceção é, na verdade, maior, pois vive sem o normal, ao passo que o normal não vive sem a exceção. Para Carl Schmitt, esta é a única forma de compreender o funcionamento das instituições, ou seja, a partir da negação da normalidade.

A exceção é mais interessante que o caso normal. O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção. Na exceção, a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição. Um teólogo protestante, no século XX, provou de que intensidade vital a reflexão teológica pode ser capaz: a exceção explica o geral e a si mesma. E, quando se quer estudar corretamente o caso geral, somente se precisa observar uma real exceção. Ela esclarece tudo de forma geral; há exceções. Não se podendo explicá-las, também não se pode explicar o geral. Comumente, não se nota a dificuldade por não se pensar no geral com paixão, porém com uma superficialidade cômoda. A exceção, ao contrário, pensa o geral com paixão energética<sup>25</sup>.

Schmitt entende que o direito é compreendido como decisão independente das normas (perceba-se aqui a origem do *decisionismo* schmittiano), como ato que realiza uma condição que não haveria de outro modo<sup>26</sup>.

Impende registrar que a noção de soberania não está ligada ao direito, mas à originalidade da exceção, a partir da qual a ordem é criada. E se a ordem nasce daí, tem-se como verdadeiro soberano aquele que tem o poder de decidir *quando* e em que *condições* se estão de fato diante de um estado de exceção

<sup>22</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 101.

<sup>23</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 91.

<sup>24</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*, p. 15.

<sup>25</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*, p. 15.

<sup>26</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 411. Afirma este autor: “Carl Schmitt operou uma mudança de compreensão fenomênica do direito: ultrapassou-se uma barreira formal, meramente normativa, para se chegar a um núcleo criando a exceção. O direito passa a ser tomado, a partir daí, como sendo um fenômeno distinto daquele previsto pelo caminho juspositivista. A compreensão do direito não está limitada às normas jurídicas: ela se situa no eixo de gravidade do poder”.

– muito mais que a capacidade de agir quando tal situação já está instalada. O soberano, portanto, é aquele que toma a mais grave das decisões, acabando por definir a fronteira entre direito e não direito, que consubstancia e caracteriza o estado de exceção.<sup>27</sup>

Essa teorização, expandida em 1922, terminou por complementar o raciocínio que iniciou um ano antes na obra “*A ditadura*”. Nela, após estudar a experiência romana, Schmitt define ditadura como “[...] *todo ejercicio del poder estatal que se realice de una manera inmediata, es decir, no mediatizado a través de instancias intermedias independientes, entendiéndose por ella el centralismo, por oposición a la descentralización*”<sup>28</sup>, e a partir daí distingue dois tipos: a ditadura comissária e a ditadura soberana.

A ditadura comissária, segundo Schmitt, abarca os casos de suspensão constitucional com o objetivo de salvaguardar a Constituição<sup>29</sup>. Trata-se, portanto, de um poder derivado da lei fundamental em virtude da ocorrência de grandes crises, o que o jurista denomina de *exceções concretas*<sup>30</sup>. A norma existe, mas não é aplicada, constituindo um problema de governo e não de soberania. O ditador comissário concentra o poder e tem amplo espaço de atuação, mas seu mandato é provisório e revogável<sup>31</sup>. Também não pode ele modificar a Constituição, admitindo-se, entretanto, a violação casuística de leis constitucionais (Schmitt define Constituição como a “decisão política fundamental”). As leis constitucionais são aquelas incluídas no corpo formal da Constituição, sem fazerem

<sup>27</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 11-12, 59.

<sup>28</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*, p. 179.

<sup>29</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*, p. 181-182. Conforme aduz Schmitt, nas páginas indicadas, que “[...] La dictadura protege una determinada Constitución contra un ataque que amenaza echar abajo esta Constitución. La sustantividad metódica del problema de la realización del derecho como un problema jurídico aparece aquí con la mayor claridad. La acción del dictador debe crear una situación normal en la cual tiene validez. En consecuencia, la dictadura es un problema de la realidad concreta, sin dejar de ser problema jurídico. La Constitución puede ser suspendida sin dejar de tener validez, pues la suspensión solamente significa una excepción concreta. Por ello hay que explicar también que la Constitución solamente puede ser suspendida para determinados distritos del Estado. El precepto *non potest detrahi a jure quantitas* tendría que valer también aquí logicamente, porque dentro del Estado constituido por la Constitución como un concepto jurídico no hay ningún espacio territorial circunscrito que pueda ser sustraído de su vigencia, ni ningún lapso de tiempo en el que no deba tener vigencia, ni ningún círculo determinado de personas que, sin dejar de ser ciudadanos del Estado, deban ser tratados como “enemigos” o “rebeldes” sin derechos. Pero precisamente tales excepciones pertenecen a la esencia de la dictadura y son posibles por tratarse de una comisión de acción determinada con arreglo a la situación de las cosas”.

<sup>30</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*, p. 182.

<sup>31</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*, p. 57-65.

parte da decisão política fundamental. O próprio Schmitt afirma que essa é uma das mais importantes implicações práticas da distinção entre Constituição e leis constitucionais<sup>32</sup>.

Se na ditadura comissária o conflito ainda é jurídico, na ditadura soberana ele é eminentemente político. Aqui não há limites impostos pela Constituição, pois a intenção é justamente a implantação de uma nova ordem constitucional<sup>33</sup>. Ainda assim, não se trata de força bruta: o soberano deve exercer o seu papel, que é o de impor a nova ordem. Schmitt entende que, mesmo em uma situação de normalidade, a perspectiva do conflito existencial e absoluto deve permanecer latente, como um horizonte possível, pois o normal só existe em contraposição à exceção, assim como a paz contrapõe-se à guerra. A cadeia de eventos poderia ser assim resumida: situação de normalidade – legalidade ordinária; situação de risco – ditadura comissária; continuidade do risco/crise estrutural profunda com a queda do Estado, com o soberano impondo uma nova ordem<sup>34</sup>.

#### **4. Os sistemas de controle de crises**

A proposta deste trabalho é expender uma breve análise dos principais sistemas constitucionais de controle de crises ao se reportar aos paradigmas inglês e francês, complementando-se com um resumo da experiência histórica da primeira metade do século XX. O recorte temporal justifica-se porque tal período funciona como um grande laboratório da aplicação dos poderes emergenciais. Trata-se, com efeito, de uma época que vivenciou, entre outras coisas, duas guerras mundiais, a revolução russa e um colapso financeiro.

<sup>32</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*, p. 33–65.

<sup>33</sup> SCHMITT, Carl. *La dictadura*, p. 182–183. Nestas páginas mencionadas, Carl Schmitt leciona que a ditadura soberana não suspende uma Constituição existente, mas visa antes criar um estado de coisas no qual se torne possível impor uma nova Constituição, considerada como a Constituição verdadeira ao apontar, portanto, para o caráter e sentido do poder constituinte. O poder constituinte não é todavia, “uma pura e simples questão de força”, é, antes “um poder que, embora não sendo constituído em virtude de uma Constituição, tem com qualquer Constituição vigente uma conexão tal que aparece como poder fundador [...] uma conexão tal que não pode ser negado mesmo que a Constituição vigente o negue”.

<sup>34</sup> Essa sequência foi ilustrada por: LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 101. Para maior aprofundamento em cada um destes desdobramentos podem ser conferidos em: SCHMITT, Carl. *La dictadura*, p. 173–198.

#### 4.1. *A lei marcial e o estado de sítio*

Carlo Baldi assevera que é possível verificar duas tendências entre os sistemas de controle de crises: (1) um mais flexível, com maior elasticidade e empirismo na ação da emergência, típico dos ordenamentos anglo-saxônicos; (2) outro mais rígido, onde os mecanismos de gestão de crise estão preventiva e legislativamente disciplinados<sup>35</sup>, tal como adotado hoje no Brasil e em Portugal. Para cada caso, os modelos paradigmáticos são aqueles encontrados na Inglaterra (lei marcial)<sup>36</sup> e na França (estado de sítio)<sup>37</sup>, respectivamente.

Consigna-se que a expressão lei marcial (*martial law*) pode ter vários sentidos, designando desde o direito militar até os princípios que se aplicam na condução de operações bélicas. Contudo, em sentido estrito, que é o que nos interessa, compreende o Direito da Coroa e de seus agentes de usar a força para repelir invasões, insurreições ou tumultos. A vagueza do conceito submete-se à ardorosa crítica, pois a lei marcial não passaria de um termo infeliz para justificar, dentro do sistema *common law*, os atos executados com o objetivo de defender o Estado em caso de guerra<sup>38</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que a lei marcial sequer envolve a suspensão do direito comum. Decorre, antes, desse próprio direito, compreendendo o emprego dos meios adequados ao restabelecimento da ordem, ainda que violentos<sup>39</sup>. Esse expediente não implica, portanto, a suspensão do direito comum, mas funciona como uma causa de exclusão de responsabilidade, punindo-se apenas o eventual excesso injustificado<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> BALDI, Carlo. Estado de sítio. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. 1. p. 414. Em consonância com a magistral lição de Carlo Baldi, na página mencionada, a aplicação integral dos princípios do Estado de Direito ao estado de sítio só será possível se a estrutura do Estado for sólida. No decorrer deste século, foram-se delineando diversos fatores de perigo para a existência do Estado que era impossível prever segundo critérios apriorísticos. Tendo isso em conta, tratou-se de assegurar amplos poderes às autoridades supremas do Estado para as deixar em condições de pôr em prática as diligências necessárias, quando em perigo a estabilidade do Estado.

<sup>36</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 36-37.

<sup>37</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 24-30. Conforme ensina Giorgio Agamben, o estado de sítio teve a sua origem na França durante a Revolução. A atual Constituição francesa, de 4 de outubro de 1958, regula o estado de exceção em seu artigo 16.

<sup>38</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 36.

<sup>39</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117. Vale notar que o sistema inglês não é dotado de uma Constituição escrita que possa, no todo ou em parte, ser formalmente suspensa. É relevante, assim, o papel da jurisprudência do empirismo característico do *common law*.

<sup>40</sup> LEAL, Gabriel Prado. *Exceção econômica e governo de crise nas democracias*, p. 107.

O estado de sítio<sup>41</sup>, por sua vez, é uma criação da Revolução Francesa. No *Ancien Régime* não fazia sentido a previsão de um poder emergencial de crises, porquanto o rei já dispunha de todos os poderes em qualquer situação<sup>42</sup>. Assim, apenas em 1789 (no curso da Revolução Francesa), com a Lei de 21 de outubro, é introduzida a lei marcial na França por inspiração na prática inglesa<sup>43</sup>.

A mais importante contribuição francesa é a noção do estado de sítio como uma causa de suspensão temporária das garantias constitucionais (diferentemente do que ocorre com a lei marcial). Tal suspensão tem o escopo de ampliar o âmbito da ação governamental em função de um objetivo específico, que é a restauração da ordem. Sua característica fundamental é o regime de legalidade, eis que submetido à previsão legislativa. Coexistem, assim, uma legalidade ordinária e uma excepcional, sendo que esta substitui a primeira quando instaurado o estado de sítio<sup>44</sup>.

Ambos os sistemas – inglês e francês – têm os seus defensores. Diz-se, por um lado, que o estado de sítio está mais comprometido com o Estado de Direito e com a ideia de racionalização do poder, pois os limites e a extensão

<sup>41</sup> Carlo Baldi apresenta uma síntese da ideia do que se entende por estado de sítio, segundo ele: “Com a expressão ‘Estado de sítio’ se quer geralmente indicar um regime jurídico excepcional a que uma comunidade territorial é temporariamente sujeita, em razão de uma situação de perigo para a ordem pública, criado por determinação da autoridade estatal ao atribuir poderes extraordinários às autoridades públicas e ao estabelecer as adequadas restrições à liberdade dos cidadãos. As circunstâncias perturbadoras que costumam dar lugar a tal situação são, em geral, de ordem política, mas podem ser acontecimentos naturais como terremotos, epidemias etc. Neste caso, o perigo para a ordem pública não está nas circunstâncias perturbadoras que ocasionaram o Estado de sítio, mas em seus efeitos”. BALDI, Carlo. Estado de sítio, p. 413.

<sup>42</sup> Jorge Miranda aduz que as leis de salvação pública convenientemente aplicadas são a própria condição da existência das instituições livres. Se o antigo regime não conheceu o estado de sítio é porque ele não conheceu o estado de liberdade. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. 4. p. 389.

<sup>43</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 108. Diversamente é a lição de Giorgio Agamben ao consignar que a origem da instituição do estado de sítio está no Decreto de 8 de julho de 1791 da Assembleia Constituinte francesa, que distinguia entre *état de paix*, em que a autoridade militar e autoridade civil agem cada qual na sua esfera, *état de guerre*, em que a autoridade civil deve agir em simetria (harmonia) com a autoridade militar; e *état de siège*, em que “todas as funções de que está investida a autoridade civil para a manutenção da ordem e da polícia interna passam para o comandante militar que as exerce sob sua exclusiva responsabilidade”. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 16-17.

<sup>44</sup> Isso não significa que sejam duas Constituições como observa a doutrina. “Não há, em cada Estado, duas Constituições aparelhadas – uma Constituição da normalidade e uma Constituição da necessidade; há uma só Constituição, assente nos mesmos princípios e valores, embora com regras adequadas à diversidade de situações”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*, p. 388.

dos poderes de emergência estão previamente estipulados<sup>45</sup>. Por outro lado, Carlo Baldi aduz que do ponto de vista da aplicação prática mostra-se ineficiente, “[...] porquanto seria muito difícil preparar, antecipadamente, mediante normas abstratas, todos os instrumentos idôneos para enfrentar situações que, pela sua própria natureza, são de caráter imprevisível, empírico e contingente”<sup>46</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz uma distinção de momento e de circunstância. Para o expoente jurista da Universidade de São Paulo, um sistema mais flexível, a exemplo da lei marcial ou o artigo 16 da Constituição da França (1958), pode ter maior eficiência em casos de crises mais graves, como a guerra total e o terrorismo. Ele alega que as ações terroristas aproveitam-se da rigidez dos sistemas, pois os insurgentes já sabem qual será a “resposta” normativa. Contudo, do ponto de vista da segurança individual, daquela “tranquilidade de espírito”, afirma o jurista, os modelos rígidos são preferíveis. Nestes, o indivíduo sabe de antemão quais os direitos podem ser suspensos, quais prevalecem e em que condições, ainda que a previsão constitucional não seja pormenorizada<sup>47</sup>.

Deve-se perfilhar o entendimento de que o sistema do estado de sítio é mais adequado a países como Brasil e Portugal, que aliás já seguem essa tradição. Na esteira do pensamento do percuciente jurista lusitano, Jorge Miranda, ao ensinar que

As formas de organização e as providências para tempo de exceção e de crise decorrem diretamente da Constituição, escrita ou não, não ficam à sua margem; não existem senão na medida em que dela decorrem; são meios de garantia, não de ruptura. [...] *Salus populi suprema lex* [a saúde do povo é a lei suprema – nota nossa] – todavia, sempre de acordo com certo princípio de legitimidade, sempre utilizando determinadas formas jurídicas e sempre tendo em vista o restabelecimento da normalidade. [...] A chamada suspensão da Constituição em estado de necessidade apenas pode ser parcial, traduzindo-se na aplicação – na medida das exigências desse estado – das normas previstas para o efeito, em vez das normas previstas para

<sup>45</sup> Observa-se que apesar do estado de sítio ser uma referência francesa e significar exatamente a previsibilidade legislativa dos poderes excepcionais, a atual Constituição da França contempla, curiosamente, uma amplíssima disposição (artigo 16), atribuída ao General De Gaulle, ao dispor que o Presidente da República adotará as medidas necessárias “quando as instituições da República, a independência da nação, a integridade de seu território ou a execução de seus compromissos internacionais estiverem ameaçados de modo grave e imediato e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais estiver interrompido”.

<sup>46</sup> BALDI, Carlo. Estado de sítio, p. 414.

<sup>47</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, p. 135-136.

tempo de normalidade; para lá de uma vicissitude constitucional, trata-se de um específico fenômeno de aplicação de normas em circunstâncias diversas<sup>48</sup>.

Conforme lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a guerra total e o terrorismo tornam mais eficaz (o que não quer dizer melhor) um sistema flexível<sup>49</sup>, o fato de Brasil e Portugal terem menores preocupações nesses campos em comparação, por exemplo, com os Estados Unidos e Inglaterra, reforça a ideia de ser o sistema rígido de controle de crise mais apropriado para aqueles países.

#### 4.2. O estado de exceção econômico-financeiro na primeira metade do século XX

A utilização de poderes emergenciais se tornou, no início do século XX, constante. Giorgio Agamben afirma que a Primeira Guerra Mundial coincide, na maior parte dos países beligerantes, com um estado de exceção permanente<sup>50</sup>. Ainda, de acordo com o pensamento de Agamben, a criação de um estado de emergência permanente, ainda que não explicitamente declarado em sentido técnico, tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, mesmo dos chamados democráticos e, em tal caso, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea<sup>51</sup>. Esse deslocamento de uma medida transitória e excepcional em técnica de governo ameaça transformar completamente a estrutura e o sentido da distinção entre os diversos tipos de Constituição<sup>52</sup>.

A novidade foi a percepção de que esse novo tipo de conflito – a guerra mundial – reclamava medidas sistemáticas no plano econômico-financeiro. A ampla mobilização dos Estados, nos mais diversos setores, foi muito além de providências episódicas como requisição de alimentos, combustíveis e outras análogas<sup>53</sup>.

Nesse período, Grã-Bretanha, Áustria, Itália e Alemanha recorreram a leis de delegação de plenos poderes. Mesmo a Suíça, um país neutro, editou leis

<sup>48</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 1. p. 407-408.

<sup>49</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, p. 136.

<sup>50</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 27.

<sup>51</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 13.

<sup>52</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 13. O estado de exceção apresenta-se, pois, nesta perspectiva, como um limiar de indeterminação entre democracia e absolutismo.

<sup>53</sup> LEAL, Gabriel Prado. *Exceção econômica e governo de crise nas democracias*, p. 110.

de reforço às atribuições do Poder Executivo<sup>54</sup>. Na França, conforme lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao sobreviver uma compreensão mais estrita do princípio da indelegabilidade dos poderes atribuídos pela Constituição a qualquer dos Poderes do Parlamento, não existia essa atribuição de plenos poderes<sup>55</sup>. No entanto, abriu-se caminho para os “regulamentos de necessidade”, submetidos posteriormente à ratificação convalidatória pelo Parlamento<sup>56</sup>. Segundo Agamben, foi a partir daí que a conduta de legislar excepcionalmente, por meio de decretos-leis ou de medidas provisórias do governo, tornou-se prática corrente nas democracias europeias<sup>57</sup>.

Terminada a guerra, a ampliação dos poderes executivos não cessou, como se poderia supor num primeiro momento. Isso aconteceu porque o término da emergência militar não coincidiu com o fim da emergência econômico-financeira ao demonstrar cabalmente o quão grave as crises financeiras podem ser também em tempos de paz<sup>58</sup>. Havia, pois, três categorias de crises a reclamarem (e justificarem) uma resposta emergencial: a guerra, a rebelião e a crise econômica (o que de fato ocorreu)<sup>59</sup>.

Ilustra-se com o exemplo da França ainda sob o bastião da indelegabilidade. Em janeiro de 1924, num momento de grave crise que ameaçava a estabilidade do franco, o Presidente Poincaré solicitou plenos poderes em matéria financeira. Após amplo debate no Parlamento que se mostrava reticente em abdicar de suas funções constitucionais, foi editada uma lei limitando em quatro meses os poderes especiais do governo<sup>60</sup>. Em 1935 e 1937 foram pedidas medidas similares, neste último caso já sob um governo de orientação de esquerda. Isso significava que a nova prática de legislar por via de decreto governamental, inaugurada durante a guerra, agora era aceita por todas as forças políticas francesas<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 27-35.

<sup>55</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 34.

<sup>56</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 35.

<sup>57</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 27-28.

<sup>58</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 111.

<sup>59</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 28-31. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 35; SANTIAGO, Marcus Firmino. Diante do estado de exceção permanente sobreviverão os direitos fundamentais? *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande (RS), n. 45, p. 3, set. 2007; BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 11, p. 95-96, fev. 2006.

<sup>60</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 28.

<sup>61</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 28.

Já o caso da Alemanha foi, sem dúvida, ainda mais intrincado. Nele é possível notar como a promessa social de Weimar, sempre tida como um dos primeiros exemplos de Constituições sociais do mundo, transformou-se na dura realidade do III Reich<sup>62</sup>. Giorgio Agamben chega a declarar que não há como compreender a ascensão de Hitler e do partido nazista ao poder sem analisar os abusos cometidos sob a égide do artigo 48 da Constituição<sup>63</sup>. Até mesmo Carl Schmitt confessaria, em 1925, que nenhuma carta constitucional no mundo havia legalizado tão facilmente o golpe de Estado como a de Weimar<sup>64</sup>. De fato, o referido dispositivo conferia ao presidente do Reich poderes extremamente amplos, *in verbis*:

Artigo 48. Se, no *Reich* alemão, a segurança e a ordem pública estiverem seriamente conturbadas ou ameaçadas, o presidente do *Reich* pode tomar as medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas. Para esse fim, ele pode suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154<sup>65</sup>.

O que se observou, nos primeiros anos após a guerra, foi uma Alemanha destroçada “obrigada” a utilizar corriqueira (e perigosamente) os poderes previstos no artigo 48. Apenas entre 13 de outubro e 2 de novembro de 1923 foram promulgados trinta e seis decretos abrangendo o campo econômico-financeiro destinados a combater a inflação para superar a grave crise econô-

<sup>62</sup> Nas palavras de Paulo Bonavides: “Direitos sociais correspondentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo inteiro distinto, desconhecido do Direito Constitucional Clássico. [...] Desaparelhado de ferramentas teóricas com que interpretar e caracterizar os novos institutos e princípios introduzidos nas Constituições por efeito de comoções ideológicas, cuja intensidade se fez sentir acima de tudo durante o período subsequente à Primeira Guerra Mundial, o velho Direito Constitucional entrou em crise. A Constituição de Weimer foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores de crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 268.

<sup>63</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 31.

<sup>64</sup> SCHMITT, 1995 apud AGAMBEN, 2010, p. 31.

<sup>65</sup> Tradução de Giorgio Agamben. Os grifos encontram-se no original. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 30.

mica<sup>66</sup>. De 1930 até a ascensão de Hitler em 1933, o recurso ao artigo 48 foi ainda mais recorrente, tanto em questões econômico-financeiras quanto para debelar a guerra civil na qual a Alemanha se imergia<sup>67</sup>. Para Agamben, é certo que os últimos dois anos da República de Weimar transcorreram integralmente em regime de exceção, mas “*menos óbvia é a constatação de que provavelmente Hitler não teria podido tomar o poder se o país não encontrasse há quase três anos em regime de ditadura presidencial e se o parlamento estivesse funcionando*”<sup>68</sup>.

Também nos Estados Unidos, a depressão do final dos anos 20 do século passado, consolidou os poderes de exceção econômico-financeira. A política de Franklin Delano Roosevelt durante o *New Deal* consagrou a ideia de emergência financeira ao propor o fortalecimento do Poder Executivo (sobretudo na figura do próprio Presidente), a delegação legislativa e a legislação de urgência<sup>69</sup>.

Cumprir registrar que muitas das leis editadas nessa época, que importavam em ampla delegação de poderes ao Executivo, foram contestadas na Suprema Corte, cuja composição ainda era tributária de uma aplicação conservadora do princípio da separação dos poderes. As sucessivas decretações de inconstitucionalidade (oito vezes entre 1935 e 1936) valeram um choque com o Presidente que impôs forte pressão política e chegou a propor um plano de reestruturação do Tribunal, chamado de *Court-Packing Crisis*, em 1937. A proposta não foi aprovada, mas a substituição de alguns membros por força das aposentadorias permitiu a Roosevelt nomear juízes com convicções mais intervencionistas<sup>70</sup>.

Enfim, esse breve esboço histórico quanto aos países acima poderia ser estendido a inúmeros outros que passaram por circunstâncias semelhantes serviu apenas para indicar o surgimento e a evolução do uso dos poderes emergenciais durante a primeira metade do século XX, sobretudo no campo econômico-financeiro.

<sup>66</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 36.

<sup>67</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 36.

<sup>68</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 31.

<sup>69</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 38.

<sup>70</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 38-39.

## 5. As crises do Estado

Após o percurso completado acima, é preciso (re)pensarmos o Estado, o que significa raciocinar acerca das suas crises.

No transcurso de sua história, o Estado Moderno, erigido como tal a partir do século XVI, viu-se enredado em um largo processo de consolidação e transformações, passando nos dias de hoje por uma longa transformação/ exaustão, ou melhor, por várias crises interconectadas.

Para pensá-las, impõe-se propor para o debate duas grandes versões de caráter genérico, agregadas a uma terceira vertente crítica de caráter institucional. A primeira delas diria respeito à crise que atinge as suas características conceituais básicas, em particular, a ideia de soberania. A outra atingiria não a ideia mesma de Estado, mas uma de suas materializações, o *Welfare State*, ou o Estado de Bem-Estar Social. Já a terceira se projeta por sobre a fórmula moderna de racionalização do poder, ou seja, o Estado Constitucional, sem descurarmos de uma quarta vertente que alcança a tradição da separação funcional do poder estatal.

Aquela poderia ser discutida sob duas variantes: uma, pelo surgimento de pretensões universais: uma, pelo surgimento de pretensões universais da humanidade, referidas pela emergência dos direitos humanos; outra, pela superação da supremacia da ordem estatal por outros *loci* de poder, tais como as organizações supranacionais e, particularmente, pela ordem econômica privada ou pública.

A segunda diria respeito à evolução do modelo de Estado do Bem-Estar Social e as barreiras que enfrenta para a sua permanência. Os entraves que aqui se colocam são de três ordens distintas: fiscal-financeiro, ideológico e filosófico. Neste ponto, emerge como contraponto o projeto neoliberal<sup>71</sup> que busca nas insuficiências do Estado Providência um retorno a um modelo reduzido de ordem estatal.

A nova crise, que ora denominamos seja pensada, significa a fragilização dos instrumentos jurídico-políticos de ordenação do poder político e de organização estrutural da sociedade a partir da juridicização hierarquizada da política por meio do conhecido Estado Constitucional nascido do projeto liberal revolucio-

<sup>71</sup> Aqui, ainda, utilizaremos esta nomenclatura, muito embora queiramos sugerir que seria de interesse revê-la para incluir em pauta uma outra expressão. Assim, proporíamos nominar esta experiência de neocapitalismo, pois parece-nos mais adequado aos seus contornos de projeto vinculado ao viés econômico do liberalismo, onde, ao que se vê, há uma intenção não expressa de liberar o capital – e o capitalismo financeiro – das amarras que acabaram por se constituir por meio dos conteúdos liberais dos núcleos moral e político-jurídico. Ver, a respeito: GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

nário, cujos contornos foram sendo ajustados ao longo dos dois últimos séculos, desde as Constituições modernas – americana e francesa – de perfil liberal até o constitucionalismo liberal oriundo da segunda década do século vinte.

São estas três grandes vertentes que são sumariamente distinguidas. Vamos alinhavar ao que se chama de crise estrutural e, ao final, delinear a designada crise institucional, sem pretender atribuir-lhes um perfil estanque, visto que se interpenetram e, muitas vezes, se confundem em suas bases e projeções.

### 5.1. *Crise estrutural*

A compreensão das crises que atingem o Estado Contemporâneo, sob a forma de Estado de Bem-Estar, impõe o entendimento prévio acerca do próprio modelo sob análise.

#### 5.1.1. *O Estado do Bem-Estar (Welfare State)*

A construção de um Estado como *Welfare State* (ou Estado de Bem-Estar) está ligada a um processo histórico que conta já de muitos anos<sup>72</sup>. Pode-se dizer que o mesmo acompanha o desenvolvimento do projeto liberal transformado em Estado do Bem-Estar Social no transcurso das primeiras décadas do século XX.

A história desta passagem, de todos conhecida, vincula-se em especial na luta dos movimentos operários pela conquista de uma regulação para a convencionalmente chamada questão social<sup>73</sup>. São os direitos relativos às relações de

<sup>72</sup> Um exame pormenorizado acerca da emergência do Estado de Bem-Estar (qualificado de Estado Social para alguns autores) pode ser compulsado na seguinte obra: NUNES, Antônio José Avelãs. *As voltas que o mundo dá: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 29-34.

<sup>73</sup> De acordo com o magistério de José Luís Bolzan de Moraes, o constitucionalismo social traz consigo o reconhecimento constitucional desta **questão social** que advém das transformações operadas pelas revoluções industriais, pelo novo modelo de produção (fabril) e pela emergência de uma nova categoria social – o proletariado ou as classes operárias. MORAIS, José Luís Bolzan de. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 177. Na verdade, esta questão social vem apresentada constitucionalmente sob os inéditos direitos sociais – de igualdade ou direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) – que em tudo diferem dos direitos de liberdade (civis e políticos), em particular por exigirem uma maior e mais qualificada intervenção estatal, bem como a elaboração de políticas públicas prestacionais para a sua

produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo – onde lhe cabia tão só assegurar o não impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado – para o Estado intervencionista – que passa a assumir tarefas até então próprias à iniciativa privada.

O modelo constitucional do *Welfare State* principiou a ser construído com as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, contudo, não tem uma aparência uniforme. O conteúdo próprio desta forma estatal se altera, se reconstrói e se adapta a situações diversas. Assim é que não se pode falar em Estado de Bem-Estar, dado que sua apresentação, por exemplo, na América do Norte, se diferencia daquela do Estado Providência francês. Todavia, é correto pretender que há um caráter que lhe dá unidade, a intervenção do Estado e a promoção de serviços, ou seja, o *Welfare State* seria aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político<sup>74</sup>.

Há uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do indivíduo.

A história deste projeto não é sem obstáculos. Pelo contrário, a institucionalização deste modelo, seja como aprofundamento do liberalismo, seja como sua reformulação/negação, caracteriza-se por crises. Crises estas que podem advir da reação de seus opositores ou do seu próprio desenvolvimento contraditório.

Os problemas de caixa do *Welfare State* já estão presentes na década de 1960, quando os primeiros sinais de que receitas e despesas estão em descompasso, estas superando aquelas, são percebidos. Os anos 1970 irão aprofundá-la, visto que o aumento da atividade estatal e a crise econômica mundial implicam um acréscimo ainda maior de gastos, o que implicará o crescimento do *déficit* público. Muitas das situações transitórias, para solução das quais o modelo fora elaborado, passaram, dadas as conjunturas internacionais, a ser permanentes – o caso do desemprego nos países centrais exemplifica caracteristicamente este fato.

satisfação, o que faz desviar o foco das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da atividade executiva. Não basta apenas legislar, é necessário assegurar a usufruição dos direitos constitucionalizados por intermédio de políticas públicas implementadoras dos conteúdos reconhecidos pelo legislador.

<sup>74</sup> REGONINI, Glória. Estado do Bem-Estar. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. 1. p. 416.

Os anos 1980 irão trazer à tona uma nova crise. Será, então, uma crise de legitimação que irá atingir o Estado de Bem-Estar. A dúvida se estabelece, é quanto às formas de organização e gestão próprias ao Estado do Bem-Estar. O compromisso capital/trabalho foi colocado em questão. A ideia de privatização, carro chefe das políticas neoliberais, objetiva a redução do *déficit* fiscal, aplicando para tal o receituário do Consenso de Washington. Os cortes incidem sobre gastos sociais, seguidos de compulsiva venda de patrimônio público a preços desvalorizados. Nesse sentido, o Brasil representa um contundente exemplo (venda da Companhia Vale do Rio Doce, Usiminas, entre tantas outras empresas públicas)<sup>75</sup>.

Consigna-se que por trás da moldura do bem-estar vislumbra-se um projeto simbólico de rearranjo das relações intersubjetivas que está calcado não só no consenso democrático, mas também na ideia de um viver comunitário, onde os interesses que atingem os indivíduos produzem inevitavelmente benefícios ou prejuízos compartilhados<sup>76</sup>.

A constitucionalização dos princípios de justiça social e a irrupção do princípio democrático trouxeram consigo uma tensão “totalitária” na regulação das relações sociais que se transferiu às políticas sociais. A tese do primado da política sobre a economia – de uma reapropriação da economia por parte da política – foi largamente cultivada no curso do século passado (século XX) pelos parlamentos e governos<sup>77</sup>.

Com a expressão “crise do Estado Social” (utilizada para indicar a situação que vivenciamos desde o final do século XX e de forma implacável temos sido submetidos até este momento) faz alusão a um conjunto de tendências de transformação retrocessiva da democracia com força expansiva a todos os Estados denominados liberal-democráticos e que são devidas, conforme lição de Mário Dogliani<sup>78</sup>, à acumulação de três grandes processos: (a) la transformação (globa-

<sup>75</sup> ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Os caminhos da globalização: alienação e emancipação. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (Org.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: Edibej, 1998. p. 16 e seguintes.

<sup>76</sup> Segundo José Luis Bolzan de Moraes, o Estado Social Constitucional se vê confrontado com seus próprios limites e com as transformações para as quais não se havia precavido em razão de suas próprias idiossincrasias. MORAIS, José Luís Bolzan de. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade, p. 181.

<sup>77</sup> CANTARO, Antonio. El declive de la constitución económica del Estado Social. In: HERRERA, Miguel Àngel García (Org.). *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997. p. 168.

<sup>78</sup> DOGLIANI, Mário. Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado Social. In: HERRERA, Miguel Àngel García (Org.). *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997. p. 688.

lização) dos sistemas financeiros e produtivos e a revolução (ou impacto) que se derivou deles; (b) o próprio êxito do *Welfare State* que, ao gerar segurança, produziu a desmobilização das atitudes militantes que foram essenciais para construí-lo. Produzindo aquele tipo de homogeneização danificado pelos consumos de massa, o *Welfare State* causou mudanças de mentalidades e estilos de vida ao multiplicar os processos de diferenciação social que abalou (dividiu) as identidades coletivas e misturou, na estratificação social, a inserção laboral dos indivíduos com a posição que ocupam nos canais de distribuição e consumo; e, (c) a dissolução e colapso dos regimes do leste europeu.

## 5.2. Crise constitucional (institucional)

Deve-se ter claro que a Constituição como documento jurídico-político está submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar, como querem alguns, a sua transformação em programa de governo ao fragilizá-la como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder, ao invés de este se constitucionalizar, pondo em prática o conteúdo constitucional.

Como diz José Eduardo Faria, no limiar do século XXI, contudo, a ideia de Constituição cada vez mais é apontada como entrave ao funcionamento do mercado, como freio da competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo à expansão da economia, apesar de, segundo este autor, resultante do projeto jurídico-político liberal-burguês começar

[...] o século XX encarado como sinônimo de segurança e legitimidade, delimitando o exercício dos mecanismos de violência monopolizados pelo Estado, institucionalizando seus procedimentos decisórios, legislativos e adjudicatórios, estabelecendo as formas de participação política e definindo o espaço soberano da palavra e da ação em contextos sociais marcados pelo relativismo ideológico e em cujo âmbito o poder do Estado depende de critérios externos aos governantes para ser aceito como válido<sup>79</sup>.

Assim, o que se tem observado na prática é o reforço desta postura, quando as Constituições dos Estados Nacionais e o próprio constitucionalismo moderno são revisitados, uma vez que o prevalecimento da lógica mercantil e a já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico, a concepção de uma ordem constitucional

<sup>79</sup> FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Prefácio. In: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. XV.

subordinada a um padrão político e moral se esvanece<sup>80</sup>, perdendo-se o que se chama de padrão objetivo justo, muito embora se tenha que relativizar esta objetividade ao tratá-la como um referencial ético-jurídico que busca garantir conteúdos mínimos de convívio social.

### 5.3. *Crise funcional*

Para completar o debate, não seria possível deixar de lado o que se pode nominar de crise funcional do Estado, entendida esta na esteira da perda de exclusividade sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que lhes são inerentes.

Esta perda de exclusividade, aqui, não pode ser pensada apenas em seus aspectos internos, na sequência do desenvolvimento do debate próprio à Teoria Geral do Estado/Ciência Política, ou seja, a dialética da separação/harmonia das funções estatais. Pelo contrário, é necessário que seja vista em seu viés externo, onde se observa, além de uma mudança no perfil clássico das funções estatais produzida pela transformação da instituição estatal, a fragilização do Estado em suas diversas expressões quando perde concorrencialmente diante de outros setores – privados, marginais, nacionais, locais, internacionais etc. – a sua capacidade de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos.

Nesta perspectiva, são significativos os trabalhos que apontam para um certo pluralismo de ações e um pluralismo funcional, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais, quando o ente público estatal, no reflexo de sua fragilização/fragmentação como espaço público de tomada de decisões, como autoridade pública, se coloca ao lado de outras estratégias de diversos matizes e procedências.

### 5.4. *Crise política e da representação*

A questão da representação política, como o mecanismo moderno da democracia, não passa incólume neste processo de rupturas.

O modelo de democracia representativa, como alternativa possível em uma sociedade que se complexificou – seja em razão do número crescente daqueles que conquistavam a inserção no jogo político, o que inviabilizou a tomada

<sup>80</sup> FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Prefácio. In: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. XVII.

de decisão por todos os interessados por meio das assembleias de cidadãos, como versão renovada da caricatura de democracia direta da Grécia Antiga, seja perante as dificuldades técnicas trazidas pelo tipo e conteúdo dos temas postos em discussão, o que transformou a política, muitas vezes, em refém das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas, o que dificultou/inviabilizou a tarefa política como o jogo dialético de pretensões, seja, ainda, pelo volume quantitativo de questões postas à solução, o que implicou uma atividade *full time* que exclui o cidadão – ocupado demais em prover o seu cotidiano – do jogo político, ao mesmo tempo que exclui o político do debate social dos temas –, se tornou um instrumento incapaz de responder adequadamente a todos os anseios, pretensões, intensões etc., o que conduz a tentativas de esvaziá-la como lugar adequado ao jogo da política, a tentativas de fantochizá-la ao torná-la apenas um estereótipo formal pela ausência de alternativas reais de escolha –, a tentativas de transformá-la, incorporando instrumentos de participação popular direta no seu interior ou reconstruindo-a com a transformação de seu caráter intrínseco.

A estes dois aspectos queremos nos referir, muito embora não sejam desprezíveis as experiências de ruptura da ordem política democrática, seja pela adoção de regimes autoritários em seus matizes os mais variados, seja pelo deslocamento/ocupação do espaço decisório para outros *loci* de poder onde mesmo a democracia como procedimento ainda não chegou<sup>81</sup>.

Em primeiro lugar, quando se refere a possibilidade de fantochização da democracia está-se tentando ilustrar a ideia de que para constituir efetivamente a democracia representativa, um de seus pressupostos, embora não seja o único e sequer o suficiente, estamos dizendo que, diante dos quadros de enfraquecimento do espaço público da política e da sua economicização, em um contexto de jogo econômico global de um capitalismo financeiro, constata-se, ao menos tendencialmente, o desaparecimento de alternativas reais de escolha posto que se estabelece um estereótipo de indiferenciação de propostas, de desidentificação de candidaturas etc., conduzindo o cidadão a um processo de apatia política ante a percepção da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes: as eleições.

<sup>81</sup> Quanto a isso, ainda que passado o tempo, e talvez em virtude disso, remanesce razão a Bobbio quando afirma que resolvido o problema de quem vota, precisamos enfrentar a questão do onde se vota, porquanto há e parece que cada vez mais muitos espaços cujos procedimentos decisórios ainda não se pautam por metodologias, as mais simples, da tradição democrática liberal, sequer o princípio da maioria ou, quando tal ocorre, não constitui instrumentos que assegurem efetivamente a possibilidade de que a maioria se construa legitimamente. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986. p. 54.

Sob um outro aspecto, e menos catastrófico, observa-se que o modelo da democracia moderna – de representação – passa por transformações experimentais de dois níveis. No primeiro, ela experimenta a adoção no seu interior de mecanismos de intervenção decisória direta mediante a introdução de fórmulas de democracia direta conjugadas com a representação política. Tais são o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular de leis, para ficar apenas com aqueles referidos na Constituição brasileira de 1988.

No entanto, o que é mais interessante é a construção de modelos democráticos alternativos, que embora não se afastem totalmente das fórmulas semidiretas (ou mistas), podem defrontar não apenas a esta perda de sentido da democracia moderna (representativa), mas de alguma forma permitem dar conta deste processo de desconstrução do modelo de Estado da modernidade, calcado na sua configuração tríplex clássica (território, povo e poder) quando estamos diante de uma cidadania que se rearticula em espaços públicos reduzidos ou, até mesmo, constitui-se em estruturas coletivas de caráter público, embora não necessariamente vinculados ao Estado.

Não há como desconhecer que o sistema político calcado na ideia da representação política padece, como as demais estratégias erigidas pela modernidade ocidental, de insuficiências para dar conta de um contexto de profunda transformação das estruturas e estratégias de poder, apesar de precisarmos, ainda, insistir que a fórmula constitucional sustentada no projeto utópico de direitos humanos ainda parece como instrumento necessário para que se ultrapasse este momento “neofeudal”<sup>82</sup>.

## 6. Estado de necessidade (ou estado de exceção) econômico-financeiro: sentido e as experiências brasileira e portuguesa

Inicialmente, cumpre apresentar os regimes jurídicos do *estado de necessidade* (ou *estado de exceção*) consagrados nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

Os sistemas emergenciais ou sistemas constitucionais de crise, no caso brasileiro, compreendem o estado de defesa ao ser regulado no artigo 136 da Constituição brasileira de 1988, o estado de sítio previsto nos artigos 137 a 139, bem como podem-se também ser consideradas as medidas provisórias situadas no artigo 62 da CRFB/1988.

<sup>82</sup> Esta nomenclatura foi tomada emprestada de André-Nöel Roth. ROTH, André-Nöel. O Direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 24.

Pode-se enquadrar o estado de defesa como mero expediente destinado a solver pequenas emergências de magnitude local ou regional que não repercutem na segurança ou existência do Estado. Por sua vez, o estado de sítio é decretado pelo Presidente da República após consulta ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional sob prévia autorização do Congresso Nacional, na forma do artigo 137 da Constituição brasileira e, após essas formalidades, o decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. O estado de sítio é decretado ante a comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, assim como pela declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (artigo 137, incisos I e II).

As medidas provisórias consagradas como espécie normativa na Constituição brasileira (artigo 59, inciso V), podem-se constituir em veículo de exceção visto desvirtuar do princípio clássico da divisão de poderes ao empreender concentração de poder em algum órgão ou pessoa que neste caso seria no Presidente da República. Defende-se essa proposição por importar em grande desequilíbrio político na balança dos poderes, absorvendo a função por excelência do Poder Legislativo com base em conceitos jurídicos indeterminados e de conteúdo semântico amplamente aberto, a saber, relevância e urgência (artigo 62 da CRFB/1988) que, conforme profícua lição de Agamben, com a progressiva erosão dos poderes legislativos do parlamento ao limitar frequentemente a “*ratificar disposições emanadas do executivo sob a forma de decretos com força de lei, tornou-se uma prática comum*” e “[...] *os mecanismos e dispositivos do estado de exceção como paradigma de governo*”<sup>83</sup>. Além disso, o filósofo italiano sustenta que o “*estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal*”<sup>84</sup>.

Agora, o regime jurídico do *estado de necessidade* no ordenamento português está disciplinado no artigo 19 da Constituição da República Portuguesa (CRP) ao ser aplicado às situações definidas pela doutrina portuguesa como de “*situações de necessidade constitucional*” definidas como aquelas que “*em todas as épocas e em quaisquer Estados ocorrem situações de exceção ou de necessidade resultantes de perturbações de maior ou menor vulto, de origem interna ou externa*”<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 20.

<sup>84</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 12.

<sup>85</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, p. 407.

Trata-se, contudo, de um direito excepcional aplicado a situações aí expressamente tipificadas (artigo 19, CRP/1976) – estado de sítio e estado de emergência – que, no entender do legislador constituinte, esgotariam as situações em que deveria valer um regime excepcional em matéria de proteção de direitos, liberdades e garantias ante os perigos graves para a subsistência da organização comunitária na forma estatal<sup>86</sup>.

Segundo o § 2.º do mencionado artigo 19 da CRP/1976, o *estado de sítio* ou o *estado de emergência* só podem ser declarados, no todo ou em parte do território português, nos casos de “*agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública*”, verificando-se apenas uma diferença de grau entre um conceito e outro (artigo 19, § 3.º da CRP/1976). Registra-se que o conteúdo deste regime constitucional de exceção se revela hoje inoperante perante a situação de emergência económico-financeira em que se encontra o Estado português, visto que as preocupações acolhidas no preceito prendem-se essencialmente com a densificação de uma blindagem constitucional ante a ameaça de ditadura que paira sobre os Estados em situações de anormalidade. No contexto económico de crise que atravessa Portugal e vários países no espaço eurocomunitário, não parece supor que se assiste a uma *ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática* por força das medidas de *retrocesso social* que vêm sendo aprovadas e que terão de continuar a sê-lo até que se alcance uma situação de estabilização económico-financeira coincidente com as diretrizes decorrentes do princípio da sustentabilidade financeira.

Os regimes jurídicos dos *estados de exceção* e de *emergência* constituem uma necessidade sistémica, ou seja, visam a garantir a subsistência do sistema normativo quando este não pode ser aplicado em circunstâncias de anormalidade.

Em suma, existindo uma situação reconduzível a um *estado de necessidade*, as medidas adotadas nesse contexto devem-se pautar por critérios especiais quanto à sua conformidade com o ordenamento jurídico-legal. Isso significa, pois, que o ordenamento jurídico acolhe um direito de necessidade ao reconhecer que o direito também constitui um parâmetro de atuação em situações de anormalidade. Sob esse panorama, enseja indagar o seguinte: não estando expressamente disciplinado na Constituição ou na lei um direito de necessidade económico-financeiro, a escassez de recursos financeiros pelo Estado pode fundamentar um regime de *estado de necessidade* e justificar a aplicação de um direito de necessidade económico-financeiro? Quais as consequências práticas?

<sup>86</sup> SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 66.

Entende-se que é exatamente isso o que se verifica quando os Estados se encontram em situações de escassez de recursos financeiros que comprometem ou correm o risco de vir a comprometer a capacidade de cumprir as obrigações, ou seja, quando se torna iminente um caso de *default*<sup>87</sup>. Logo, encontra-se perante uma *situação anormal*, a existência de um *perigo iminente e atual* para o interesse da comunidade, causado por circunstâncias excepcionais e fatores externos à vontade do Estado ao requerer deste, em tal caso, uma atuação rápida a fim de evitar a verificação do resultado lesivo e permitir a recuperação da normalidade – assim, diz-se que estão delineados todos os pressupostos de uma situação de *estado de necessidade econômico-financeiro*<sup>88</sup>.

O fato de o legislador constituinte não prever expressamente este instituto nem remeter ao legislador a sua regulamentação não prejudica o seu reconhecimento na prática caso fosse reconduzido, como propõe a doutrina, “*a um princípio geral de direito prévio à formulação legislativa*”<sup>89</sup>.

Entretanto, caso pretenda excepcionar com ele a aplicação das regras e dos princípios constitucionais respeitantes à criação de novos tributos e ao sistema fiscal ou à restrição de direitos fundamentais com expressão econômica individual e concreta constitucionalmente protegida defronta-se com um problema jurídico: é necessário que a situação possa ser reconduzida a um dos

<sup>87</sup> SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise, p. 69. De acordo com esta autora, o *default* é a designação dada ao descumprimento pelo devedor (no caso de dívida soberana, pelo governo de um Estado) de um empréstimo emitido sob jurisdição de outro Estado (*default externo*), usualmente por credores estrangeiros, e também tipicamente, em moeda estrangeira. No caso de os credores serem domésticos estamos perante dívida soberana interna (e descumprimento ou *default soberano interno*). Até hoje o maior *default soberano externo* foi o da Argentina, em 2001, e o seu montante ascendeu a 95 bilhões de dólares.

<sup>88</sup> SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise, p. 70.

<sup>89</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 720. Embora se compreenda a importância do caráter excepcional das situações de necessidade constitucional formuladas por Jorge Miranda para o reconhecimento dos regimes de exceção que inviabilizariam a conclusão a que se chega, uma vez que nenhum regime de exceção seria admissível sem estar explicitamente previsto na Constituição, isto é, as formas de organização e as providências para o tempo de exceção decorreriam diretamente da Constituição e não poderiam ficar à margem desta – conferir: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, p. 407 – não se pode deixar de divergir delas, pois a rigidez que pressupõe não se adequa à capacidade de previsão de estados de anormalidade ameaçadores da estrutura social que garante a paz, sobretudo quando os prognósticos foram realizados para um horizonte de tempo incerto e não linear. O próprio jurista e professor da Universidade de Lisboa, Dr. Jorge Miranda, sintetiza que uma “Constituição normativa acentua o caráter excepcional das situações de necessidade, mas, ao mesmo tempo, assume-as plenamente, sujeita-as ao seu império [...]”. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, p. 408.

tipos de estado de necessidade constitucional disciplinado nos artigos 136 a 139 da CRFB/1988 e no artigo 19 da CRP/1976 para que as medidas fiscais consideradas necessárias e adequadas ao restabelecimento da normalidade possam ser adotadas sem a observância total dos mencionados princípios e regras constitucionais ao funcionarem como garantias constitucionais. Se assim não fosse, todas estas medidas seriam ilícitas e inconstitucionais por terem natureza confiscatória<sup>90</sup>.

O Estado brasileiro invocou em vários períodos da sua história o *estado de necessidade econômico-financeiro* com o escopo de debelar inúmeras crises monetárias e fiscais com uma larga atuação interventiva do Estado no campo econômico com vistas na sustentabilidade financeira, fiscal e social<sup>91</sup>.

A Constituição brasileira de 1967 instituiu o decreto-lei com o qual podia o Presidente da República editar normas com força de lei “*em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa*”, em matéria de “*segurança nacional*” e “*finanças públicas*”. Tal decreto-lei produziria efeitos desde a sua promulgação e, se não fosse rejeitado pelo Congresso Nacional no prazo de sessenta dias de seu recebimento, estaria definitivamente aprovado (artigo 58, CRFB/1967). A Emenda à Constituição n.º 1/1969 (17/10/1969) manteve o decreto-lei no artigo 55 ao acrescentar outra matéria em seu raio de ação, isto é, “*criação de cargos públicos e fixação de vencimentos*”.

Criava-se desse modo um instrumento pelo qual o Presidente da República, chefe do Poder Executivo, se tornava também legislador. E, na verdade, a experiência mostra que, no período de 1967 a 1988, o decreto-lei foi, conquanto abusivamente, o método normal de legiferação<sup>92</sup>.

Foi por meio dele que se encetaram numerosas medidas econômicas e, sobretudo, os Planos Cruzado e Bresser<sup>93</sup>. Tais planos visavam a uma profunda reforma econômica e financeira, buscando deter a inflação, sanear as finanças públicas, fortalecer a moeda ao criar até uma nova, o Cruzado, e, por fim,

<sup>90</sup> SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise, p. 70.

<sup>91</sup> João Carlos Loureiro adverte que ante o processo de globalização o Estado revelou-se necessitado de reforma. Segundo ele, em resposta a atual crise enfrentada pelos chamados Estados Sociais não se trata de dismantlar, mas de transformar o Estado Social, especialmente na sua versão providencial. LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social ? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 18.

<sup>92</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 44.

<sup>93</sup> Respectivamente, Decretos-Leis n.ºs 2.283 de 27 de fevereiro de 1986, e 2.335 de 12 de junho de 1987.

interromper a trajetória inflacionária. Com o nítido caráter de resposta a uma grave crise econômica, envolveram medidas de constitucionalidade duvidosa<sup>94</sup>.

A atual Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, inexistente, como nas anteriores, a previsão de normas emergenciais de caráter econômico-financeiro. Preceitua, sim, a admissibilidade de empréstimo compulsório “para atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência” (artigo 148, I), assim como a instituição, pela União, de impostos extraordinários no caso de guerra externa ou sua iminência (artigo 154, II), aliás este último era admitido no direito anterior (EC n.º 1/1969, artigo 22).

A Constituição brasileira de 1988 substituiu o decreto-lei pelas *medidas provisórias*. Com fundamento no artigo 62 da Constituição, o Presidente da República pode, “em caso de relevância e urgência”, estabelecer normas “com força de lei”. Estas são imediatamente eficazes devendo, contudo, ser aprovadas dentro em sessenta dias (autorizada uma única prorrogação pelo mesmo prazo), pelo Congresso Nacional, sob pena de perderem essa eficácia<sup>95</sup>.

As medidas provisórias constituíram o veículo pelo qual se implantou o chamado Plano Verão<sup>96</sup>, no qual se criou o Cruzado Novo e, após, projetou-se o malogro Plano Collor<sup>97</sup>.

Os expedientes adotados pelo governo por meio de medidas provisórias para o alcance do reequilíbrio econômico-financeiro do país constituíram alvos de numerosas ações judiciais em razão do conteúdo veiculado ser de duvidosa constitucionalidade ao atingir profundamente o direito de propriedade, a garantia de justiciabilidade etc.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, seria certamente mais profícuo, para a eficiência das medidas e para a preservação da ordem jurídica, sobretudo no império da Constituição que houvesse, no Brasil, um sistema prefixado de ações de resposta a crises econômico-financeiras, como há, em relação à comoção interna grave e à guerra, o estado de sítio<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 45.

<sup>95</sup> Acerca do tema “medidas provisórias” podem-se obter maiores aprofundamentos no seguinte artigo de minha autoria: CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A eficácia e natureza jurídica da medida provisória na Constituição Federal de 1988. *Revista da AGU*, Brasília, n. 24, p. 183-224, abr./jun. 2010.

<sup>96</sup> Medida Provisória n.º 32, de 15 de janeiro de 1989.

<sup>97</sup> Medida Provisória n.º 168, de 15 de março de 1990.

<sup>98</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 46.

Em Portugal, as medidas práticas empregadas para debelar a colossal crise que atravessa o país<sup>99</sup> não passam de ações vertidas sob os parâmetros de juridicidade de uma situação aparentemente normal. Assiste-se, teoricamente, à adoção de medidas político-legislativas que procuram orientar a situação econômica do país para o cumprimento das diretrizes macroeconômicas gerais das políticas públicas de crescimento. No entanto, percebe-se que o que está em curso é a aplicação de um conjunto de medidas de *retrocesso social*, cujo objetivo é alcançar um ajustamento rápido e urgente entre o nível de riqueza produzida e o gasto público e privado realizado<sup>100</sup>.

Ora, esse ajustamento rápido com o propósito de neutralizar o risco iminente do *default* exige, como foi dito, a adoção de medidas de retrocesso social, e nada menos adequado para a sua concretização do que trabalhar com um quadro jurídico de normalidade fictícia que, conforme afirma Suzana Silva, ao deixar as garantias dos contribuintes à mercê de restrições perversas abre porta a diversas iniquidades – “quando nada é disponível e os fatos triunfam sobre os parâmetros tudo se torna possível”<sup>101</sup>.

A análise sobre as ações empreendidas pelo governo português será pautada no pressuposto de que estas medidas são empregadas em *regime de emergência econômica* e não em *situação de normalidade* ao significar que se deve assentar, fundamentalmente, nos critérios de proporcionalidade, justiça e equidade de todas elas e não ao conteúdo atual dos preceitos da Constituição portuguesa, dos quais resulta, essencialmente, uma proibição expressa de as adotar.

Foi publicada no dia 31 de Dezembro de 2010 a Lei n.º 55-A/2010 – Lei do Orçamento do Estado português para o ano de 2011, com entrada em vigor em 1.º de Janeiro de 2011, a qual teve sua constitucionalidade questionada por um grupo de Deputados da Assembleia da República perante o Tribunal Constitucional Português (TCP) por violar a Constituição da República Portuguesa em várias de suas disposições e princípios tais como: violação do princípio do Estado de Direito, violação do princípio da igualdade, violação do direito fundamental à não redução do salário, violação do princípio da proteção da confiança etc.<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Este trabalho foi escrito em Lisboa, em dezembro de 2011, no curso do inverno europeu.

<sup>100</sup> Nesse sentido: SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise, p. 72.

<sup>101</sup> SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise, p. 72.

<sup>102</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Processo n.º 72/2011, declaração de (in)constitucionalidade, com força obrigatória e geral, das normas constantes dos artigos 19, 20 e 21 da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2011). Acórdão n.º 396/2011, publicado no Diário da República, 2.ª série – n.º 199, Lisboa, de 17 de outubro de 2011.

Perfilha-se a inconstitucionalidade da lei em seus dispositivos questionados, ainda que a decisão do Tribunal Constitucional tenha sido em sentido contrário, pois em primeiro lugar, imporia prevalecer um *critério de universalidade*, o que significa que todos deveriam ser afetados ou suportarem, em igual medida, pelas decisões públicas de retrocesso social, no que ao âmbito de atuação dos poderes públicos diz respeito. Pressuposto que não se verificou.

Quanto à redução da contraprestação pública remuneratória nos contratos de trabalho em funções públicas, ela deveria abranger todos os setores e todos os tipos contratuais que suportam a “*aquisição da força de trabalho*” em que “*o dinheiro provenha do orçamento de Estado*”. Isso significa que conforme disposto nos artigos 19 e seguintes, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro de 2010, não só os titulares de cargos públicos e os trabalhadores em funções públicas ou outros enquadrados em quaisquer das situações previstas no n.º 9 deste artigo 19 seriam abrangidos, mas também todos os contratos de prestação de serviço em vigor<sup>103</sup>. Premissa que nos leva a divergir do que foi preceituado no artigo 22 da referida lei, onde apenas se prevê a redução remuneratória para esta segunda categoria de contratos quando estes venham a ser celebrados ou renovados no ano de 2011<sup>104</sup>.

Segundo lição de Suzana Silva, é preciso aduzir que a universalidade dos sacrifícios deve abranger, em igual medida, todos os contratos onde exista financiamento público, em especial aqueles celebrados pela Administração Pública e pelo Estado, não existindo razões justificáveis para a sua limitação ao universo do exercício de funções públicas e dos contratos de aquisição de “força de trabalho”<sup>105</sup>.

Além disso, não se compreende a exclusão de certas categorias de rendimento no Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) das medi-

<sup>103</sup> SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise, p. 75.

<sup>104</sup> O artigo 22, n.º 1 da Lei 55-A/2010 dispõe, *in verbis*: “O disposto no artigo 19 é aplicável aos valores pagos por contratos de aquisição de serviços, que venham a celebrar-se ou renovar-se em 2011, com idêntico objeto e a mesma contraparte [...]”.

<sup>105</sup> SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise, p. 77. Nesta página indicada a autora sustenta que a vulnerabilidade econômica do “contraente privado” é idêntica, quer este seja um trabalhador em funções públicas, um prestador de serviços, um fornecedor de bens ou alguém que exerça uma tarefa ou função pública por delegação contratual, não existindo razões para discriminar os primeiros de forma negativa. Segundo a autora, “se o *estado de emergência econômico-financeiro* justifica e legitima a redução da remuneração dos primeiros, então esse mesmo circunstancialismo há-de justificar a restrição das margens de lucro do co-contratante nos restantes contratos em nome do *princípio da igualdade na contribuição para os encargos públicos*. Os pressupostos são os mesmos: a situação de anormalidade decorrente da falta de capacidade financeira do Estado em poder honrar os compromissos financeiros pré-determinados justifica a necessidade de adotar medidas de *retrocesso social* que permitam regressar á normalidade [...]”.

das de agravamento da tributação, exclusões que, mais uma vez, se afiguram violadoras do princípio da universalidade e, nessa medida, inconstitucionais<sup>106</sup>.

As medidas excepcionais devem ser interpretadas e a sua validade examinadas à luz dos princípios informadores do *estado de emergência econômico-financeiro*, o que significa que o critério da universalidade nesta fase em que o aumento das receitas fiscais se apresenta como uma exigência imperiosa em razão das circunstâncias existentes não pode ser “beliscado” por critérios gerais de política econômica. Esses critérios são válidos em situação de normalidade, mas não podem ser mobilizados em situação de excepcionalidade, enquanto durar o atual estado de emergência econômico-financeiro<sup>107</sup>.

## 7. O risco da exceção permanente

O filósofo Giorgio Agamben afirmou categoricamente que o estado de exceção é o novo paradigma de governo<sup>108</sup>. Como Schmitt, ele compreende o estado de exceção como algo externo ao direito apresentando-se como “*a forma legal daquilo que não pode ter forma legal*”<sup>109</sup>. Agamben entende que a diferenciação entre ditadura comissária/soberana ou constitucional/inconstitucional permanece prisioneira de um círculo vicioso fundamental no qual “*as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam à sua ruína*”<sup>110</sup>.

A partir da República de Weimar, Agamben diz que uma “*democracia protegida*” não é uma democracia, e que o paradigma da ditadura constitucional funciona apenas como uma fase de transição que conduz fatalmente à instauração de um regime totalitário<sup>111</sup>. Para ele, a aporia máxima é o próprio conceito de estado de necessidade, supostamente a justificativa da exceção, que muitos têm como dado objetivo. Aduz que a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica um juízo subjetivo, e que “[...] *necessárias e excepcionais são, evidentemente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais*”<sup>112</sup>.

<sup>106</sup> SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise, p. 78.

<sup>107</sup> SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise, p. 79.

<sup>108</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 13, 20.

<sup>109</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 12.

<sup>110</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 21.

<sup>111</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 32.

<sup>112</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 51.

A referência de Giorgio Agamben ao estado de exceção como técnica normal de governo<sup>113</sup> mira-se, principalmente, nas reações intempestivas dos governos ocidentais após os ataques de 11 de setembro de 2001 (embora o filósofo tenha feito um amplo registro histórico do uso da exceção<sup>114</sup>). Contudo, muitas de suas críticas têm alcance amplo, levando-se a refletir sobre a possibilidade, no mundo atual, da sobrevivência dos pressupostos democráticos diante da banalização do uso dos poderes de exceção.

Com arrimo nas premissas de Agamben e também no conceito schmittiano de soberania, Gilberto Bercovici sustenta a tese de que há um “estado de exceção econômico permanente a que está submetida a periferia do capitalismo”<sup>115</sup>. A argumentação é construída ao ter por base a situação da América Latina, mas poderia incluir Portugal, situado na periferia econômica europeia.

Para o professor, os Estados periféricos convivem com um decisionismo de emergência para salvar o mercado ao arrepio da vontade do povo. No seu entender, a constante adaptação das normas do direito interno às necessidades do capital financeiro indica a possibilidade cada vez menor de interferência da soberania popular, de modo que a “razão de mercado passa a ser a nova razão de Estado”<sup>116</sup>, a sugerir a natureza de estado de exceção. Em artigo recente, Gilberto Bercovici leciona:

O atual estado do mundo [...] é o estado de sítio. A ditadura política foi substituída com êxito pela ditadura econômica dos mercados. Com as estruturas estatais ameaçadas ou em dissolução, o estado de emergência aparece cada vez mais em primeiro plano e tende a se tornar a regra. A partir da recente supremacia de ideias como autorregulação e soberania do mercado, volta à atualidade o pensamento de Carl Schmitt, que define como soberano quem decide sobre o estado de exceção<sup>117</sup>.

A preocupação de Bercovici é legítima, o que não impede que sejam feitas algumas reservas ao seu posicionamento. Há de se concordar que, quando os argumentos de emergência são empregados para todo o tipo de situação, os limites entre normalidade e exceção são ultrapassados e a emergência vira regra.

<sup>113</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 13.

<sup>114</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 25-42.

<sup>115</sup> BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 11, p. 95, fev. 2006.

<sup>116</sup> BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 11, p. 96, fev. 2006.

<sup>117</sup> BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo, p. 95-96.

Certamente, um governo constitucional não pode sobreviver em um contexto de crise permanente<sup>118</sup>.

Em primeiro lugar, o fenômeno do aumento da legislação governamental (do Executivo) no plano econômico ocorreu em diversos países do mundo, inclusive nas grandes potências, como já tivemos a oportunidade de examinar. Em segundo lugar, o processo de mundialização (globalização) alcança a todos, indistintamente. Isso constitui um dado visto indicar que não se vá caminhar para trás. Em razão disso, novos desafios aparecem e novas respostas devem ser pensadas. Na esteira do que afirma Suzana Silva, “[...] o contexto econômico globalizado, onde a produção de riqueza obedece a regras muito distintas daquelas que governavam as economias fechadas e estadualizadas, traz consigo desafios (mais do que problemas) à reconstrução da socialidade”<sup>119</sup>.

Dentro dessa perspectiva, a relativização (ou reconfiguração) do conceito de soberania é uma realidade. De um lado, a dificuldade de adaptação do modelo clássico da democracia representativa a essa realidade é evidente. Por outro, a questão é saber se essa inadaptação gera um *estado de exceção*, ou, simplesmente, uma nova forma de desenvolvimento político e estatal<sup>120</sup>.

## 8. O estado de sítio econômico na Constituição e o impacto sobre os direitos fundamentais

As preocupações de Giorgio Agamben, Gilberto Bercovici e de Manoel Gonçalves Ferreira Filho devem ser levadas em conta. As crises econômicas constituem um processo contumaz e o Direito deve oferecer uma resposta adequada em cada conjuntura. A Constituição deve ser um navio preparado para enfrentar não só calmaria, mas também fortes tempestades.

Não se pode deixar de impugnar algumas contradições apresentadas por Agamben, em especial, a possibilidade de um instituto que tem o escopo de proteger e, ao mesmo tempo, ser capaz de destruir a democracia<sup>121</sup>. No entanto, reporta-se a lição expandida por Carlo Baldi ao aduzir que “[...] a aplicação inte-

<sup>118</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 117.

<sup>119</sup> SILVA, Suzana Tavares da. Direitos fundamentais na arena global. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. p. 68.

<sup>120</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 118.

<sup>121</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, p. 20–21, 32, 66. Uma das frases mais contundentes poderia ser essa: “Fica sempre cativa do círculo vicioso em que as medidas excepcionais que se trata de justificar pela defesa da constituição democrática são as mesmas que levam à sua ruína” – p. 21.

gral dos princípios do Estado de Direito às situações de exceção só é possível se a estrutura do Estado for sólida”<sup>122</sup>.

Tampouco se quer dizer que o regime emergencial seja a solução “mágica” para qualquer tipo de convulsão. Sem dúvida ele é mais adequado às graves crises circunstanciais ou conjunturais<sup>123</sup>. Existem crises persistentes que demandam reformas profundas (sociais, políticas, econômicas etc.), para as quais o recurso temporário aos poderes emergenciais serve apenas como uma providência paliativa, ainda que seja importante em algum momento. Nessas situações, é imperativo pensar em soluções de longo prazo ao evitar o uso contínuo e indefinido de medidas típicas de exceção, banalizando-as e assumindo o risco real de que se tornem a regra<sup>124</sup>.

Impende assinalar que há crises que abalam toda a estrutura do Estado, alterando-a completamente ou substituindo-a por outra (p. ex., a Revolução Francesa, a Revolução Russa etc.).

De fato, é admissível a previsão na Constituição de um sistema de controle de crises (que se pode chamar de exceção constitucional) de feição rígida. Esse foi o caminho aderido pelas Constituições brasileira (artigos 136 a 141) e portuguesa (artigo 19). A Constituição portuguesa faz uma diferenciação, de acordo com a gravidade da ameaça, entre estado de emergência (menos grave) e estado de sítio (mais grave). A Constituição brasileira faz a mesma distinção, mas usando as denominações estado de defesa e estado de sítio. Nenhuma das duas, porém, trazem disposições expressas acerca do enfrentamento de crises econômicas.

Em sua origem, os regimes de exceção constitucional foram delineados para permitir a suspensão<sup>125</sup> apenas dos direitos de liberdade (civis e políticos –

<sup>122</sup> BALDI, Carlo. Estado de sítio, p. 414.

<sup>123</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 119. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, p. 134.

<sup>124</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 119.

<sup>125</sup> Segundo profícua lição de José Melo Alexandrino, à luz da Constituição portuguesa, mas que igualmente pode se estendida para a experiência constitucional brasileira, define a *suspensão* como a “afetação dos direitos, liberdades e garantias que, pressupondo uma declaração de estado de sítio ou de estado de emergência, feita na forma prevista da Constituição [portuguesa – nota nossa], atinge em abstrato certos efeitos de proteção da norma de direito fundamental”. ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. 2. ed. rev. atual. Cascais: Príncipe, 2011. p. 143.

direitos fundamentais de primeira dimensão)<sup>126</sup> relacionados diretamente com a preservação da ordem contra perturbações de origem político-militar<sup>127</sup>.

Entretanto, em uma crise econômica, os direitos fundamentais mais ameaçados são os direitos sociais, econômicos e culturais (direitos fundamentais de segunda dimensão), os quais consubstanciam o núcleo dos denominados direitos prestacionais. Indaga-se se seria possível cogitar a sua suspensão, ainda que ausente a previsão constitucional expressa<sup>128</sup>?

O tema foi mais bem elucidado por Jorge Bacelar Gouveia em sua tese de doutoramento<sup>129</sup>. Para ele, o argumento formal logo conduziria a uma resposta negativa, pois não seria possível preencher uma lacuna presente em um conjunto de dispositivos que já são formulados em caráter de excepcionalidade. Diz o professor que o legislador constitucional português (argumento que poderia ser estendido ao caso brasileiro) disciplinou apenas pressupostos de natureza política, militar e naturalística, e não motivos ligados a perturbações econômicas e sociais que pudessem causar abalo na ordem constitucional.

Por consequência, duas ilações seriam possíveis: (a) concluir pura e simplesmente pela proibição da suspensão; e (b) admitir a possibilidade da suspensão fora dos limites apertados do artigo 19 (no Brasil, dos artigos 136 a 141). Na visão de Jorge Bacelar, a primeira solução é absurda, pois seria violentada na primeira oportunidade ante a realidade constitucional. Afinal, “[...] *ao Direito Constitucional não cabe apenas um papel dirigente da práxis político-social, mas também*

<sup>126</sup> Por sua vez, o artigo 19, n.º 6 da Constituição portuguesa preceitua que a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência “em nenhum caso pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião”.

<sup>127</sup> As restrições aos direitos fundamentais, na Constituição brasileira, com a decretação do estado de defesa compreendem limitações ao direito de reunião, ainda que exercida no seio das associações; ao sigilo de correspondência e ao sigilo de comunicação telegráfica e telefônica. Agora, na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no artigo 137, I, da CRFB/1988, só poderão ser tomadas contra as pessoas, nos termos do artigo 139, as seguintes medidas: (a) obrigação de permanência em localidade determinada; (b) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; (c) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; (d) suspensão da liberdade de reunião; (e) busca e apreensão em domicílio; (f) intervenção nas empresas de serviços públicos; (g) requisição de bens.

<sup>128</sup> É a preocupação de Gabriel Prado Leal. LEAL, Gabriel Prado. *Exceção econômica e governo de crise nas democracias*, p. 120.

<sup>129</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção no Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1. p. 723-733.

uma missão de resposta realista aos problemas que se coloquem, carecendo de um devido enquadramento normativo-constitucional”<sup>130</sup>.

Ele propõe, então, que se tome em consideração a singularidade da eficácia dos direitos fundamentais sociais<sup>131</sup>. Jorge Bacelar pontifica que estes direitos fundamentais ao serem positivados como normas programáticas<sup>132</sup> condicionam de maneira diferente o legislador infraconstitucional, ficando na dependência do contexto socioeconômico do Estado.<sup>133</sup> Para o professor, não se chega a pôr em causa o princípio do não retrocesso legislativo, defendido por parte da doutrina, porquanto a suspensão se dá apenas enquanto não houver possibilidade fática de concretização desses direitos. A posição de Jorge Bacelar está mais bem elucidada no seguinte fragmento:

Sendo um desses corolários a *dependência dos direitos sociais da realidade constitucional* (ou da reserva econômica do possível), é natural que a sua eficácia sofra as influências dessa mesma realidade constitucional, nela sem dúvida pontificando as decorrentes da saúde financeira das entidades públicas que estão vinculadas ao cumprimento de tais direitos. Essa sua eficácia não é, deste modo, estática, mas profundamente dinâmica, sendo maior ou menor consoante os circunstancialismos econômico-sociais que se afigurem relevantes. É indubitável que a existência e uma grave crise econômico-financeira faz atenuar – quando não menos desaparecer por momentos – a força de tais direitos sociais, uma vez que não é possível fazê-los de outro modo<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção no Direito Constitucional*, p. 727.

<sup>131</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção no Direito Constitucional*, p. 728.

<sup>132</sup> Na Constituição brasileira de 1988, Ingo Wolfgang Sarlet parece reconhecer que a maior parte das normas definidoras de direitos sociais fundamentais poderiam ser equiparadas a normas de cunho programático, visto que sua formulação excessivamente abstrata limitam-se a enunciar programas, fins, tarefas para o Estado ou ordens de legislar. Fornece como exemplos as normas dos arts. 6.º; 7.º, incisos II, III, IV, XI, XII e XIV, bem como os artigos 194, 196, 205 e 215, todos da Constituição brasileira. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “[...] ainda que se pudesse partir da premissa de que no momento em que a Constituição se utiliza da expressão ‘direito’ (artigo 6.º: ‘são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho...’ ou artigo 7.º, *caput*: ‘são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais...’), está, na verdade, positivando o direito fundamental como direito subjetivo, tal circunstância não teria o condão de elidir as dificuldades e a problemática delas decorrente, no que tange à possibilidade de reconhecer-se, diretamente com base na norma constitucional, um direito subjetivo a prestações para o titular.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 319.

<sup>133</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção no Direito Constitucional*, p. 728.

<sup>134</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O estado de exceção no Direito Constitucional*, p. 728.

A solução proposta pelo professor é engenhosa e provavelmente uma das poucas *de lege lata* (pela lei existente em sentido amplo, da lei criada). Tal ilação de Jorge Bacelar possui a inconveniência de ficar atrelada ao conceito de normas programáticas, questionado por boa parte da doutrina. Explica-se melhor.

Inicialmente, quanto às normas programáticas, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, cuida-se de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador<sup>135</sup>.

Com efeito, em conformidade com o pensamento de Dirley da Cunha Júnior, o caráter aberto e diretivo das normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de todos os órgãos do Poder. Se a Constituição é, toda ela, norma jurídica, todos os direitos nela contemplados têm aplicabilidade direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo e o Legislativo. Reforça essa tese o § 1.º do artigo 5.º da Constituição brasileira de 1988. A Constituição brasileira define um modelo econômico de bem-estar<sup>136</sup>. Tal modelo converge para o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3.º, I da CRFB/1988), garantir o desenvolvimento nacional (artigo 3.º, II da CRFB/1988), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3.º, III da CRFB/1988), promoção do bem de todos (artigo 3.º, IV da CRFB/1988), a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170, *caput* da CRFB/1988).

Luís Roberto Barroso admite que possa haver direito subjetivo perante as normas programáticas, embora o seja, para o jurista, em sua versão negativa de exigir que o Poder Público se abstenha de praticar atos que contravenham seus ditames<sup>137</sup>. Aduz a existência do direito de “[...] *opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional*”, o de “[...] *obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que*

<sup>135</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 309.

<sup>136</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 171. Não é diferente a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, para o qual todas as normas consagradoras de direitos fundamentais, incluindo as normas definidoras de direitos sociais, são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis no âmbito da constituição e independentemente de intermediação legislativa. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 311-312.

<sup>137</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117.

estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos”<sup>138</sup>, e sugere, para reflexão futura, a existência de possibilidade de invocação de uma norma constitucional programática para impor ao Poder Público determinada obrigação de fazer relacionada a prestações positivas<sup>139</sup>.

E mais, deve-se cogitar no chamado princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais. Tal princípio, com efeito, não se aplica exclusivamente às normas programáticas, tampouco é direcionado fundamentalmente ao Poder Executivo. Embora o princípio tenha aplicação aos direitos sociais como um todo é, em relação às normas programáticas, que possui aplicação superlativa, visto que em uma situação anteriormente apresentada, havendo uma determinante constitucional específica do dever de legislar, a revogação, por si, da lei, geraria uma espécie de inconstitucionalidade por omissão superveniente<sup>140</sup>.

Desse modo, conforme escólio de Vidal Serrano, a noção de proibição de retrocesso seria uma espécie de direito social adquirido ao estar, portanto, salvaguardado, tanto a título individual como coletivo, de eventuais mudanças legislativas ou ainda por revisões administrativas do Poder Executivo<sup>141</sup>.

Deve-se aduzir que nenhum instituto jurídico, *de per se*, irá resolver a designada crise do Estado Social como que num passe de mágica. No entanto, considera-se que a ideia da constitucionalização de uma hipótese de *exceção econômica* (ou estado de sítio econômico, termo sugerido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho) pode ter utilidade, mas merecendo ao menos um debate mais amplo<sup>142</sup>.

Ela pode oferecer indiscutivelmente muitas vantagens. Gabriel Prado Leal enumera alguma delas que podem, aqui, ser sintetizadas: (a) caso não evite, ao menos reduz a possibilidade de que as medidas de saneamento e recuperação sejam declaradas inconstitucionais pelos tribunais; (b) a rigidez ajuda a evitar o arbítrio, sendo compatível com os sistemas constitucionais do Brasil e de Portugal; (c) não é dependente do conceito de normas programáticas, abertamente criticado pela doutrina; (d) permite a criação de uma “válvula de escape” constitucional ao ampliar a adaptabilidade da Constituição às diferentes circunstân-

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 117.

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 151.

<sup>140</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivamente e exigibilidade judicial dos direitos sociais*, p. 118.

<sup>141</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivamente e exigibilidade judicial dos direitos sociais*, p. 119.

<sup>142</sup> Nesse sentido: LEAL, Gabriel Prado. *Exceção econômica e governo de crise nas democracias*, p. 122.

cias, de forma que se evita, em crise aguda, supressão de direitos que, de outro modo, poderiam ser apenas suspensos<sup>143</sup>.

A Constituição poderia prever, portanto, um *estado de sítio econômico* mediante a observância de determinadas regras procedimentais ao possibilitar a participação obrigatória do Poder Legislativo (com maioria qualificada). Durante a vigência da exceção econômica, seriam editados decretos ou medidas provisórias com força de lei, com validade temporária para o período da crise, a não ser que convertidas em lei definitiva pelo Parlamento. Medidas extraordinárias nos planos tributário, administrativo e de crédito público poderiam ser adotadas. Direitos fundamentais poderiam submeter a restrições quanto ao seu exercício ou garantias. Seria possível limitar o direito de greve e o direito de propriedade, estabelecer requisições de bens, reduzir juros, aluguéis, salários etc.<sup>144</sup>.

Esse é um rol exemplificativo que indica algumas das (duras, porém necessárias) medidas habitualmente tomadas por países em crise econômica.

## 9. Direitos sociais, igualdade e justiça social

O bem-estar social ao indicar uma dimensão axiológica da própria dignidade humana – identificada com a exigência de condições materiais mínimas (ou médias) que proporcionem a cada ser humano uma qualidade de vida que garanta, em termos econômicos, sociais, culturais (ou educacionais) e ambientais, uma existência condigna –, representa uma preocupação da justiça social acolhida pelos textos jurídicos constitucionais e internacionais<sup>145</sup>. Entretanto, a luta contra a desigualdade e a pobreza ao traduzir problema nuclear do bem-estar social e, por conseguinte, exigência primordial da justiça social, abarca um problema de natureza política e econômica que invoca as ideias de justiça, igualdade e liberdade<sup>146</sup>.

A consagração dos direitos sociais como direitos fundamentais nas ordens constitucionais portuguesa e brasileira é compatível com a afirmação da liberdade como “[...] *bem jurídico (ou denominador) comum de todos os direitos funda-*

<sup>143</sup> LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias, p. 123.

<sup>144</sup> São essas algumas das medidas propostas por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, p. 47.

<sup>145</sup> OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1. p. 449.

<sup>146</sup> Nesse sentido: OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1. p. 449-450.

mentais e, por conseguinte, como parâmetro da sua fundamentalidade”<sup>147</sup>. Com efeito, a conexão entre os direitos sociais e os direitos de liberdade (civis e políticos) é muito sublinhada pela doutrina<sup>148</sup>. Não se trata de, em rigor, de ideias contrapostas (igualdade *versus* liberdade)<sup>149</sup>.

A criação de condições para uma existência condigna – “[...] exigência básica da justiça social”<sup>150</sup> – não visa apenas a assegurar uma ideia de igualdade social<sup>151</sup> ou de solidariedade<sup>152</sup> ou, numa visão mais articulada, não se esgota em fundamentos como a segurança, a solidariedade, a democracia ou a igualdade<sup>153</sup> ao estar igualmente orientada para a efetivação das liberdades fundamentais<sup>154</sup>.

Assim, tem-se a ideia fundamental de um Estado Social funcionalmente orientado para a liberdade e, por isso, numa ordem constitucional de liberdade,

<sup>147</sup> NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 120.

<sup>148</sup> Como exemplos dentre tantos autores que adotam essa posição temos: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 291-318; MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sêrvulo Correia*, Coimbra, v.1, p. 659, set. 2010; MATOS, André Salgado de. O direito ao ensino: contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge et al. (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. Coimbra: Almeida, 2010. v. 3. p. 395-417; SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 22, p. 18, sep./dic. 1995; PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista. In: VALIÑO, Vanesa (Coord.). *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Barcelona: Observatori DESC, 2009. p. 7-8; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 4. p. 163, 171.

<sup>149</sup> MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sêrvulo Correia*, Coimbra, v.1, p. 660, set. 2010.

<sup>150</sup> GIMÉNEZ, Teresa Vicente. *La exigibilidad de los derechos sociales*. València: Tirant lo Blanch, 2006. p. 79.

<sup>151</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet, a exigência política da maior liberdade social possível conflita com a exigência política de maior igualdade social possível, visto que a liberdade social também é a liberdade do mais forte e a igualdade social é justamente a igualdade de oportunidades por parte do mais fraco. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 543.

<sup>152</sup> ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. 2. ed. rev. atual. Cascais: Príncípa, 2011. p. 67-68.

<sup>153</sup> MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sêrvulo Correia*, Coimbra, v.1, p. 660, set. 2010.

<sup>154</sup> João Carlos Espada destaca a centralidade do problema de transformar a liberdade real para todos. ESPADA, João Carlos. *Direitos sociais de cidadania*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004. p. 217.

apresenta-se a configuração da liberdade como fundamento e limite do Estado Social. A liberdade dos “[...] *homens com minúscula, os verdadeiros indivíduos, singulares, irrepitíveis, com suas necessidades e sofrimentos concretos*” está também ameaçada “[...] *pela fome, pela miséria e pela ignorância*”<sup>155</sup>. Em uma única palavra, sob pena de a liberdade se tornar em parte uma “*fórmula vazia*”<sup>156</sup>, pode-se dizer, na esteira do pensamento de Jorge Miranda ao declarar na Assembleia Constituinte de 1975, que a liberdade significa também “[...] *libertação da miséria, da insegurança e da necessidade*”<sup>157</sup>.

O direito social originou-se das questões entre patrões e operários da grande indústria, da luta operária, da denominada luta de classes. Foi tratado como direito dos trabalhadores, direito dos operários ou como legislação social. Contudo, a ideia de direito social é aquela que se refere à proteção dos indivíduos economicamente enfraquecidos ao ter por finalidade o equilíbrio social, o bem comum, o direito à satisfação das necessidades vitais do indivíduo como membro da coletividade ante um esforço conjunto dos institutos jurídicos para a eficácia e efetividade das normas de direito social<sup>158</sup>.

José Luis Bolzan de Moraes, em seu estudo acerca da ideia de direito social, recorre ao pensamento de Georges Gurvitch ao assinalar que este trata o direito social como direito de integração, como direito dos enfraquecidos e dos despossuídos economicamente, requerendo, portanto, a intervenção do Estado. O direito social assume como ordem integrativa, pois está fundado sobre a confiança compartilhada pelos membros do grupo, pelo esforço comum e pela ajuda mútua<sup>159</sup>.

Assim, o Estado Social nasceu sob uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais pujante em gestão no universo político do ocidente<sup>160</sup>. O Estado Social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista ao

<sup>155</sup> PELÁEZ, Francisco José Contreras. *Derechos sociales: teoria e ideologia*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 16, 25. Tradução nossa.

<sup>156</sup> MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, v.1, p. 661, set. 2010.

<sup>157</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 4. p. 101.

<sup>158</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2014. p. 190.

<sup>159</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de. *A ideia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 34-35.

<sup>160</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 74.

requerer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais ao colocar, portanto, a liberdade e a igualdade no patamar da concretude constitucional propriamente dita<sup>161</sup>.

Muito profícuo o contributo do professor Menelick de Carvalho Netto ao consignar que no contexto do constitucionalismo social ou do Estado Social a liberdade e a igualdade ao singularizarem-se como direitos fundamentais, não mais poderiam ser consideradas em seu sentido exclusivamente formal, porquanto para serem plausíveis requerem a sua materialização em direitos que constitucional e legalmente venham proteger a parte mais vulnerável das várias relações (sociais, econômicas, jurídicas etc.) e que sejam viabilizadas políticas públicas inclusivas como o acesso à saúde, à educação, à cultura e, até mesmo, a tentativa de controle estatal e jurídico da economia ao evitar as crises cíclicas do capitalismo<sup>162</sup>. Segundo ele, para o bom funcionamento da política e do Direito, além de necessitarem da credibilidade institucional, precisam “[...] *do insumo de legitimidade que somente os direitos fundamentais podem lhes fornecer*”<sup>163</sup>.

Isso posto, não se pode afirmar, num plano axiológico, que exista por dedução e em abstrato um primado dos direitos, liberdades e garantias (DLG) sobre os direitos sociais (DS). Faz-se alusão à doutrina portuguesa ao deparar quem defende que os valores subjacentes às normas referentes a direitos, liberdades e garantias (DLG) desfrutam da superioridade hierárquica sobre os valores que resultam de todas as outras normas de direitos fundamentais<sup>164</sup>. Pelo

<sup>161</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 15, 200.

<sup>162</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 149.

<sup>163</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 146-147.

<sup>164</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 254. O professor Paulo Otero, em outra obra de sua autoria, sublinha que o Estado Social “é ainda herdeiro do Estado Liberal” ao existir “[...] uma continuidade teleológica com o propósito do Estado Liberal de dignificação da pessoa humana”. OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1. p. 336. ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. 2. ed. rev. atual. Cascais, PT: Príncipia, 2011. p. 44. Nesta página referenciada, José Melo Alexandrino acentua a existência do primado da liberdade (autonomia, participação e laboral) sobre a igualdade material, bem como da prevalência da efetividade jurídica dada ao conteúdo principal dos direitos, liberdades e garantias (DLG) e, por fim, a primazia do Estado de Direito sobre o princípio do bem-estar. Outro jurista português que sustenta uma possível hierarquia jurídica entre DLG e DS é José Manuel Sérvulo Correia. CORREIA, José Manuel Sérvulo. Inter-relação entre os regimes constitucionais dos direi-

contrário, nossa posição é que a exigência de um mínimo de igual liberdade ao permitir “[...] o exercício da liberdade daqueles que têm esta total ou fortemente bloqueada”<sup>165</sup>, bem como o livre desenvolvimento da personalidade e a defesa da dignidade da pessoa humana postulam ética e juridicamente a posituação constitucional dos direitos sociais (DS)<sup>166</sup>. Estes não são, portanto, direitos de segundo grau<sup>167</sup>. Por conseguinte, uma ordem constitucional que consagra a liberdade não apenas perante o Estado, mas também por meio do Estado, tem sentido afirmar a indivisibilidade dos direitos fundamentais<sup>168</sup>. Nesse sentido,

tos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 969-970. Em sentido contrário é a posição de Jorge Reis Novais para quem os direitos sociais (DS) ao serem direitos fundamentais constitucionais desfrutam do regime dos direitos fundamentais como normas jurídicas vinculativas de força superior e submetem-se a esse regime quanto a todo o seu conteúdo, tal como os direitos de liberdade. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 84.

Na doutrina brasileira, destaca-se o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet segundo o qual, a Constituição brasileira ao acolher direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais reconhece-os de forma inquestionável sua condição de direitos fundamentais. Ainda, para Sarlet, todas as categorias de direitos fundamentais, sejam direitos de liberdade, sejam direitos sociais, estão sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico, pois todos eles receberam do Constituinte normatividade suficiente, como normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 67, 270-272. No mesmo sentido de que não há hierarquia entre os DLG e DS ao defender, pois, uma visão sistêmica e unitária para ambas categorias de direitos é a posição de Luísa Cristina Pinto e Netto: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 54-61, 79-96.

<sup>165</sup> NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 119-120. Nestas páginas mencionadas, José Casalta Nabais assevera que todos os direitos fundamentais somente apresentam sentido se forem expressão da liberdade perante o poder, visto que foram alçados como meios ou fatores de libertação e de luta contra a opressão.

<sup>166</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 15, abr./jun. 1996.

<sup>167</sup> AVILÉS, María del Carmen Barranco. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 107.

<sup>168</sup> Nesse sentido: MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, v.1, p. 661, set. 2010.

Outra posição que acolhe a indivisibilidade dos direitos fundamentais é a de Flávia Piovesan, para quem os direitos humanos (terminologia que ela adota) são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados e que a violação a direitos sociais (DS) implica, conseqüentemente, a violação

reitera-se a existência de unidade do sistema de direitos fundamentais consagrado constitucionalmente.

Não se afigura possível o atual Estado de Direito subsistir sem o reconhecimento de direitos sociais, constitucionalmente consagrados em inúmeras constituições estatais. No século XIX isso poderia acontecer, dado o nível ainda rudimentar do capitalismo. Todavia, nos nossos dias, em pleno desenvolvimento das formas de concentração do poder econômico, o Estado que se limitasse a respeitar os clássicos direitos de liberdade sucumbiria inexoravelmente ao ensejar razão para erigir um Estado autoritário assente nas oligarquias possidentes ou nas massas sobre-exploradas e, inevitavelmente, revoltadas<sup>169</sup>.

A dignidade humana ao se concretizar no livre desenvolvimento da personalidade não pode ser alheia à liberdade; esta, por sua vez, não apenas se acha inseparavelmente vinculada à dignidade, senão que em suas dimensões positiva e comunitária implica a igualdade, pois dificilmente se pode falar de liberdade para todos, se todos não são iguais entre si ao se considerar que a igualdade se consubstancia e se orienta para a dignidade e para a liberdade<sup>170</sup>. de modo que a relação entre liberdade e igualdade passou a ser indissociável e constitutiva do atual constitucionalismo.

A igualdade passou a ser valor central para o Direito Constitucional contemporâneo ao representar verdadeira “*pedra angular do constitucionalismo moderno*”<sup>171</sup>. porquanto é parte integrante da tradição constitucional inaugurada com as primeiras declarações de direitos e por incorporar-se aos catálogos de direitos fundamentais desde o constitucionalismo de matriz liberal-burguesa, projetando a igualdade ao conceito de Estado Democrático e Social de Direito ao conjugar dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais<sup>172</sup>.

a direitos civis e políticos (direitos de liberdade). PIOVESAN, Flávia. *Não à desconstitucionalização dos direitos sociais*. São Paulo: Consultor Jurídico, 2000. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas\\_trabalhistas\\_preservadas](http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas)>. Acesso em: 30 ago. 2013. Em outro estudo, Flávia Piovesan afirma que em razão da indivisibilidade dos direitos fundamentais estes não existem sem que os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) estejam garantidos e que, por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão. PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais e do direito à alimentação adequada: mecanismos nacionais e internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coord.). *Direito humano à alimentação adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 25-26.

<sup>169</sup> CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 53.

<sup>170</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Dimensiones de la igualdad*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007. p. 114.

<sup>171</sup> ROSENFELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. *Revista Derechos y libertades*, Madrid, ano 3, n. 6, p. 411, 1998.

<sup>172</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. São Paulo: RT; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007. v. 1. p. 336-337. Para os expoen-

A partir da ideia de Estado Democrático e Social de Direito, a preocupação com a igualdade passa a ser o foco nas mais diversas teorias da justiça<sup>173</sup>. Isso decorre do fato de que, na democracia, o postulado fundante é a igualdade. Como temos como democrático o Estado que busca, em especial, a justiça social – nomeadamente, a justiça distributiva –, a igualdade que vislumbramos somente pode ser percebida no ambiente da justiça social.

A justiça social, aquela dirigida à consecução do bem comum, exige de todos, portanto, por meio de seus *ditames*, que direcionem os seus esforços, tanto no campo do trabalho como no da livre iniciativa para criar os bens econômicos que possam ser utilizados como meios de garantir a existência digna para todos. Este objetivo pode ser alcançado por mecanismos típicos da justiça social, atribuindo a todos o mesmo direito, independente de características particulares, ou por meio de mecanismos de justiça distributiva, qualificando o sujeito de direito de algum modo<sup>174</sup>. Assim, o direito à saúde, por exemplo, é um típico direito de justiça social: “A saúde é direito de todos e dever do Estado” (artigo 196 da CRFB/1988).

A fórmula da justiça social pode ser expressa nos seguintes termos: “a todos a mesma coisa”. “Todos” aqui designa a totalidade das pessoas humanas que compõem a comunidade. A sociedade constitui-se como comunidade no momento em que os indivíduos passam a se considerar como participantes em um projeto comum de realização de uma determinada concepção de *vida boa* para os seus membros.

Esta concepção de vida boa assume um caráter normativo pelo fato de os bens que a compõem (liberdade, saúde, educação etc.) serem afirmados como direitos. As pessoas tornam-se partícipes da comunidade quando estão engajadas em um processo de garantir os mesmos direitos para todos. Cada um deve respeitar nos outros os mesmos direitos que exige para si. A contrapartida se impõe: todos têm os mesmos deveres, como membros da comunidade. Deste

tes juristas lusitanos, na sua *dimensão liberal*, a igualdade consubstancia a ideia de igual posição de todas as pessoas perante a lei geral e abstrata, independentemente do seu nascimento e do seu *status*. A *dimensão democrática* exige a proibição de discriminações (positivas e negativas) na participação do poder político. Já a *dimensão social* acentua a função social do princípio da igualdade ao impor a eliminação das desigualdades fáticas (econômicas, sociais e culturais) de forma que se alcance a igualdade real ou material entre as pessoas, consoante disposto no artigo 9, *d*, da CRP/1976.

<sup>173</sup> A noção da igualdade nas teorias da justiça pode ser revelada, por exemplo, a partir da leitura do liberal John Rawls o qual afirma que somente são legítimas as desigualdades de renda, poder etc. que contribuem para melhorar a sorte dos mais desfavorecidos. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

<sup>174</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 17, p. 27-28, out. 2003.

modo, a justiça social é que forma o laço constitutivo da comunidade, uma vez que a existência da comunidade, depende do fato de “todos”, como membros da comunidade terem “a mesma coisa”, isto é, os mesmos direitos e deveres, e não do fato de estarem submetidos a um poder comum ou habitar no mesmo território<sup>175</sup>.

A *justiça social* comporta três parâmetros fulcrais<sup>176</sup>: a) a insuficiência do conceito de igualdade perante a lei ou igualdade formal, haja vista a circunstância de as pessoas já virem ao mundo em situações muito diversas umas das outras. As instituições em que assenta a estrutura social como o acesso aos bens econômicos, propriedade privada, educação etc. favorecem alguns indivíduos em detrimento de outros ao colocar aqueles em situação de privilégio. Será função da justiça social tentar compensar as vantagens resultantes destes privilégios ao assegurar um mínimo de igualdade material; b) o Estado tem obrigação, como entidade responsável pelo bem-estar dos seus cidadãos, de garantir que cada um receba aquilo que merece ao interferir nos mecanismos de mercado, de modo que se consiga uma mais justa distribuição de rendimentos (justiça distributiva); c) é admissível o sacrifício de alguma liberdade como condição para garantir a justiça social.

É indispensável que o Estado promova uma política niveladora para o alcance da máxima igualdade material, com o objetivo de remover os obstáculos que se opõem ao livre desenvolvimento da personalidade dos membros das classes sociais mais desfavorecidas. Não se reclama situar todos os cidadãos nas mesmas posições de progênie: o que se almeja é conceder aos que se encontram pior colocados, meios para tentar compensar essa desvantagem.

Como técnica de efetivação da *justiça social* a serviço do Direito, será exatamente nos direitos sociais que a utilização do postulado da igualdade revelará a sua maior eficiência. Isso, inclusive, para fins de justiça distributiva, que é uma das armas mais eficientes na consolidação da solidariedade – tanto como conceito jurídico quanto sociológico.

Logo, recorrendo-se às análises de Wolfgang Merkel<sup>177</sup>, pode-se instilar cinco áreas centrais de justiça distributiva nas sociedades desenvolvidas: 1) prevenção da pobreza, porque a pobreza em geral, impede o desenvolvimento da dignidade, integridade e autonomia do indivíduo; 2) educação e formação:

<sup>175</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 17, p. 39-40, out. 2003.

<sup>176</sup> CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 57-58.

<sup>177</sup> MERKEL, Wolfgang. Social justice and the three worlds of welfare capitalism. *European Journal of Sociology*, Cambridge (UK), v. 43, n. 1, p. 67, Apr. 2002.

porque elas influenciam fortemente as possibilidades de vida individuais; 3) inclusão no mercado de trabalho: porque é aqui que a maioria dos cidadãos adquirem renda, *status* e prestígio; 4) padrões de Segurança Social: porque é onde a segurança social e a assistência social são organizadas e há tentativas de redistribuição; 5) distribuição da riqueza e renda: onde os resultados injustos da economia de mercado devem ser corrigidos.

Falar em deveres de justiça social e de justiça distributiva não implica assumir obrigações apenas para a sociedade civil. Ao dizermos que as soluções criadas pelas categorias de justiça impõem relações do indivíduo para com a sociedade e vice-versa, não pretendemos afirmar que o Estado seja personagem alheio a tudo isso. A efetivação dos direitos sociais passa, ao contrário, pela real interferência do Estado nas esferas econômica e social<sup>178</sup>.

Assim, com base em tais perspectivas, pode-se considerar o Estado Social como a forma histórica superior assumida pela função distributiva, que sempre foi uma das características essenciais do próprio Estado<sup>179</sup>. O atual Estado pode ser caracterizado como um gigantesco sistema de distribuição e redistribuição do produto social, cuja atualização afeta a totalidade da economia nacional, as *policies* de qualquer espécie e os interesses de todas as categorias e camadas sociais<sup>180</sup>. Desse modo, o Estado Social se sustenta na justiça distributiva ao distribuir bens de conteúdo material, sendo designado pelos alemães como Estado que se responsabiliza pela procura existencial, isto é, o indivíduo desenvolve sua existência dentro de um âmbito constituído por um leque de situações, de bens e serviços materiais e imateriais, cujas possibilidades de existência o indivíduo não pode assegurar por si mesmo<sup>181</sup>.

Este comportamento ativo exigido do Estado pode-se realizar, então, de duas formas distintas. De um lado, pode ser identificado com a mera garantia da observância dos direitos sociais pelos indivíduos, por meio da adoção de mecanismos e instituições que tutelem o respeito destes direitos e sancionem as lesões ou ameaças de lesões por eles experimentadas. Por outro lado, nas situações de maior necessidade em que a atividade tuteladora não basta para o cumprimento dos direitos sociais, torna-se imprescindível a atividade positiva do Estado por

<sup>178</sup> Nesse sentido: CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49.

<sup>179</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 22.

<sup>180</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 22.

<sup>181</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 14-16.

intermédio dos órgãos da administração direta e indireta<sup>182</sup>. Sobre esse ponto, há três níveis obrigacionais de respeito aos direitos fundamentais: (a) *obrigações de respeito* atinentes ao dever que o Estado tem de se abster de praticar quaisquer atos que prejudiquem a realização integral dos direitos fundamentais, incluídos aqui os direitos sociais. Tal dever implica a proibição de o Estado adotar políticas públicas<sup>183</sup> perniciosas aos direitos sociais, sob qualquer aspecto; (b) *obrigações de proteção* ao determinar que o Estado aja de maneira que resguarde a integridade dos direitos de um indivíduo contra violações praticadas por outros indivíduos. Nesse contexto, o poder público atua somente como garantidor da plenitude dos direitos sociais no âmbito das relações entre particulares, econômicas ou não. Inclui-se aqui a tutela jurisdicional dos direitos sociais; (c) *obrigações de cumprimento* que atribui ao Estado o dever de promover políticas públicas positivas visando à efetivação das condições materiais atinentes aos direitos sociais. A ideia está na base do *Estado de Bem-Estar Social* ao constituir o traço distintivo da atual conformação do poder público em comparação às demais formas de Estado existentes ao longo da história política<sup>184</sup>.

Ante o exposto, cumpre dizer que a relação de justiça social vincula o próprio Estado. Embora a dicção do artigo 170 da Constituição brasileira de 1988<sup>185</sup> apenas mencione, expressamente, como agentes da consecução do bem comum na ordem econômica os trabalhadores (trabalho humano) e o empresário (livre iniciativa), deixa claro do teor normativo que o Estado deve

<sup>182</sup> CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49.

<sup>183</sup> É importante enunciar um conceito de políticas públicas ao designar de forma geral, “[...] a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p. 91, jan./mar. 1997.

Segundo lição de Ana Paula de Barcellos, tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas ao ter em conta essa diretriz, estabelecendo-se a premissa de que as políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 115, 117.

<sup>184</sup> CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49-50.

<sup>185</sup> Artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”.

colaborar na realização da existência *digna* de todos. Sua participação consiste no exercício da tarefa de *garantia* da conformação do processo econômico à estrutura constitucionalmente delineada. Incumbe ao Estado a função primordial de moldar a ordem econômica fática segundo a orientação normativa, de forma que venha abonar a concretização do bem comum<sup>186</sup>.

O conceito de justiça social é também expressamente previsto como base da estruturação da ordem social brasileira. Sua função, aqui, é um pouco diversa do papel desempenhado na ordem econômica, embora nas duas situações seja de fundamental importância em afirmar a existência de deveres de todos para com todos na direção da consecução do bem comum<sup>187</sup>.

O inciso VIII do artigo 170, da Constituição brasileira de 1988, consagra como princípio estrutural da ordem econômica a “*busca do pleno emprego*”. Em decorrência desse preceito não pode existir validamente política econômica que deprima as oportunidades de emprego. Portanto, não pode, validamente, ser desenvolvida política econômica que se oriente por uma linha geradora de retração na oferta de empregos produtivos. Assim, é inconstitucional a eleição de um caminho econômico que atente diretamente contra o objetivo de realizar a justiça social ou que agrida qualquer dos incisos do artigo 170<sup>188</sup>.

O artigo 193 da Constituição Federal de 1988 inaugura o Título VIII ao preconizar, *in verbis*: “*Artigo 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais*”.

A ordem social normativa, como se infere da leitura do dispositivo acima transcrito, visa diretamente à produção do bem-estar de cada um e de todos os cidadãos. A ordem social, em parte moldada pelo processo econômico, pode e deve ser conformada pelo poder público. A atuação estatal objetiva imediatamente à existência digna e à realização dos cânones da justiça social, de modo que esta ideia, aqui, consubstancia um valor-fim<sup>189</sup>.

O papel desempenhado pela justiça social na ordem econômica serve como parâmetro indicativo da melhor forma de condicionamento do processo econômico, de maneira que modela as condutas dos agentes (tanto dos trabalhadores quanto dos empresários) com vistas no alcance da finalidade última de constru-

<sup>186</sup> CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

<sup>187</sup> CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53.

<sup>188</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-48.

<sup>189</sup> CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53-54.

ção e preservação da *existência digna*. Todavia, a mesma ideia na ordem social é tomada não como meio, mas como *finalidade* da norma constitucional.

O entendimento teleológico da justiça social leva à conclusão de que a ordem social não precisa necessariamente pautar-se pelos cânones desta modalidade de justiça ao admitir, pois, a adoção de outros expedientes, desde que também levem à concretização da *vida boa*. No que se refere, portanto, à ordem social, acatam-se políticas públicas tanto de justiça social quanto de justiça distributiva, ao passo que, na ordem econômica, a intervenção estatal deve limitar-se à deflagração de direitos de justiça social, idênticos para todos. Tudo isso nos possibilita afirmar, então, da existência tanto de direitos sociais de justiça social quanto de direitos sociais de justiça distributiva<sup>190</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em célebre lição sobre eficácia das normas constitucionais, assinala que as disposições constitucionais referentes à justiça social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral, visto que todas elas “são comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não fazer”<sup>191</sup>.

Acerca da *teoria da reserva do possível*, em conformidade com o que pontifica Vidal Serrano Nunes Júnior, a referida teoria, nascida na Alemanha, é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, de tal modo que se inviabiliza sua importação para a ordem jurídica brasileira, pois a Constituição alemã não hospedou expressamente um catálogo de direitos sociais<sup>192</sup>. A Constituição brasileira, neste ponto, apresenta parâmetros notoriamente distintos. Em primeiro lugar, em seu artigo 6.º, promoveu a fundamentalização formal dos direitos sociais, abrigados, com efeito, sob a rubrica genérica do Título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Em segundo lugar, a Constituição brasileira lançou mão de mais de uma estratégia de positivação de direitos sociais, dentre as quais, a atribuição de direitos subjetivos e definição de garantias institucionais<sup>193</sup>.

No primeiro caso, podemos citar como exemplo o direito à saúde – que, pela conjugação dos artigos 196 e 198, inciso II, reveste-se do caráter de direito público subjetivo – e o direito à educação básica que, mercê do disposto no artigo 205 em combinação com o artigo 208, reveste-se igualmente de tal

<sup>190</sup> Nesse sentido: CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 54.

<sup>191</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 55.

<sup>192</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 177.

<sup>193</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 179.

característica. No segundo caso, garantias institucionais, pode-se citar a vinculação de receitas para gastos com educação (artigo 212) e saúde (Emenda Constitucional n.º 29, de 13 de setembro de 2000)<sup>194</sup>.

Realinhando-se aos argumentos expendidos, entende-se, pois, que a teoria da reserva do possível só teria aplicação à ordem jurídica brasileira, nas hipóteses em que os direitos sociais estivessem alicerçados em comandos similares aos da Alemanha. Ademais, a dignidade humana ao constituir um princípio ou valor absoluto<sup>195</sup> por se assentar na premissa de que o ser humano é um fim e não meio, abarca aquele mínimo irremissível inerente a qualquer direito fun-

<sup>194</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 179.

<sup>195</sup> Nesse sentido: OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. p. 564; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 114; TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XLVII, n. 1 e 2, p. 319, 2006. Nesta página mencionada, André Ramos Tavares fala em princípio absoluto do mundo jurídico; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 105, 251. Em sentido contrário, é a opinião de Jorge Reis Novais ao considerar a existência de “[...] fatores de relativização do seu alcance”. Tais fatores, para o jurista lusitano, compreendem: a limitabilidade natural dos direitos fundamentais em que o princípio da dignidade da pessoa humana se concretiza e a dificuldade na determinação de um conteúdo concretizado deste princípio de forma intersubjetivamente incontestável. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 56.

Robert Alexy também contrapõe a supervalorização ao princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista não ser possível um princípio sempre prevalecer perante outros ao se exigir um processo de ponderação no caso concreto entre os princípios cotejados. Robert Alexy ao analisar a Lei Fundamental alemã a qual preceitua no artigo 1.º, § 1.º que “A dignidade da pessoa é intangível” que, segundo o jusfilósofo alemão, provocaria a impressão de um caráter absoluto. Ainda, para ele, a razão dessa impressão não reside em que esta disposição de direito fundamental se estabeleça um princípio absoluto, mas que a norma da dignidade humana é tratada, em parte, como regra e, em parte, como princípio. Verifica-se, pois, que a dignidade da pessoa humana é alocada, simultaneamente, dentre os princípios e as regras. O princípio, de acordo com Robert Alexy, baseado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, não seria absoluto, visto que existe a possibilidade de ponderação, visto que “[...] todo depende de la constatación de en qué circunstancias puede violarse la dignidade humana”. Robert Alexy arremata ao afirmar que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto, porquanto este princípio poderá ser realizado em diferentes graus e que o caráter absoluto não está no princípio mas na regra que em razão de sua abertura semântica, não necessita uma limitação com respeito a outra relação de preferência relevante. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007. p. 87-89.

Juarez Freitas também admite que a dignidade não pode ser vista como absoluta, uma vez que o respeito à dignidade supõe proteção isonômica de todas as dignidades. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 214.

damental, inclusive os direitos sociais. Ademais, consubstancia a exigência de prestações do Estado que afiancem os pressupostos materiais mínimos para a preservação da vida e a inclusão na sociedade, bem como a proteção em relações privadas, em que se saliente sua situação de vulnerabilidade (por exemplo, relações de trabalho, consumo etc.). Logo, não seria possível relativizar a noção de dignidade com base em previsões orçamentárias<sup>196</sup>.

A teoria da reserva do possível limita a realização de direitos fundamentais sociais às previsões aportadas no orçamento de cada entidade pública. Assim, em relação aos argumentos expendidos, a teoria, em pauta, sob a perspectiva jurídico-positiva, é absolutamente inaplicável na ordem jurídica brasileira<sup>197</sup>.

Segue-se, nessa linha de raciocínio, que ao contemplar como objetivo da ordem econômica a *justiça social* (artigo 170, *caput* da CRFB/1988), previsão esta endossada por inúmeras outras passagens do texto constitucional (artigos. 3.º; 4.º, inciso II; 6.º; 7.º; 193 etc.), especialmente pela previsão de direitos sociais, esculpido de direitos fundamentais e, boa parte deles foram contemplados no próprio Título II da Constituição, assim como foram também consagrados no Título VIII – *Da Ordem Social* –, conforme explanado acima, além de outras disposições irradiadas ao longo do texto constitucional. Portanto, a Constituição brasileira, em realidade, adotou um princípio, o da *justiça social*, que modula a intervenção do Estado em matéria econômica e no plano social para a proteção dos chamados vulneráveis.

Posto isso, ante a problemática colocada pelos que apontam para um real custo dos direitos, por sua vez indissociável da assim denominada *reserva do*

<sup>196</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 114, 190.

<sup>197</sup> Diversamente é o pensamento de Eduardo Cambi ao depreender que a cláusula da *reserva do possível* embora não seja elemento integrante (nuclear) dos direitos fundamentais, constitui ora um limitador fático-jurídico, ora um critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais e, assim, salvaguardar o direito ao mínimo existencial. Todavia, o autor firma posição ao sustentar que a *reserva do possível* não pode ser considerada um limite absoluto, tampouco pode servir como um “cômodo fundamento” para negar a realização dos direitos fundamentais. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 399, 401.

Ricardo Lobo Torres também defende que os direitos fundamentais sociais existem sob a reserva do possível ou sob a soberania orçamentária do legislador, ou seja, com base na reserva da lei instituidora das políticas públicas, ao abrigo da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração Pública, haja vista que a pretensão do cidadão é a política pública e não a adjudicação individual de bens públicos. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81.

*possível*, a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações) está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas públicas (sociais). Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe, portanto, uma deliberação responsável acerca de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de se buscar o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador<sup>198</sup>, seja na esfera administrativa, o que diz respeito também à ampliação

<sup>198</sup> Muito pertinente o voto do Ministro Gilmar Mendes, relator no processo da Reclamação n.º 4.374 ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra decisão proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado de Pernambuco, nos autos do Processo 2005.83.20.009801-7, que concedeu ao interessado o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição brasileira de 1988. O voto do Ministro relator evidencia o denominado *estado de proteção insuficiente do direito fundamental* quando existe uma omissão ou insatisfatória tarefa constitucional do legislador em dar cumprimento cabal ao comando constitucional para a adequada garantia e efetividade dos direitos fundamentais. Transcreve-se parte do voto que foi no sentido de julgar improcedente a Reclamação formulada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) o qual por maioria de seus ministros, manteve a decisão de concessão do benefício assistencial: “[...] A Constituição de 1988 proclama a *assistência social como um programa de ação positiva do Estado brasileiro*. Não há mais espaço para considerações de tipo político e econômico sobre a conveniência da concessão do benefício assistencial ou sobre o valor desse benefício (um salário mínimo). O benefício e seu correspondente valor estão consagrados na Constituição e assim ficam protegidos contra qualquer tentativa de reforma. Assim, ao contrário de outras ordens jurídicas, que preferiram não estampar no texto constitucional promessas sociais mais ambiciosas, a *ordem constitucional brasileira protege a assistência social e, especificamente o benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição de 1988, como um verdadeiro direito fundamental exigível perante o Estado*. Esse direito ao benefício assistencial de um salário mínimo possui uma *dimensão subjetiva*, que o torna um típico *direito público subjetivo* de caráter *positivo*, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um *direito à prestação em face do Estado*, o qual fica obrigado a assegurar as condições *normativas* (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e *fáticas* (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental. Além de uma dimensão subjetiva, portanto, esse direito fundamental também possui uma complementar *dimensão objetiva*. Nessa dimensão objetiva, o direito fundamental à assistência social assume o importante papel de *norma constitucional vinculante* para o Estado, especificamente, para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao Legislador um *dever constitucional de legislar*, o qual deve ser cumprido de forma adequada, segundo os termos do comando normativo previsto no inciso V do artigo 203 da Constituição. O não cumprimento *total* ou *parcial* desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um *estado de proteção insuficiente do direito fundamental*. Destarte, como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um *postulado de proteção* (*Schutzgebote*). Haveria,

*O Direito* 147.º (2015), IV, 897-967

do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados e, além disso, requer o diálogo em torno da necessidade de evitar interpretações excessivamente restritivas quanto a efetivação, realização dos direitos sociais<sup>199</sup>. Todos os direitos fundamentais possuem, de certo modo, uma dimensão positiva, ou seja, tanto os direitos de liberdade (direitos de defesa), como os direitos sociais exigem, para sua tutela e promoção, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público (prestações estatais)<sup>200</sup> e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais possam implicar um custo, de tal sorte que esta circunstância não se restringe aos direitos sociais<sup>201</sup>.

assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma *proibição de proteção insuficiente* (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm CANARIS, *Grundrechtswirkungen im Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS, 1989, p. 161). [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 4.374-PE. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco. Interessado: José Severino do Nascimento. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 18.04.2013 Acórdão publicado no Diário da Justiça em 04.09.2013. Íntegra do acórdão disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2014. Destaques no original.

<sup>199</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 310.

Não é diferente a posição de Jorge Miranda ao aduzir que, apesar dos circunstancialismos econômico-financeiros sobre o Estado e sobre as entidades públicas recaem a tarefa fundamental de promover a efetivação dos direitos sociais ao constituir base objetiva de ordem constitucional. E, segundo o expoente jurista lusitano, sobressaem diretamente as incumbências de promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de promover a justiça social, de assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento etc. E arremata ao ensinar que ante os fatores econômicos ou sob o princípio de sustentabilidade financeira “[...] o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de ser em função do juízo que o legislador vier a emitir sobre a sua maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre as suas condições de efetivação”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 4. p. 474-475, 484.

<sup>200</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 65.

<sup>201</sup> Coaduna com esse entendimento: Ingo Wolfgang Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In:

Expostos esses aspectos, a verdade é que a chamada *crise do Estado Social*<sup>202</sup> – a crise de se querer dar mais do que possui – ou, na fórmula de João Carlos Loureiro, “o insustentável peso do não-ter”<sup>203</sup>, só pode ser resolvida a partir de uma nova compreensão da socialidade, que envolva, sobretudo, a adoção de práticas sustentáveis<sup>204</sup>. Segundo lição deste professor, todos os direitos, quer sejam direitos de liberdade, quer direitos sociais, econômicos e culturais possuem custos<sup>205</sup> e que a Constituição não pode ignorar o contexto, não se afastando do “colorido vivificante da realidade”<sup>206</sup>. A relevância desta particularidade supramencionada é evidente em razão da fragilização que vêm submetendo os direitos sociais em um cenário de ondas neoliberais de reforma do Estado, de redimensionamento do aparato estatal ante a crise do modelo intervencionista do Estado Social. Simplificadamente, a crise deste modelo de Estado tem sido associada ao agigantamento do aparelho estatal, à exaustão dos modelos de financiamento do Estado e à ineficiência dos métodos de gestão estatal. Nesse quadro, os direitos sociais permanecem em posição frágil nos ordenamentos jurídicos estatais. Além disso, debilitam-se tais direitos na dependência de recursos que se apresentam escassos e de fatores que nem sempre estão no âmbito de determinação do Estado<sup>207</sup>.

Assim, os objetivos dos direitos sociais parecem encontrar uma série de dificuldades para a sua realização: a distribuição de recursos e o atendimento das necessidades materiais básicas parecem não ser obtidos, cujo rol sempre é suscetível de alargamento. Embora não se possa negar os processos de reforma conduzidos no horizonte desta chamada crise do Estado Social, igualmente não se deva rechaçar que a evolução experimentada em matéria dos direitos

VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 306.

<sup>202</sup> Conforme pontifica João Carlos Loureiro, a crise é uma súpula de crises e é curto e míope reduzi-la a uma dimensão econômico-financeira. LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 18.

<sup>203</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 45.

<sup>204</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 45-138.

<sup>205</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 56.

<sup>206</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 61.

<sup>207</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A erosão das bases do Estado Social de Direito e o impacto na efetivação dos direitos sociais. *Revista do Direito Público*, Londrina (PR), v. 8, n. 2, p. 64, maio/ago. 2013.

*O Direito* 147.º (2015), IV, 897-967

fundamentais, com a explícita positivação (ou constitucionalização) dos direitos sociais ocorridos com o impulso do constitucionalismo social, não devem ser simplesmente ignorados e suprimidos no quadro de institucionalização do Estado Social de Direito ao ter como vértice a dignidade da pessoa humana<sup>208</sup>.

Portanto, mesmo que o atual Estado Social seja pensado como simples *pendant* funcional de relações subjetivas interpessoais, ele continua a ter a indeclinável tarefa de inclusão social politicamente ponderada que, em tal contexto global de escassez de meios financeiros, os direitos sociais significam a legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a inclusão do indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados<sup>209</sup>.

Embora se perceba que os direitos sociais não possam avançar muito na economia capitalista<sup>210</sup>, visto que a oferta de bens materiais e serviços de boa qualidade, bem como a extensão deles para toda a sociedade poderia gerar fortes pressões sobre os cofres públicos; por outro lado, deve ser afastada qualquer resistência que comprometa a sua tutela contra intervenções ilegítimas por parte dos poderes públicos e dos particulares<sup>211</sup>, uma vez que eles ao serem consagrados e reconhecidos nos textos constitucionais não ocupam neste espaço (constitucional) um papel de ornamentação<sup>212</sup>. São preceitos jurídicos de estatura constitucional que devem ser cumpridos como autênticos direitos fundamentais e levados a sério<sup>213</sup>.

<sup>208</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A erosão das bases do Estado Social de Direito e o impacto na efetivação dos direitos sociais. *Revista do Direito Público*, Londrina (PR), v. 8, n. 2, p. 64, maio/ago. 2013.

<sup>209</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

<sup>210</sup> CUNHA FILHO, Valter Fernandes da. Estado, direito e economia: uma visão realista acerca dos dilemas da efetivação dos direitos sociais nas democracias contemporâneas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 477.

<sup>211</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 317.

<sup>212</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A erosão das bases do Estado Social de Direito e o impacto na efetivação dos direitos sociais. *Revista do Direito Público*, Londrina (PR), v. 8, n. 2, p. 86, maio/ago. 2013.

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 318.

De todo modo, na interpretação dos direitos fundamentais sociais deve prevalecer o vetor hermenêutico que promove, no mais alto grau possível, a dignidade da pessoa humana e que, na efetivação dos direitos sociais ao estar na dependência de políticas públicas, estas devem estar em consonância com os ditames constitucionais, especialmente com os direitos fundamentais<sup>214</sup>, sob o risco de serem obstadas pelo poder judiciário<sup>215</sup>; além disso, devem ser capazes de aplicar, adequadamente, todos os recursos públicos disponíveis para a maior promoção dos valores essenciais dos seres humanos, contribuindo para o exercício da cidadania, para o aperfeiçoamento da democracia, para a diminuição das desigualdades e para a concretização da justiça social<sup>216</sup>. Ademais, há de ser considerado que na sua dimensão prestacional os direitos sociais possuem, em regra, um vínculo bastante intenso com a dignidade da pessoa humana<sup>217</sup>, sobretudo ao se garantir as prestações sociais indispensáveis para uma existência condigna que, a propósito, encontra reconhecimento mesmo no âmbito de determinadas concepções liberais de justiça social<sup>218</sup>.

Em arremate ao que foi expandido, incontestável admitir que o Direito ao informar a juridicidade estatal aponta para a ideia de justiça. A distinção entre um *Estado de Direito* e um *Estado de Direito justo* irá depender da esfera de justiça que se pretenda reconhecer. *Estado de justiça* é aquele em que se observam e protegem os direitos (*rights*) incluindo o direito das minorias<sup>219</sup>.

<sup>214</sup> PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 161.

<sup>215</sup> PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 162.

<sup>216</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A erosão das bases do Estado Social de Direito e o impacto na efetivação dos direitos sociais. *Revista do Direito Público*, Londrina (PR), v. 8, n. 2, p. 86, maio/ago. 2013.

<sup>217</sup> AVILÉS, María del Carmen Barranco. Exigibilidad de los derechos sociales y democracia. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 162. Para esta autora os direitos sociais constituem técnicas pelas quais se exige do poder público o estabelecimento das condições e remoção dos obstáculos que dificultam que a dignidade seja real e efetiva.

<sup>218</sup> Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 69.

<sup>219</sup> Em iluminadora análise, Eduardo Appio assevera que a regra da maioria pode facilmente se converter em ditadura das maiorias, especialmente nas atuais sociedades imersas em um universo marcado pela tecnologia da informação (comunicação social). O autor aduz o seguinte: “[...] Gays, mulheres, negros e minorias de uma maneira geral, por ausência de força política suficiente em sua representação no Congresso, seriam reféns permanentes da intolerância das massas. Em uma sociedade que aspira ao pluralismo como um dos seus principais objetivos históricos, a regra

*Estado de justiça* é também aquele em que há equidade (*fairness*) na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão da cooperação em sociedade. *Estado de justiça* considerar-se-á ainda o *Estado Social de justiça* (justiça social) em que existe igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidades. Embora a concepção de justiça compreenda diversas esferas, nela está sempre presente, ainda que com ela não se identifique uma *ideia de igualdade*, isto é, direito a ser considerado como um igual, direito a ser titular de igual respeito e consideração, direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei. A *justiça* fará, assim, parte da própria *ideia de Direito*<sup>220</sup> e esta concretizar-se-á mediante princípios jurídicos materiais cujo denominador comum se reconduz à afirmação e respeito da dignidade da pessoa humana, à proteção da liberdade e desenvolvimento da personalidade e à realização da igualdade<sup>221</sup>.

Relevante destacar a lição de António Castanheira Neves ao averbar que o princípio da igualdade constitui uma das expressões do postulado da justiça e, assim, da ideia do próprio Direito; sendo o valor principal que a unidade, como dimensão do sistema do Direito, procura referir e ter por objetivo é o valor da justiça<sup>222</sup>. Para ele, a justiça se traduz sempre na exigência de ser reconhecida a todos a faculdade de participarem com todos no todo comunitário ou social, mas para isso é “[...] necessário que cada um e todos sejam unitariamente (isto é, em respectiva conexão) chamados à ‘totalidade solidária’ que é a comunidade”<sup>223</sup>.

Logo, tanto a liberdade, a igualdade e a justiça fundam-se, enfim, na dignidade da pessoa humana de que são manifestações<sup>224</sup>. Todas elas concorrem para

da maioria deve ser revista, o que significa dizer que o Judiciário tem a missão de preservar um espaço intangível da individualidade humana”. APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: RT, 2008. p. 41.

<sup>220</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 47. Nesta página indicada Gustav Radbruch preleciona que a ideia do Direito não pode ser outra senão a justiça. Na página 51 ele afirma textualmente o seguinte: “[...] A justiça não é o princípio completo, mas o princípio específico do Direito, que nos dá a pauta para sua determinação conceitual: o Direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça”.

<sup>221</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 245.

<sup>222</sup> NEVES, António Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. Separata de: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, p. 34-35, 1979.

<sup>223</sup> NEVES, António Castanheira. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. Separata de: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, p. 35-36, 1979.

<sup>224</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Fundamentos da República e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 103.

tal dignidade e, nesse sentido, ela se apresenta como fim e fundamento daqueles valores supremos do atual constitucionalismo democrático baseado no respeito aos direitos fundamentais e fundado na cooperação de pessoas livres e iguais<sup>225</sup>.

A dignidade humana serve de motor do desenvolvimento e do aperfeiçoamento da ordem jurídica, além de impulso tanto para o legislador quanto para os órgãos judiciais na interpretação e na aplicação dos direitos fundamentais<sup>226</sup>. A dignidade humana constitui o epicentro axiológico do ordenamento jurídico, o valor mais relevante da Constituição ao condicionar a interpretação e a aplicação de todo o direito vigente, além de balizar as relações entre Estados e cidadãos, como também entre particulares (relações interprivadas)<sup>227</sup>. Ela é a premissa antropológica do Estado Constitucional e conceito chave do Direito Constitucional<sup>228</sup>. Reconhece-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio<sup>229</sup>, o princípio dos princípios<sup>230</sup>, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno<sup>231</sup>.

## 10. Conclusão

Ante o que foi expandido, cumpre delinear as principais ilações ao desfecho deste estudo.

1. Ainda que existam múltiplos significados atribuídos pela doutrina à expressão “estado de exceção”, é preferível utilizá-la em referência a regimes autoritários, que são desvinculados dos compromissos básicos do

<sup>225</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 25, 43.

<sup>226</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 156.

<sup>227</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 85-86.

<sup>228</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 156.

<sup>229</sup> Este autor adota essa suntuosa expressão (com o prefixo *super*) não para induzir qualquer pessoa, ao aquilatar o assunto em pauta, a uma errônea compreensão de que existe uma hierarquia entre os princípios, mas tão somente para destacar a relevância funcional que impregna o princípio da dignidade humana.

<sup>230</sup> TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XLVII, n. 1 e 2, p. 319, 2006

<sup>231</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93.

- constitucionalismo moderno. Para designar os sistemas de crise previstos nas Constituições, é mais adequada a expressão “exceção constitucional” ao evidenciar uma medida excepcional disciplinada *no* Direito, e não à sua margem, servindo como mecanismo de salvaguarda da própria Constituição e não de ruptura.
2. Os postulados da democracia liberal impunham severas restrições à ideia de exceção constitucional. No entanto, a experiência histórica demonstrou que o peso da estrutura democrática tradicional poderia inviabilizar a adoção de respostas rápidas, necessárias em casos de crises extremas. Em razão disso, houve a criação de sistemas de gestão de crises, a partir dos modelos da lei marcial (Inglês), mais aberto e flexível, e do estado de sítio (francês), mais rígido e com disciplina legislativa prévia.
  3. Brasil e Portugal seguiram o modelo do estado de sítio ao adotar um sistema rígido, embora não seja muito pormenorizado ao estabelecer regras prévias de competência, condições, procedimento e tempo para a vigência das medidas emergenciais. Trata-se, sem dúvida, de opção mais apropriada às realidades desses países. Não há, porém, disposições expressas quanto às crises econômico-financeiras.
  4. A constitucionalização da exceção não é um remédio milagroso. Existem crises que demandam reformas profundas e de longo prazo. E há, também, aquelas que implicam tamanha ruptura que qualquer instituto jurídico torna-se irrelevante. Contudo, o alcance limitado não retira a sua utilidade em muitas situações.
  5. Em relação aos direitos fundamentais em um contexto de estado de necessidade econômico-financeiro, o Estado não tem apenas a obrigação moral de não devassar aqueles direitos, nomeadamente os direitos sociais; mas, também, uma obrigação jurídica de respeitar, proteger e realizar os ditos direitos. No entanto, nesta circunstância de insustentabilidade econômica ao ter que adotar medidas político-orçamentárias de austeridade, caso em que os direitos sociais não poderão tornar exequíveis para todas as pessoas; impende dizer, porém, que em tal conjuntura seu conteúdo essencial deverá ser sempre assegurado, apenas o que estiver sobre-excedente é que poderá ser submetido a limitações ou reduções, mas invariavelmente dentro dos contornos constitucionais.
  6. Assim que venha ser restabelecida a normalidade econômica para o Estado, as incumbências políticas de concretização e realização dos direitos fundamentais, especificamente dos direitos sociais, devem retornar ao seu estágio normal.
  7. O conteúdo dos direitos fundamentais, nomeadamente os direitos sociais, aponta para a inserção da pessoa em um ambiente natural, social, polí-

tico, educacional e cultural suficientemente adequados para não somente promover a sua vida, entendida como mera sobrevivência no tempo, mas também assegurar um patamar mínimo indispensável à realização da dignidade da condição humana.

8. As crises econômicas podem ser tão graves que colocam em risco a estabilidade democrática. É preciso, assim, idealizar instrumentos jurídicos que ajudem a controlá-la. Uma possibilidade é o *estado de sítio econômico* – precisamente a constitucionalização da exceção econômica. Todavia, deve ser submetido ao debate político-social com o fim de granjear pelo texto redacional mais acertado (adequado) a hipótese de exceção econômica que temporariamente poderá ser decretada, mas sempre respeitados o conteúdo indispensável dos direitos sociais para a salvaguarda da dignidade humana e a preservação da justiça social.

## Referências

- ABRAMOVICH, Victor; CURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. In: ABREGU, Martin; CURTIS, Christian (Coord.). *Aplicación de los tratados sobre derechos humanos en los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997. p. 1-51.
- ACKERMAN, Bruce. The emergency Constitution. *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1029-1091, 2004.
- AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O estado de exceção como paradigma de governo e suas repercussões para o Direito Internacional. *Revista Eletrônica para o Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Serro, n. 1, p. 37-50, jan./jun. 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.
- ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. 2. ed. rev. e atual. Cascais: Princípiã, 2011.
- \_\_\_\_\_. A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional. In: ALEXANDRINO, José Melo. *O discurso dos direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Os caminhos da globalização: alienação e emancipação. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (Org.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: Edíbej, 1998.

- AVILÉS, María del Carmen Barranco. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2000.
- BALDI, Carlo. Estado de sítio. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. 1.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 43-64.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 17, p. 15-56, out. 2003.
- BECK, Ulrich. *Poder y contra-poder na era global: la nueva economía política mundial*. Barcelona: Paidós, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado social: atualidade do debate sobre Direito, Estado e economia na República de Weimar*. 2003. 172 f. Tese (Tese de Livre-Docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- \_\_\_\_\_. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev. 2006.
- \_\_\_\_\_. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord.). *Lições de Direito Constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 465-471.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 63-83.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ¿Revisar la/o romper com la constitución dirigente: defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo? *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 15, n. 43, p. 9-23, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. São Paulo: RT; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007. v. 1.
- CANTARO, Antonio. El declive de la constitución económica del Estado Social. In: HERRERA, Miguel Ángel García (Org.). *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997. p. 153-178.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A eficácia e natureza jurídica da medida provisória na Constituição Federal de 1988. *Revista da AGU*, Brasília, n. 24, p. 183-224, abr./jun. 2010.
- \_\_\_\_\_. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011.
- \_\_\_\_\_. Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre (RS), v. 38, n. 1, p. 77-90, jan./jun. 2012.
- \_\_\_\_\_. A erosão das bases do Estado Social de Direito e o impacto na efetivação dos direitos sociais. *Revista do Direito Público*, Londrina (PR), v. 8, n. 2, p. 63-90, maio/ago. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2014.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.
- CASTILHO, Ricardo. *Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*. Coimbra: Almedina, 1985.
- \_\_\_\_\_. A agonia do Estado Social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, ano VII, p. 45-49, 2010.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. Revisitando o estado de necessidade. In: *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 719-746.
- \_\_\_\_\_. Inter-relação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 969-970.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111-172.
- CORVAL, Paulo. Carl Schmitt e o estado de exceção. *Revista de Direito da Unigranrio*, Duque de Caxias (RJ), v. 3, n. 2, p. 15-40, jul./dez. 2010.

- CUNHA FILHO, Valter Fernandes da. Estado, direito e economia: uma visão realista acerca dos dilemas da efetivação dos direitos sociais nas democracias contemporâneas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 463-480.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 10. ed. Madrid: Taurus, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.
- DINITTO, Diana M.; JOHNSON, David H. *Essentials of Social Welfare: politics and public policy*. New Jersey, USA: Pearson Education, 2012.
- DOGLIANI, Mário. Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado Social. In: HERRERA, Miguel Ángel García (Org.). *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997. p. 687-700.
- EMERIQUE, Lilian Balmant. *Neoconstitucionalismo e direitos sociais: um contributo para a luta contra a pobreza*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009.
- ESPADA, João Carlos. *Direitos sociais de cidadania*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004.
- FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Prefácio. In: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 27, n. 108, p. 33-48, out./dez. 1990.
- \_\_\_\_\_. *Estado de Direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GIMÉNEZ, Teresa Vicente. *La exigibilidad de los derechos sociales*. València: Tirant lo Blanch, 2006.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de exceção no Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1.
- \_\_\_\_\_. Regulação e limites dos direitos fundamentais. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/BGRL.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/BGRL.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2011.
- HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do Direito: o Direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. O estado de exceção e a crise da democracia brasileira. *UNOPAR Científica Ciências Jurídicas e Empresariais*, Londrina (PR), v. 6, p. 31-37, mar. 2005.

- LEAL, Gabriel Prado. Exceção econômica e governo de crise nas democracias. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
- LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social ? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Dimensiones de la igualdad*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Dykinson, 1999. (Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 11).
- \_\_\_\_\_. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- MATOS, André Salgado de. O direito ao ensino: contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge et al. (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 3. p. 395-470.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, v.1, p. 657-683, set. 2010.
- MERKEL, Wolfgang. Social justice and the three worlds of welfare capitalism. *European Journal of Sociology*, Cambridge, v. 43, n. 1, p. 59-91, Apr. 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. 4.
- \_\_\_\_\_. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque*, Coimbra, v. I, p. 933-949, mar. 2010.
- \_\_\_\_\_. Parecer de Jorge Miranda. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano LII, n. 1-2, p. 7-31, jan./jun. 2011. Volume especial sobre a constitucionalidade da redução salarial.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 4.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 1.
- MORAIS, José Luís Bolzan de. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO,

- Francisco José Rodrigues et al. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 175-195.
- \_\_\_\_\_. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição, v. 1).
- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, Ano VII, p. 51-83, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NUNES, António José Avelãs. *As voltas que o mundo dá: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1.
- \_\_\_\_\_. Parecer de Paulo Otero. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano LII, n. 1-2, p. 35-84, jan./jun. 2011. Volume especial sobre a constitucionalidade da redução salarial.
- \_\_\_\_\_. Direitos econômicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. *Tribunal Constitucional: 35.º aniversário da Constituição de 1976*, Coimbra, v. 1, p. 37-55, jan. 2012.
- PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PELÁEZ, Francisco José Contreras. *Derechos sociales: teoria e ideologia*. Madrid: Tecnos, 1994.
- PROVESAN, Flávia. *Não à desconstitucionalização dos direitos sociais*. São Paulo: Consultor Jurídico, 2000. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas\\_trabalhistas\\_preservadas](http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas)>. Acesso em: 18 jul. 2012.
- \_\_\_\_\_. Proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais e do direito à alimentação adequada: mecanismos nacionais e internacionais. In: PROVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coord.). *Direito humano à alimentação adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17-48.
- \_\_\_\_\_. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-69

- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- \_\_\_\_\_. Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista. In: VALIÑO, Vanesa (Coord.). *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Barcelona: Observatori DESC, 2009. p. 1-17.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- REIS, Fábio Wanderley. Direitos humanos e sociologia do poder. *Revista Lua Nova*, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 124-132, jul./set. 1988.
- ROSENFELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. *Revista Derechos y libertades*, Madrid, ano 3, n. 6, p. 411-443, 1998.
- ROTH, André-Nöel. O Direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 22, p. 9-57, sep./dic. 1995.
- \_\_\_\_\_. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate, 1990.
- SANTOS, Luiz Elias Miranda. O estado de exceção da Constituição de 1988. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 11, n. 2, p. 115-130, jul./dez. 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 291-318.
- \_\_\_\_\_. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: RT; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2009. p. 213-253.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- \_\_\_\_\_. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 57-89.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.
- SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Tradução de José Díaz García. Madrid: Revista de Occidente, 1968.
- \_\_\_\_\_. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

- SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.
- TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XLVII, n. 1 e 2, p. 313-331, 2006.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.
- VAZ, Manuel Afonso. *O tempo e a efetivação dos direitos fundamentais*. 5.º Encontro de Professores de Direito Público, Lisboa, p. 1-13, jan. 2012. Policopiado.
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.



# *Intervenção militar na Síria e o Conselho de Segurança das Nações Unidas: Obligatio erga omnes ou a descredibilização das instituições internacionais?\**

DR. ALEXANDRE GUERREIRO\*\*  
alexandretguerreiro@gmail.com

*“Como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação de direitos num lugar faz-se sentir no mundo inteiro”*

IMMANUEL KANT

SUMÁRIO: *I – Enquadramento. II – Do quadro legal internacional actual. III – Os casos precedentes. IV – A doutrina e a jurisprudência. V – Conclusões.*

## **I – Enquadramento**

O poder político da República Árabe Síria liderado pelo Presidente Bashar al-Assad não ficou imune à expansão da “Primavera Árabe” por diversos países do Magrebe e do Médio Oriente<sup>1</sup>, iniciando-se, a 15 de Março de 2011, uma

\* O autor adopta a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990 e respectivos Protocolos Modificativos.

\*\* Assessor Parlamentar da Assembleia da República. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Ciências Jurídicas Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa em Direito Internacional Público.

<sup>1</sup> Sobre o fenómeno, dizemos «em Janeiro de 2011, a intensificação da revolta popular na Tunísia levou à queda do regime ditatorial do país liderado por Zine El Abidine Ben Ali provocando um efeito mimético que inspiraria a realização de acções de insurreição em diversos países magrebi-

insurreição liderada por grupos rebeldes, dissidentes e militares desertores sírios contra o poder em exercício no País. A incapacidade dos militares para deterem a contestação de com eficácia permitiu que os rebeldes lograssem congregar apoios (sobretudo externos) com vista à queda do Presidente sírio, lançando o país numa situação passível de integrar o conceito de guerra civil<sup>2</sup>.

Com o prolongamento e extensão do conflito a outras áreas do País, dúvidas emergiram sobre a hipótese de Damasco recorrer ao arsenal químico que detém e usá-lo contra os rebeldes caso o regime ficasse em situação de desvantagem na guerra, hipótese que foi prontamente rejeitada pelo Governo sírio<sup>3</sup>. Todavia, a mera hipótese rapidamente deu azo a especulações e começaram a surgir testemunhos que denunciavam testes com armas químicas pelo regime<sup>4</sup> e ataques contra civis – o primeiro dos quais<sup>5</sup> um dia depois de o Ministro dos Negócios Estrangeiros russo, Sergei Lavrov, ter afirmado que o poder sírio estaria a fazer tudo ao seu alcance para evitar o acesso aos depósitos de armas químicas pelos rebeldes<sup>6</sup>.

Mais tarde, o Governo sírio denunciou à Organização das Nações Unidas (ONU) dois ataques dos rebeldes em Khan al-Asal (Aleppo) e outro em Al Atebeh (Damasco) com recurso a armas proibidas, ambos ocorridos a 19 de Março de 2013<sup>7</sup>, de onde terão resultado 26 mortes, incluindo a de 16 militares. Apesar de Governo e rebeldes terem trocado acusações mútuas e Estados Unidos da América (EUA) e Israel terem acusado as forças leais a Bashar al-As-

no-árabes, num momento da História que ficou baptizado de “Primavera Árabe”». ALEXANDRE GUERREIRO, *A Resistência dos Estados Africanos à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 128.

<sup>2</sup> Ou *bellum civile*, conceito latino utilizado para designar as inúmeras guerras civis da República Romana e que se caracteriza pelos confrontos armados entre grupos organizados dentro de um mesmo Estado ou entre estes grupos e o próprio Estado.

<sup>3</sup> Cfr. IAN BLACK, “Syria insists chemical weapons would only be used against outside forces”, in *The Guardian*, 23 de Julho de 2012, disponível em <http://www.theguardian.com/world/2012/jul/23/syria-chemical-weapons-own-goal>.

<sup>4</sup> Cfr. DER SPIEGEL ONLINE, “Syria Tested Chemical Weapons in Desert in August, Eyewitnesses Say”, 17 de Setembro de 2012, disponível em <http://www.spiegel.de/international/world/syria-tested-chemical-weapons-in-desert-in-august-eyewitnesses-say-a-856206.html>.

<sup>5</sup> Cfr. AL JAZEERA BLOGS, “Gas used in Homs leaves seven people dead and scores affected, activists say”, 24 de Dezembro de 2012, disponível em <http://blogs.aljazeera.com/topic/syria/gas-used-homs-leaves-seven-people-dead-and-scores-affected-activists-say>.

<sup>6</sup> Cfr. SPUTNIK INTERNATIONAL, “Syria’s Chemical Weapons ‘Safe for Now’ – Moscow”, 22 de Dezembro de 2012, disponível em <http://sputniknews.com/russia/20121222/178331267.html>.

<sup>7</sup> Cfr. PÚBLICO, “ONU vai investigar possível ataque com armas químicas na Síria”, 21 de Março de 2013, disponível em <http://www.publico.pt/mundo/noticia/onu-vai-investigar-possivel-ataque-com-armas-quimicas-na-siria-1588627>.

sad<sup>8</sup>, uma investigação da Rússia aos incidentes imputou responsabilidades aos rebeldes na utilização de armas químicas<sup>9</sup>.

A 29 de Abril de 2013, um outro ataque, em Saraqib (Idlib), foi denunciado<sup>10</sup>. As autoridades turcas, depois de receberem os feridos, alegaram não ter sido utilizado gás sarin<sup>11</sup>, embora a França tenha concluído em sentido contrário<sup>12</sup>. A especulação em torno de quem utilizou armas químicas na guerra civil síria começaria a ser desfeita a 5 de Maio de 2013, quando Carla del Ponte, membro da Comissão de Inquérito da ONU para a Síria, declarou que, segundo os testemunhos recolhidos, “os rebeldes utilizaram armas químicas, fazendo uso do gás sarin”, embora admitisse que era necessário aprofundar as investigações<sup>13</sup>.

Algumas semanas mais tarde, porém, o *Le Monde* publica uma reportagem na qual dá conta de 2 jornalistas<sup>14</sup>, agindo de forma encoberta em Damasco, terem testemunhado a utilização de armas químicas pelos militares sírios<sup>15</sup> e a ONU, entretanto, admite a utilização de armas químicas em, pelo menos, quatro ocasiões durante a guerra civil, mas afirma que não é possível determinar

<sup>8</sup> Cfr. MATTHEW WEAVER, TOM MCCARTHY, “Liveblog: Chuck Hagel says Syria used chemical weapons on ‘small scale’”, in *The Guardian*, 25 de Abril de 2013, disponível em <http://www.theguardian.com/world/middle-east-live/2013/apr/25/syria-rebels-claim-proof-of-chemical-weapons-live>; e DAVID E. SANGER, JODI RUDOREN, “Syria Has Used Chemical Weapons, Israel Says”, in *The New York Times*, 24 de Abril de 2013, disponível em <http://www.nytimes.com/2013/04/24/world/middleeast/israel-says-syria-has-used-chemical-weapons.html>.

<sup>9</sup> Cfr. RT, “Russian inquiry to UN: Rebels, not Army, behind Syria Aleppo sarin attack”, 9 de Julho de 2013, disponível em <http://rt.com/news/syria-chemical-attack-rebels-848/>.

<sup>10</sup> Cfr. RT, “Syrian rebels ‘used unknown chemicals’ against civilians in Idlib”, 30 de Abril de 2013, disponível em <http://rt.com/news/chemical-syria-residents-idlib-632/>.

<sup>11</sup> Cfr. TRACEY SHELTON, ERIN CUNNINGHAM, “Turkish doctors say no nerve gas in Syrian victims’ blood”, in *Global Post*, 5 de Maio de 2013, disponível em <http://www.globalpost.com/dispatch/news/regions/middle-east/syria/130505/syria-chemical-weapons-obama-red-line-turkey-idlib-aleppo-sarin-israel>.

<sup>12</sup> Cfr. KIM WILLISHER, “Syria crisis: French intelligence dossier blames Assad for chemical attack”, in *The Guardian*, 2 de Setembro de 2013, disponível em <http://www.theguardian.com/world/2013/sep/02/syria-crisis-french-intelligence-assad>.

<sup>13</sup> Cfr. PÚBLICO, “Rebeldes sírios usaram gás sarin, afirma Carla del Ponte”, 6 de Maio de 2013, disponível em <http://www.publico.pt/mundo/noticia/rebeldes-sirios-usaram-gas-sarin-afirma-carla-del-ponte-1593461>.

<sup>14</sup> Nomeadamente Laurent van der Stocktr e Jean-Philippe Remy.

<sup>15</sup> Cfr. JEAN-PHILIPPE RÉMY, “Chemical warfare in Syria”, in *Le Monde*, 27 de Maio de 2013, disponível em [http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2013/05/27/chemical-war-in-syria\\_3417708\\_3218.html](http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2013/05/27/chemical-war-in-syria_3417708_3218.html).

quais foram os componentes químicos utilizados ou os agentes que as usaram<sup>16</sup>. EUA<sup>17</sup>, Reino Unido e França<sup>18</sup> rejeitaram as dúvidas da ONU e garantiram que foram as autoridades leais a Bashar al-Assad que fizeram uso de armas químicas contra os rebeldes.

Perante a incapacidade em demonstrar que foi o poder político sírio a utilizar armas químicas, logo surgiram novas acusações de utilização destas armas contra Bashar al-Assad, a 21 de Agosto de 2013, em Ghouta (na periferia de Damasco)<sup>19</sup>. Na sequência das imagens divulgadas e das denúncias apresentadas, Reino Unido, França e EUA afirmaram não haver dúvidas de que Bashar al-Assad ultrapassou a “linha vermelha” e deram início a uma nova fase no conflito, propondo-se a avançar militarmente contra a Síria<sup>20</sup>.

Considerando que o alegado ataque de Ghouta surge num momento em que (i) as Forças Armadas sírias ganhavam cada vez mais ascendente no terreno, (ii) as conversações de paz foram suspensas por motivos alheios ao regime, (iii) a Rússia veta qualquer resolução do CSNU que vise uma intervenção militar na Síria, (iv) os aliados concebiam uma nova estratégia para auxiliar os rebeldes e (v) tal ocorre apenas 3 dias após a chegada dos inspectores da ONU a Damasco para investigarem crimes humanitários com utilização de armas químicas e a poucos quilómetros do hotel onde estes estavam hospedados, importa perguntar: será este o balão de oxigénio que os rebeldes e os aliados necessitavam

<sup>16</sup> Cfr. ZEINA KARAM, “Syria Chemical Weapons Report: UN Says More Evidence Needed To Determine Which Agents Used In Attacks”, in *The Huffington Post*, 4 de Junho de 2013, disponível em [http://www.huffingtonpost.com/2013/06/04/syria-chemical-weapons-report\\_n\\_3382538.html](http://www.huffingtonpost.com/2013/06/04/syria-chemical-weapons-report_n_3382538.html).

<sup>17</sup> Cfr. MARK MAZZETTI, MICHAEL R. GORDON, MARK LANDLER, “U.S. Is Said to Plan to Send Weapons to Syrian Rebels”, in *The New York Times*, 14 de Junho de 2013, disponível em <http://www.nytimes.com/2013/06/14/world/middleeast/syria-chemical-weapons.html>.

<sup>18</sup> Cfr. IAN SAMPLE, JULIAN BORGER, “UK and France claim Syrian attack victims have tested positive for sarin”, in *The Guardian*, 4 de Junho de 2013, disponível em <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/04/syria-nerve-agent-sarin-uk-france>.

<sup>19</sup> Cfr. PÚBLICO, “Assad acusado de matar centenas em ataques químicos”, 21 de Agosto de 2013, disponível em <http://www.publico.pt/mundo/noticia/forcas-sirias-acusadas-de-ataques-quimicos-perto-de-damasco-1603577#/0>.

<sup>20</sup> Conforme é possível retirar das palavras de Denis McDonough, as “provas irrefutáveis” que o Presidente Barack Obama alegava serem necessárias para responsabilizar Bashar al-Assad, afinal, resultam de um “teste de senso comum”. Cfr. THE WASHINGTON POST, “White House Irrefutable Assad link to gas attack lacking, but passes ‘common-sense test’”, 8 de Setembro de 2013, disponível em [http://www.washingtonpost.com/politics/white-house-working-to-rally-lawmakers-american-public-behind-obamas-push-for-syrian-strike/2013/09/08/66cfb932-1868-11e3-80ac-96205cacb45a\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/politics/white-house-working-to-rally-lawmakers-american-public-behind-obamas-push-for-syrian-strike/2013/09/08/66cfb932-1868-11e3-80ac-96205cacb45a_story.html).

para mudar o rumo dos acontecimentos e vencer uma guerra em risco de ser perdida<sup>21</sup>?

## II – Do quadro legal internacional actual

Decorrem do artigo 1.º da Carta das Nações Unidas<sup>22</sup> os objectivos a que a ONU se propõe, entre os quais se encontram a manutenção da paz e da segurança internacionais, que prevê que se tomem “medidas colectivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz (...) e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz” (n.º 1). Mais se acrescenta no n.º 3 que incumbe à ONU a realização da “cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos”.

Neste sentido, e ao abrigo do capítulo VII da Carta, é da competência exclusiva do Conselho de Segurança a determinação da “existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão”, fazendo recomendações ou decidindo “que medidas deverão ser tomadas (...) a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais” (artigo 39.º). Estando perante uma situação que o CSNU considere atentar contra a paz, poderá o Conselho aplicar as medidas previstas nos artigos 41.º e 42.º da Carta, as quais se dividem em 2 categorias vinculativas<sup>23</sup>: sanções não militares e sanções militares, respectivamente. As primeiras visam a aplicação de medidas que forcem o cumprimento das resoluções do Conselho de Segurança sem recurso à força militar. As segundas já admitem a utilização de meios aéreos, navais ou terrestres como forma de garantir a manutenção ou restabelecimento da paz e segurança internacionais.

<sup>21</sup> Um raciocínio interessante sobre esta matéria é feito por YOSSEF BODANSKY, em “Bodansky: New granular points to Saudi role in chemical weapons attack”, in *World Tribune*, 9 de Setembro de 2013, disponível em <http://www.worldtribune.com/2013/09/09/new-granular-evidence-points-to-saudi-involvement-in-syrias-chemical-weapons-terror-attack/>.

<sup>22</sup> A versão utilizada para este artigo é a oficial, em língua portuguesa, do sítio do Gabinete de Documentação e Direito Comparado, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/onu-carta.html>.

<sup>23</sup> Excluem-se daqui as medidas provisórias, previstas no art. 40.º da Carta, destinadas a evitar o recurso a sanções mais pesadas, incluindo as militares, e que poderão não ter necessariamente carácter vinculativo. Cfr. BRUNO SIMMA, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1995, pp. 617-621.

Assim, e uma vez que “os membros [da ONU] deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objectivos das Nações Unidas” (artigo 2.º, n.º 4 da Carta)<sup>24</sup>, não pode um Estado, ou um conjunto de Estados, recorrer ao uso da força sem estar devidamente mandatado pelo CSNU, sob pena de correr o risco de ver a sua acção qualificada como acto de agressão pelo Conselho e incorrer em responsabilidade internacional<sup>25</sup>.

Para aprovar uma resolução no âmbito do capítulo VII da Carta, o CSNU necessita do “voto favorável de nove membros, incluindo os votos de todos os membros permanentes” (artigo 27.º, n.º 3). Ou seja, podemos ter 14 votos favoráveis à aprovação de uma resolução que qualifique uma situação como ameaça à paz, ruptura da paz ou agressão que, se o décimo-quinze voto for o de um membro permanente (P5), em sentido negativo, a resolução é chumbada<sup>26</sup>. Não podem, assim, os membros permanentes divergir totalmente no sentido e alcance de uma resolução desta natureza, uma vez que a complexidade do sistema exige a verificação de consenso ou de, pelo menos, não oposição completa, entre os P5.

No caso específico da Síria, com a perpetuação dos combates e face ao envolvimento de outros actores externos, o CSNU só viria a aprovar uma primeira resolução a 14 de Abril de 2012<sup>27</sup>, condenando violações de direitos humanos na Síria desde a eclosão do conflito. Apesar de a situação de segurança continuar a agravar-se, a complexidade que caracteriza a situação no País aumentou a distância entre as posições dos membros permanentes e comprometeu as hipóteses de haver um entendimento passível de legitimar uma tomada de posição em qualquer sentido<sup>28</sup>, pelo que o CSNU apenas teve êxito

<sup>24</sup> A parte final deste preceito “qualquer outro modo incompatível com os objectivos das Nações Unidas” era sucessivamente utilizado durante o período da Guerra Fria, constituindo uma base de proibição de actos hostis dos Estados de considerável amplitude.

<sup>25</sup> Aqui, não deixa de ser insólita uma das imperfeições da Carta que impede que qualquer actuação militar de membros permanentes contra outros Estados permaneçam impunes, uma vez que o próprio Estado agressor pode exercer o direito de veto e comprometer qualquer resolução contra si. Na verdade, os membros permanentes só se abstêm de votar se forem parte numa controvérsia, ao abrigo dos artigos 27.º, n.º 3 e 52.º, n.º 3 da Carta.

<sup>26</sup> Não contam, para efeitos de veto/reprovação, as abstenções.

<sup>27</sup> Nomeadamente a Resolução 2042 (2012).

<sup>28</sup> Recorde-se que EUA, França e Reino Unido cedo manifestaram uma intervenção robusta contra o Presidente Bashar Al-Assad, enquanto China e Rússia manifestavam fortes reservas a esta hipótese, sucedendo-se as condenações aos rebeldes e questionando-se a legitimidade das suas aspirações. Aqui, as declarações da investigadora da ONU Carla Del Ponte, numa entrevista concedida à Swiss TV, e que transferem a responsabilidade da utilização de armas químicas de Bashar

na aprovação de uma única resolução com medidas provisórias<sup>29</sup> directamente relacionadas com os acontecimentos na Síria e, indirectamente, uma outra relativamente a confrontos ocorridos nos Montes Golã, mais de 1 ano depois da última resolução<sup>30</sup>.

A situação na Síria parece assemelhar-se aos acontecimentos na Líbia, em 2011, não logrando os grupos armados sírios alcançar os objectivos a que se propuseram, motivo pelo qual se assiste ao quadro surreal de EUA, França e Reino Unido unirem-se em torno da rejeição das iniciativas de paz<sup>31</sup> – atrasando sucessivamente a realização da Conferência Genebra II, para que os rebeldes pudessem recuperar terreno e, deste modo, adoptassem uma posição negocial mais sólida, ao mesmo tempo que ignoravam os resultados das investigações da equipa de inspectores da ONU –, acusarem o poder político da Síria de utilização de armas químicas e patrocinarem os grupos rebeldes activos neste País<sup>32</sup>, uma vez que entenderão que estes combatentes poderão contribuir para uma melhor projecção dos respectivos interesses na região.

Num quadro de interminável catástrofe humanitária, os resultados desta agenda falam por si: além de um número indeterminado de mortes, mas que se estima ultrapassem os 100.000, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) identificava, em Julho de 2014, cerca de 6,5 milhões de deslocados internos e mais de 3 milhões de refugiados<sup>33</sup>. Tudo isto ao mesmo

Al-Assad para os rebeldes sírios, acentuou ainda mais as clivagens no Conselho de Segurança e na comunidade internacional como um todo. Cfr. BBC NEWS, “Carla Del Ponte ‘stupefied by Syrian opposition sarin use’”, 6 de Maio de 2013, disponível em <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-22425058>.

<sup>29</sup> Mais concretamente a Resolução 2043 (2012).

<sup>30</sup> Cfr. Resolução 2108 (2013).

<sup>31</sup> Importa referir que Rússia, Irão, Líbano e China apoiam Bashar Al-Assad e Turquia e Israel a apoiam os rebeldes sírios, enquanto Jordânia, Arábia Saudita, Qatar e Egipto assumem uma posição de menor exposição mas também de apoio, tal como turcos e israelitas. Refira-se ainda o apoio declarado do Egipto durante o mandato de Muhammad Mursi aos rebeldes sírios, factor que poderá ter produzido reflexos na situação da Irmandade Muçulmana em solo egípcio.

<sup>32</sup> Destacam-se, aqui, os embargos de armas violados por Estados-Membros da União Europeia que forneceram armamento e apoio técnico-militar aos grupos rebeldes sírios, apesar de vários indícios apontarem no sentido de alguns destes grupos prosseguirem agendas terroristas de matriz islamita, com ligações à Al-Qaeda. Entre estes, o mais mediático e também um dos mais violentos dá-se pelo nome de Jabhat Al-Nusra, que foi incluído na lista de organizações terroristas pela ONU e pelos EUA em Dezembro de 2012, pela Austrália em Junho de 2013 e pelo Reino Unido em Julho de 2013. Não obstante, este grupo continuou a garantir acesso ao armamento que chegava a partir da Turquia, Jordânia e Iraque.

<sup>33</sup> Cfr. UNHCR, “2015 UNHCR country operations profile – Syrian Arab Republic”, disponível em <http://www.unhcr.org/pages/49e486a76.html>.

tempo que, desde o início do conflito, os grupos rebeldes sírios multiplicaram-se de tal maneira que hoje ascendem a centenas, a maior parte deles com combatentes de origem estrangeira<sup>34</sup> e um número indeterminado de radicais.

Na verdade, cada membro permanente do CSNU defende a posição que lhe é conveniente, aproveitando-se dos poderes consignados pela Carta para benefício próprio e não para garantir os fins a que a ONU se propõe. Ignora, desta forma, a nobreza das funções que exerce neste órgão e cuja independência e imparcialidade de uma organização desta natureza foram passíveis de suscitar a confiança dos restantes 188 Estados-Membros ao ponto de ratificarem a Carta e adoptarem-na como referência. Existe, assim, uma tutela da confiança claramente defraudada e que obstrui o funcionamento eficiente do sistema.

É neste cenário de impasse que, a 25 de Agosto de 2013, William Hague avança com a possibilidade de romper a barreira de passividade através do desencadeamento de uma acção militar contra a Síria à margem de qualquer consenso no Conselho de Segurança<sup>35</sup>, pretensão esta que mereceu a pronta oposição de Sergei Lavrov<sup>36</sup>.

Todavia, teremos de ter em consideração que o n.º 1 do artigo 2.º da Carta das Nações Unidas reforça que “a Organização é baseada no princípio da igualdade soberana entre todos os seus membros”, motivo pelo qual a autonomia da República Árabe Síria para definir o regime político e o sistema de Governo em vigor no território onde exerce a sua soberania não pode ser afastada em função do que um terceiro Estado (ou um grupo de Estados) acha conveniente. Um cenário desta natureza mais não é do que o regresso às Cruzadas ou às campanhas de evangelização levadas a cabo durante séculos desde as Descobertas nas quais o mais forte exercia uma injustificada supremacia sobre o mais frágil para lhe impor o seu *modus vivendi*<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Assinale-se, aqui, o papel desestabilizador da Arábia Saudita no eclodir e no agravar do conflito na Síria. Com efeito, recorde-se, por exemplo, o memorando enviado a partir do Ministério do Interior saudita que dá conta do envio de 1.239 reclusos para combaterem na Síria. Cfr. GLOBAL RESEARCH, “Saudi Arabia Sent Death Row Inmates to Fight in Syria in Lieu of Execution”, 21 de Janeiro de 2013, disponível em <http://www.globalresearch.ca/saudi-arabia-sent-death-row-inmates-to-fight-in-syria-in-lieu-of-execution/5319802>.

<sup>35</sup> Cfr. TIM ROSS, “William Hague: choice between military strikes on Syria or allowing tyrants to use chemical weapons”, in *The Telegraph*, 26 de Agosto de 2013, disponível em <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/syria/10265997/William-Hague-choice-between-military-strikes-on-Syria-or-allowing-tyrants-to-use-chemical-weapons.html>.

<sup>36</sup> Cfr. ALEXEI ANISHCHUK, “Russia warns against military intervention in Syria”, in *Reuters*, 26 de Agosto de 2013, disponível em <http://www.reuters.com/article/2013/08/26/us-syria-crisis-lavrov-intervention-idUSBRE97P0G220130826>.

<sup>37</sup> Considerando os actores em presença, podemos mesmo equacionar a hipótese de estarmos perante a tentativa de implementação de um acordo semelhante ao Sykes-Picot.

Recorde-se, aliás, que esta última situação se verifica na Síria desde muito cedo com o apoio concedido pelo grupo de Estados já referido aos grupos rebeldes sírios, agentes que perpetraram actos de subversão e extrema violência, mesmo contra inocentes, em nome de uma alegada mudança de regime que se questiona se, isolada, colherá apoio popular significativo que justifique a agenda das entidades envolvidas na instabilidade no País. Sublinhe-se, ainda, que qualquer apoio prestado a grupos rebeldes sírios, com ou sem a chancela da ONU, constitui um acto de ingerência e, conseqüentemente, uma violação grosseira ao princípio previsto no n.º 7 do artigo 2.º, de acordo com o qual a ONU não está autorizada “a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado”.

Simultaneamente, não podemos ignorar que este último princípio admite uma única (e expressa) excepção: os casos em que devam ser aplicadas as medidas coercitivas do capítulo VII. Deste modo, é sem surpresa que assistimos a interpretações do Conselho de Segurança no sentido de compreenderem conflitos meramente localizados e por vezes resumidos a uma área de um determinado País como situações de “ameaça à paz na região”. Na verdade, é praticamente suficiente que se verifique um fluxo migratório numa região na qual um membro do CSNU pretende ganhar influência para que uma situação se enquadre no conceito de “ameaça à paz” sem que se chegue a demonstrar a existência de uma ameaça de paz efectiva.

Nestes termos, e uma vez que o princípio da soberania dos Estados apenas conhece a excepção prevista na parte final do n.º 7 do artigo 2.º da Carta, parecem não existir dúvidas de que, a menos que o poder político sírio enderece um convite expresso a um Estado ou a um conjunto de Estados para intervirem militarmente no país, qualquer intervenção armada na Síria carece de autorização expressa conferida pelo Conselho de Segurança, sob pena de constituir um acto de agressão e fazer ruir todo o sistema no qual se sustenta a comunidade internacional<sup>38</sup> por estar prejudicada a confiança entre aqueles que a integram<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Autores como GEORG SCHWARZENBERGER referem que o conceito de “comunidade internacional” ilustra, na verdade, um exemplo de sociedade, dado que o individualismo de cada Estado consubstancia-se “num potencial factor de conflito, cujo efeito desagregador é mais forte do que o efeito agregador dos interesses convergentes que aproximam os Estados”. Este entendimento é afastado por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 32-38, que consideram que “é largamente dominante na doutrina a expressão *comunidade internacional*” e que “se assiste a uma progressiva comunitarização de vários domínios da velha e clássica Sociedade Internacional, em termos tais que” consideram a hipótese de “os seus traços comunitários virem a sobrepor-se às suas características societárias”. Adoptamos o conceito de “comunidade internacional” por tendermos a concordar

Com efeito, a licitude de uma intervenção militar à margem de autorização do Conselho de Segurança só poderá ter lugar em sede de “intervenção por convite”, conceito através do qual um Estado intervém militarmente noutro após a formulação de um pedido por parte do poder político do Estado cujo território é alvo de incidentes que justificam a operação com colaboração de outro(s) Estado(s).

Este instituto é aceite tanto pela doutrina como pela jurisprudência e encontra ainda base (i) na Resolução 387 (1976) do Conselho de Segurança, quando se reconhece “o Direito inerente e lícito de qualquer Estado, no exercício da sua soberania, solicitar apoio a um Estado ou a um conjunto de Estados”; e no artigo 20.º do Projecto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos (da autoria da Comissão de Direito Internacional da ONU e publicado em 2001) que diz que “o consentimento válido de um Estado à comissão de um determinado acto de um outro Estado exclui a ilicitude daquele acto em relação ao primeiro na medida em que o acto permaneça dentro dos limites do referido consentimento”.

Para serem legítimos, os *convites* não podem ser formulados por outras entidades que não os próprios poderes políticos dos países a que se destinam. Devem, por isso, ser considerados ilegítimos os *convites* que sejam endereçados a Estados que tenham apoiado golpes de Estado e procurem tirar proveito de actores que lhes sejam favoráveis para justificarem a formulação do *convite* pelo poder revolucionário.

Por este motivo, a esmagadora maioria da doutrina entende que as intervenções (pró-democráticas ou não) são legítimas apenas se tiverem havido actos de subversão contra o Governo ou caso se perspetive a eclosão de guerra civil. Esta visão é defendida para evitar que a livre escolha de um Estado dos seus sistemas político, económico, social e cultural seja influenciado por outros factores, argumento este já invocado pelo Tribunal Internacional de Justiça no processo Nicarágua v. EUA (1986) e também consagrado no ponto 5 da Resolução A/RES/20/2131 da Assembleia-Geral da ONU<sup>40</sup>.

com esta última tese, apesar das cautelas resultantes do facto de se verificar um desequilíbrio de forças global que poderá comprometer a evolução dessa comunidade no futuro.

<sup>39</sup> Neste sentido, Dmitry Rogozin, Enviado da Rússia para a NATO, declarou, a propósito dos incidentes na Líbia, “agora, nós não podemos confiar na NATO. Não podemos ter a certeza que após a aprovação de uma resolução semelhante para a Síria eles também não a vão exceder e, numa situação destas, as bombas comecem a ser lançadas sobre Damasco”. Cfr. ANDREW RETTMAN, “Libya war is NATO conquest of oil-rich south, Russian diplomat says”, in *EU Observer*, 2 de Setembro de 2011, disponível em <http://euobserver.com/foreign/113500>.

<sup>40</sup> Para uma leitura aprofundada sobre o tema, cfr. OSCAR SCHACHTER, “Is there a right to overthrow an illegitimate regime?”, in *Liber Amicorum: Le droit international au service de la paix et du*

Afinal, tal como o contrato social pretende garantir a paz entre os homens através da imposição de limites que garantam a vivência entre todos, impedindo-se que impere um sistema de anarquia onde a todos (ou a alguns) é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar um direito ou uma pretensão, vencendo o mais forte e atropelando-se a justiça, também nas relações entre os Estados, sobretudo em sede de ONU, a motivação tem de ser a mesma, sob pena de regressarmos a realidades há muito ultrapassadas e que precipitaram a criação e efectivação dos princípios fundamentais que regem o sistema actual.

Ora, sendo a República Árabe Síria membro da ONU e estando a ser atacada por entidades que atentam contra o próprio Estado, será de reconhecer que o Bashar al-Assad terá legitimidade para promover as medidas necessárias à legítima defesa do Estado, com excepção das que são proibidas pelo direito da guerra (*jus in bello*<sup>41</sup>), entre as quais se encontram (i) o Protocolo de Genebra de 1925 relativo à proibição do emprego na guerra de gases asfixiantes, tóxicos ou similares e (ii) a Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Armazenagem e Utilização de Armas Químicas e sobre a sua Destruição, de 1993, cujas als. b) e c) do n.º 1 do artigo 1.º são claras ao afirmarem que “cada Estado Parte na presente Convenção compromete-se, quaisquer que sejam as circunstâncias, a (...) não utilizar armas químicas” (al. b)) e a “não proceder a quaisquer preparativos militares para a utilização de armas químicas” (al. c)<sup>42</sup>.

*développement*, Michel Virally (ed.), Paris, Pedone, 1991, pp. 423-430; Jean D'ASPREMONT, *L'Etat non Démocratique en Droit International: Etude Critique du Droit International Positif et de la Pratique Contemporaine*, Paris, Pedone, 2008; VASILIKI SARANTI, “Pro-democratic intervention, invitation, or ‘responsibility to protect’? Challenges to international law from the ‘Arab Spring’”, in *The Arab Spring, New Patterns for Democracy and International Law*, Carlo Panara/Gary Wilson (eds.), Martinus Leiden/Boston, Nijhoff Publishers, 2013, pp. 169-201.

<sup>41</sup> O conceito de direito da guerra (*jus in bello*) distingue-se do de direito à guerra (*jus ad bellum*), sendo o primeiro o conjunto de disposições que regula os limites em que uma guerra pode decorrer limitando o sofrimento causado pela guerra e garantir a maior protecção possível às vítimas e o *jus ad bellum* como as condições em que um Estado pode recorrer à guerra. Cfr. YORAM DINSTEN, *War, Aggression and Self-Defence*, 4.ª ed., Nova Iorque, Cambridge University Press, 2005; IVAN SHEARER, THOMAS FRANCK et al., *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines: Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Michael Schmitt/Jelena Pejic (eds.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; GREGORY M. REICHBERG, “Jus ad Bellum”, in *War: Essays in Political Philosophy*, EUA, Cambridge University Press, 2008, pp. 11-29.

<sup>42</sup> Recorde-se, porém, que dúvidas subsistem relativamente às substâncias e às armas que são passíveis de enquadrar as proibições previstas pela Convenção, uma vez que o artigo 9.º prevê excepções, nem todas elas suficientemente claras. Cfr. MICHAEL BOTHE, “The Chemical Weapons Convention: a general overview”, in *The New Chemical Weapons Convention: Implementation and Prospects*, A Haia, Kluwer Law International, 1998, pp. 3 e ss.

Deste modo, a menos que se pretenda imputar ao poder político sírio a utilização de armas químicas contra alvos civis – encontrando-nos, nesse caso, numa situação de crimes contra a Humanidade –, o recurso a este tipo de armamento em tempo de guerra (civil) configurará um (ou mais) crime(s) de guerra<sup>43</sup>, que são crimes *jus cogens*<sup>44-45</sup> – instituto que teremos oportunidade de tratar detalhadamente mais à frente.

Assim, sucede que, se, por um lado, a Síria é Parte no Protocolo de 1925, por outro lado, não o era na Convenção de 1993 à data dos factos referenciados<sup>46</sup>. Contudo, o facto de este instrumento contar com a ratificação de 189 países<sup>47</sup> e de os crimes de guerra constituírem crimes *jus cogens* reforça o carac-

<sup>43</sup> Entendimento este dado por diversos instrumentos internacionais, entre os quais a Declaração de Bruxelas de 1874, com respeito às leis e costumes a observar na guerra terrestre (artigo 13.º, al. a)), a II Convenção de Haia de 1899, com respeito às leis e costumes a observar na guerra terrestre (revista em 1907) (artigo 23.º, al. a)) e Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (no artigo 8.º, n.º 2, al. xviii).

<sup>44</sup> O conceito de *jus cogens* decorre do artigo 53.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969, e serve para designar as normas imperativas de direito internacional. Conforme refere JORGE MIRANDA, “o *jus cogens* pressupõe uma hierarquia de normas. No entanto, numa sociedade privada de aparelho legislativo como é a sociedade internacional, torna-se muito difícil determinar que normas entram na categoria de normas cogentes”. Cfr. JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Cascais, Principia, 2006, p. 126. Contudo, embora a Convenção de Viena não revele o modo como se determina o *jus cogens*, acrescenta o mesmo autor que “parece possível, com base nos textos internacionais e na própria construção jurídica, aventar linhas de orientação”, constituindo fonte primordial para esta missão (i) o costume internacional, (ii) os tratados multilaterais gerais, (iii) as resoluções da Assembleia-Geral das Nações Unidas e (iv) a jurisprudência dos tribunais na protecção dos direitos do homem e dos tribunais criminais internacionais “instituídos nos últimos anos”. pp. 126-130. Para mais sobre *jus cogens* e a sua relação com o direito internacional, cfr., entre outros, M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Nova Iorque, Cambridge University Press, 2011, p. 263; ANTHONY A. D’AMATO, “It’s a Bird, It’s a Plane, It’s Jus Cogens!”, in *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 6, n.º 1, 1990, pp. 1-6; RAFAEL NIETO-NAVIA, “International Peremptory Norms (*jus cogens*) and International Humanitarian Law”, in *Coalition for the International Criminal Court*, s.d., disponível em <http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>.

<sup>45</sup> Neste sentido, M. CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents*, Vol. I, 3.ª Edição, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 143-145.

<sup>46</sup> Importa recordar que a Síria só ter ratificado a Convenção a 14 de Setembro de 2013, após esta ter sido uma das condições impostas pela Comunidade Internacional para aliviar a pressão militar sobre a Síria. Todavia, um dos motivos para Damasco recusar, sucessivamente, a ratificação deve-se ao facto de a Síria ter como vizinho Israel, que, apesar de a ter assinado, também não ratificou, existindo a desconfiança mútua de que o inimigo poderá, um dia, fazer uso de armas químicas contra o outro.

<sup>47</sup> Sendo Israel e Myanmar apenas signatários e ficando completamente excluídos Angola, Egipto, Coreia do Norte e Sudão do Sul.

ter imperativo de algumas disposições na Convenção, entre as quais as alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 1.º, não sendo extensivamente vinculativo à Síria as disposições relativas à posse de armas químicas por, por si só, não prefigurarem nenhum crime.

Conclui-se, assim, que, caso se confirme a utilização de armas químicas, pelo regime sírio ou por terceiros<sup>48</sup>, tal acto não eximirá os agentes de responsabilidade pelo simples facto de a República Árabe Síria não ser parte, à data dos factos, na Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Armazenagem e Utilização de Armas Químicas e sobre a sua Destruição, de 1993.

Simultaneamente, não será despciendo o facto de o artigo 51.º da Carta das Nações Unidas favorecer a actuação (até agora comprovada) do Governo sírio no conflito. De facto, recorde-se que “nada na presente carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou colectiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais”<sup>49</sup>.

Ora, constituindo esta regra uma excepção ao “monopólio” do Conselho de Segurança em matéria dos capítulos VII e VIII da Carta, à luz do direito internacional, as autoridades sírias não têm o ónus de justificar a sua actuação<sup>50</sup>. Aliás, mesmo o poder conferido ao Conselho de Segurança está limitado pela expressão “até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais”, o que não só não se tem verificado, como membros do CSNU continuam a apoiar agentes

<sup>48</sup> Hipótese esta que tem sido afastada de praticamente todas as equações e que tem de ser considerada, uma vez que alguns apoiantes (directos ou indirectos) dos rebeldes sírios têm armas químicas e podem cedê-las ou criar condições à sua utilização pelos mesmos. Neste sentido, importa recordar, por exemplo, as notícias que davam conta de rebeldes sírios testarem a utilização de armas químicas em coelhos ou as declarações (aparentemente) contraditórias de Domenico Quirico e Pierre Piccinin, raptados por rebeldes sírios, tendo ambos ouvido conversas entre os raptadores e terceiros que os responsabilizava pela utilização de armas químicas no ataque de 21 de Agosto de 2013.

<sup>49</sup> Autores como BRUNO SIMMA condenam a interpretação extensiva por vezes dada ao artigo 51.º da Carta das Nações Unidas. Com efeito, refere de forma clara que «o art. 51.º inequivocamente limita ao caso de “ataque armado” qualquer alcance mais vasto do direito à legítima defesa que possa ter existido em qualquer norma de direito costumeiro anterior à Carta». Cfr. BRUNO SIMMA, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, in *European Journal of International Law*, Vol. 10, n.º 1, 1999, p. 3.

<sup>50</sup> Neste sentido, cfr. ANDRÉ DE HOOGH, *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, A Haia, Kluwer Law International, 1996, pp. 2 e 313.

que perpetraram acções de insurreição armada em território sírio contra o regime liderado por Bashar al-Assad<sup>51</sup>.

Do caso em apreço, não sucederá um reconhecimento de legitimidade da Síria à autodefesa até que o Conselho de Segurança adopte medidas necessárias a garantir o respeito pela soberania da República Árabe Síria – entre as quais se incluem o dever de desarmamento e de não fornecimento de armamento aos grupos rebeldes que subvertem um Estado de Direito? Não carecerá de validade, por violação da Carta, qualquer resolução aprovada pelo Conselho de Segurança que apoie resoluções que denunciem actos de ingerência na política interna da Síria e visem a acção contra o poder político em legítimo exercício, beneficiando agentes subversivos e grupos terroristas activos neste território?

### III – Os casos precedentes

A ocorrência de ataques contra alvos discriminados de um Estado (ou grupo de Estados) por iniciativa de um outro (ou de outros) sem autorização do Conselho de Segurança não é recente e muito menos ocorre com pouca frequência. Embora sejam inúmeros os exemplos que aqui poderíamos dar<sup>52</sup>, destacamos dois, não só por serem recentes como também pelos efeitos provocados em toda a ordem mundial: o papel da Organização do Tratado do Atlântico Norte (NATO) no Kosovo, em 1999, e a intervenção da mesma organização na Líbia, em 2011.

O primeiro destes exemplos reside na intervenção da NATO no Kosovo. Após anos de conflitualidade e a consequente criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, a violação de direitos humanos por parte das

<sup>51</sup> Apesar de EUA, Reino Unido e França terem negado constantemente este apoio aos grupos rebeldes sírios, questiona-se como terão estes agentes tido acesso a armamento pesado em grandes quantidades e a formação militar, ocorrendo, por vezes, confissões de cooperação com estas entidades. Mais recentemente, têm sido divulgadas peças que atestam que o Qatar tem em vista a revitalização do grupo Al-Nusra, braço armado da Al-Qaeda na Síria. A este respeito, cfr. CHANA YA'AR, "UK, France Supply Syrian Rebels Sans EU Support", in *Arutz Sheva* 7, 14 de Março de 2013, disponível em <http://www.israelnationalnews.com/News/News.aspx/166219#.Uic-CI9I3sbA>; YARA BAYOUMY, AMENA BAKR, "Western, Arab states to step up Syrian rebel support", in *Reuters*, 22 de Junho de 2013, disponível em <http://www.reuters.com/article/2013/06/22/us-syria-crisis-idUSBRE95K17J20130622>; MARIAM KAROUNY, "Syria's Nusra Front may leave Qaeda to form new entity", in *Reuters*, 4 de Março de 2015, disponível em <http://www.reuters.com/article/2015/03/04/us-mideast-crisis-nusra-insight-idUSKBN0M00GE20150304>.

<sup>52</sup> Situação esta que merecerá alguma reflexão sobretudo face à banalização, por alguns Estados, do recurso a aeronaves não tripuladas (*drones*) para realizar ataques pontuais um pouco por todo o Planeta.

autoridades jugoslavas<sup>53</sup> aumentou exponencialmente desde o final de 1997, levando as instâncias internacionais a intervirem, entre as quais o Conselho de Segurança, por via da resolução 1160 (1998), com a promoção de mecanismos que viabilizassem o fim do conflito pela via política.

Seguiu-se a resolução 1199 (1998), na qual o CSNU qualificou a deterioração da situação no Kosovo como “ameaça à paz e à segurança na região”, ordenou a cessação das hostilidades entre as partes e ordenou a implementação de medidas concretas por Belgrado para garantir uma resolução pacífica sob pena de equacionar medidas adicionais que mantivessem ou restaurassem a paz e a estabilidade na região.

Sucedeu que a Rússia (e eventualmente a China), em estado de alerta com os desenvolvimentos no terreno por temer que a situação no Kosovo inspirasse movimentos secessionistas no seu território, demonstrou a sua intenção em vetar qualquer resolução que autorizasse a ameaça ou o uso da força contra a República Federal da Jugoslávia. Neste quadro, os membros da NATO deram autorização à organização para avançar com meios militares caso a Jugoslávia não desse cumprimento às resoluções do CSNU anteriormente aprovadas, no âmbito do conceito de “intervenção humanitária”.

O resultado da tomada de posição da NATO teve como consequência um cessar-fogo e a celebração de dois acordos: um, entre a Jugoslávia e a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) com vista à criação de uma força para o Kosovo e para garantir o cumprimento das resoluções 1160 (1998) e 1199 (1998); outro, entre a Jugoslávia e a NATO, com o objectivo de permitir o estabelecimento de uma missão de verificação aérea sobre o Kosovo para complementar a missão da OSCE<sup>54</sup>.

Estes acordos contribuiriam para a aprovação da Resolução 1203 (1998) do Conselho de Segurança que exigia o cumprimento dos mesmos pela Jugoslávia. No início de 1999, registaram-se alguns progressos na situação de segurança, tendo para esta evolução contribuído o decorrer da Conferência de Rambouillet, entre as autoridades jugoslavas e representantes da maioria albanesa no Kosovo, sob a égide da NATO, que viria a redundar em fracasso, uma vez que os kosovares acabaram por ganhar tempo para se reorganizarem ao mesmo

<sup>53</sup> Sem esquecer, também, actos de subversão e terrorismo cometidos por kosovares e albaneses.

<sup>54</sup> Na verdade, esta arquitectura de acordos com OSCE e NATO constituiu um precedente histórico que levou a actos subsequentes de subvalorização do CSNU e equiparação hierárquica com organizações como a NATO, marcando a introdução na era moderna do conceito de “intervenção (ou guerra) humanitária”.

tempo que propunham um acordo praticamente impossível<sup>55</sup> de ser aceite por Belgrado e que Henry Kissinger qualificaria como “uma provocação, uma desculpa para começar a bombardear [a Jugoslávia]”<sup>56</sup>.

Assim, a situação de segurança voltou a deteriorar-se, provocando a retoma das ameaças da NATO de recorrer aos meios militares. Contudo, apesar de algumas vozes darem conta dos apoios dados por várias instâncias da ONU, da alegada intenção da NATO de obter o apoio formal do CSNU e também da alegada disponibilidade da Rússia para tentar uma última alternativa por via do capítulo VI da Carta<sup>57</sup>, certo é que não foi aprovada nenhuma resolução neste sentido, acabando a NATO por desencadear a ofensiva contra as autoridades jugoslavas a 24 de Março de 1999.

Um segundo precedente ocorreu na Líbia, em 2011. O efeito mimético provocado pelo início da “Primavera Árabe” na Tunísia, em Janeiro de 2011, reflectiu-se na Líbia, com várias personalidades e grupos locais a iniciarem manifestações e acções subversivas com o objectivo de provocarem a queda do Presidente Muammar Kadhafi, no poder há 42 anos. Perante a recusa do líder em abandonar o poder, começaram a registar-se confrontos quase diários entre os manifestantes e as autoridades, provocando inúmeras baixas entre os civis, o que acabaria por precipitar uma guerra civil na Líbia.

Perante os acontecimentos no terreno e o impasse da ofensiva rebelde, o CSNU aprovou a Resolução 1970 (2011) que prevê, além de sanções contra a Líbia, um pedido dirigido ao Tribunal Penal Internacional no sentido de serem iniciadas investigações a crimes cometidos na Líbia desde o início dos protestos, o que o Tribunal viria a cumprir poucos dias depois<sup>58</sup>. A 17 de Março desse ano, o CSNU reforçou a sua posição face à situação na Líbia e aprovou a Resolução 1973 (2011), que autorizou os Estados-Membros a tomarem todas

<sup>55</sup> O projecto de acordo de Rambouillet previa o destacamento de cerca de 30.000 militares da NATO pelo território jugoslavo de tal forma que praticamente controlaria o território onde hoje se situa o Kosovo e áreas estratégicas da República Federal da Jugoslávia ao mesmo tempo que reconhecia a partilha de poder entre este País e o Kosovo que conferiam a este último uma autonomia tal que o tornaria num Estado soberano *de facto*.

<sup>56</sup> Na verdade, a célebre frase de Kissinger acaba por denunciar a ingenuidade dos Estados que se encontravam no lado oposto ao dos EUA nestas negociações, tendo este erro causado avultados e incalculáveis prejuízos e, muito provavelmente, servirá de mote para as reservas da Rússia em aceitar um qualquer texto de uma qualquer resolução, dado que o passado recente aconselha a ter muitas cautelas por estar afectada a confiança.

<sup>57</sup> Cfr. BRUNO SIMMA, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, in *European Journal...*, pp. 9-11.

<sup>58</sup> Para um maior desenvolvimento às investigações do Tribunal Penal Internacional na “situação na Líbia”, cfr. ALEXANDRE GUERREIRO, *op. cit.*, pp. 69-72.

as “medidas necessárias” para garantir a protecção de civis em território líbio e a criar uma zona de exclusão aérea, iniciada por uma coligação de Estados ao fim de 48 horas – área esta que se viria a transformar facilmente numa missão de derrube a Muammar Kadhafi e que cessaria logo após a sua morte.

A grande diferença face à situação no Kosovo respeita à aprovação de uma resolução pelo CSNU, embora com as abstenções de Rússia e China, que legitima o recurso a todos os meios possíveis. No entanto, uma das questões que geram maior controvérsia está relacionada com o tremendo auxílio dado pela NATO aos rebeldes líbios, o que é passível de ser interpretado como uma violação da resolução pois os Estados participantes na missão só tinham autorização para protegerem civis de eventuais ataques das Forças Armadas da Líbia e violaram o dever de imparcialidade ao apoiarem uma das partes do conflito – a menos que vigore uma interpretação forçada que integre os rebeldes líbios no conceito “civis” ou “populações”.

Finalmente, a outra questão diz respeito à legitimidade da própria resolução em si, uma vez que não estará em causa, sequer, uma ameaça à paz na região, no âmbito do capítulo VII<sup>59</sup>, antes a mera ambição de derrubar um poder político instituído e capacitar grupos rebeldes politicamente mais favoráveis às potências que lideram a NATO, iniciativa esta que constitui, também ela, um acto de agressão contra a Líbia e ajudou entidades alheias ao poder político líbio a cometerem crimes de guerra e contra a Humanidade que dificilmente serão alguma vez julgados<sup>60</sup>.

#### IV – A doutrina e a jurisprudência

No que ao entendimento da jurisprudência diz respeito, destaca-se a posição do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) no célebre acórdão do caso “*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*”, de 1970 – processo no qual o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre o pedido deduzido pela Bélgica

<sup>59</sup> Recorde-se que um outro tema de discussão desenrolou-se ao nível interno em vários Estados participantes nas operações. Nos EUA, chegou mesmo a avançar-se com a inconstitucionalidade da intervenção militar na Líbia, com algumas opiniões *sui generis*. Neste sentido, cfr. CHARLIE SAVAGE, MARK LANDLER, “White House Defends Continuing U.S. Role in Libya Operation”, in *The New York Times*, 15 de Junho de 2011, disponível em [http://www.nytimes.com/2011/06/16/us/politics/16powers.html?\\_r=2&hp&hpt=hp](http://www.nytimes.com/2011/06/16/us/politics/16powers.html?_r=2&hp&hpt=hp).

<sup>60</sup> Para uma análise breve, mas crítica, à intervenção da NATO na Líbia, cfr. ALAN J. KUPERMAN, “Lessons from Libya: How Not to Intervene”, in *Harvard Kennedy School – Belfer Center for Science and International Affairs*, Setembro de 2013, disponível em <http://belfercenter.ksg.harvard.edu/files/Kuperman%20policy%20brief%20published%20version%202.pdf>.

contra o Governo de Espanha com vista à reparação dos danos causados à empresa<sup>61</sup> cuja firma dá nome ao processo e que viu ser-lhe declarada falência após alguns incidentes com as autoridades espanholas imediatamente após a Guerra Civil deste País.

Perante as pretensões da Bélgica, que entendiam que o comportamento do Governo de Espanha violou o direito internacional, e num processo com desenvolvimentos curiosos, o TIJ teceu observações *sui generis*, acordando no seguinte sentido:

“Em particular, uma distinção essencial deverá ser estabelecida entre as obrigações de um Estado para com a comunidade internacional como um todo e aquelas decorrentes perante um outro Estado no domínio da protecção diplomática. Pela sua própria natureza, estas obrigações são da preocupação de todos os Estados. Devido à importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico na sua protecção; estas são obrigações *erga omnes*. Tais obrigações decorrem, por exemplo, do direito internacional contemporâneo, da proibição de actos de agressão e de genocídio e também dos princípios e das disposições sobre direitos básicos da pessoa humana, incluindo a protecção contra a escravatura e a discriminação racial.”<sup>62</sup>

Neste quadro de ideias, concordamos com o entendimento de M. Cherif Bassiouni no sentido de entendermos que os crimes internacionais que atingem o nível de *jus cogens*<sup>63</sup> constituem “obrigações *erga omnes*”<sup>64</sup>, ainda que se deva reforçar que nem todos os princípios de *jus cogens* são obrigações *erga omnes* e que estes dois institutos não se devem confundir como sinónimos ou sequer decorrem automaticamente um do outro<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Posteriormente, a pretensão seria deduzida em benefício dos cidadãos belgas accionistas desta empresa que operava no sector do fornecimento de energia eléctrica.

<sup>62</sup> Cfr. TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Belgium v. Spain*, Julgamento de 5 de Fevereiro de 1970, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>, p. 32.

<sup>63</sup> Conforme referido por M. CHERIF BASSIOUNI, enquadram-se no conceito de crimes *jus cogens* os crimes que “afectam os *interesses* da comunidade mundial como um todo porque ameaçam a paz e segurança da Humanidade e chocam a consciência da Humanidade”. Mais prossegue dizendo que “um crime *jus cogens* é essencialmente caracterizado, explícita ou implicitamente, por uma política ou acto do Estado, independentemente de se manifestar por acção ou omissão”. M. CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Law: Sources...*, p. 176.

<sup>64</sup> Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, n.º 4, Outono de 1996, pp. 63-74.

<sup>65</sup> Cfr. BRUNO SIMMA, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, in *European Journal...*, pp. 1-2; CHRISTIAN J. TAMS, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Nova Iorque, Cambridge University Press, 2005, 128-157; STEFAN KADELBACH, “*Jus Cogens*, Obliga-

Contudo, há obrigações *erga omnes* que decorrem da verificação de crimes de *jus cogens*, pelo que a intervenção não constitui uma opção dos Estados, antes consiste num dever que todos devem prosseguir, sob pena de tais normas, sobretudo os crimes, perderem o carácter imperativo de direito internacional<sup>66</sup> que as eleva ao topo da hierarquia das normas e garante a sua inderrogabilidade. Entre estes princípios, não é por demais recordar que os crimes de guerra e contra a Humanidade, nos quais se inclui o recurso a armas químicas<sup>67</sup>, são unanimemente integrados na categoria de normas *jus cogens*<sup>68</sup>.

Paralelamente, não podemos ignorar que, antes da decisão do TIJ, ainda que o princípio do exercício da soberania territorial dos Estados constituísse uma norma imperativa globalmente reconhecida, o mesmo viu ser reconhecida (pelo menos) uma excepção. Com efeito, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional afirmou, no célebre acórdão do caso “S.S. *Lotus*”, de 1927, que “a territorialidade do direito penal não é um princípio de direito internacional e de modo algum coincide com soberania territorial”, dado que “todos ou quase todos os ordenamentos jurídicos estendem a sua acção a ofensas cometidas fora do Estado que as reconhece”<sup>69</sup>.

Já no século XXI, importa dar conta que a referência feita pelo TIJ às obrigações *erga omnes* e, conseqüentemente, ao papel que todos os Estados têm na protecção dos direitos básicos de todos os Seres Humanos, inspirou, de forma considerável, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas no que respeita à criação (e aprovação) do Projecto de Convenção sobre Responsabilidade dos Estados por Actos Ilícitos<sup>70</sup>. São, deste modo, demasiado claras as

tions *Erga Omnes* and other Rules – The Identification of Fundamental Norms”, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Christian Tomuschat/Jean-Marc Thouvenin (eds.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 21–40; WLADYSŁAW CZAPLINSKI, “*Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Criminal Responsibility”, in *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, José Dória/Hans-Peter Gasser/M. Cherif Bassiouni (eds.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 403–420.

<sup>66</sup> Neste sentido, M. CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Law: Sources...*, pp. 172–174, 176.

<sup>67</sup> Em particular o Protocolo de Genebra de 1925 relativo à proibição do emprego na guerra de gases asfixiantes, tóxicos ou similares e a Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Armazenagem e Utilização de Armas Químicas e sobre a sua Destruição, de 1993.

<sup>68</sup> Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Law: Sources...*, pp. 138, 143–145.

<sup>69</sup> Cfr. TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, *The case of the S.S. “Lotus”*, Julgamento de 7 de Setembro de 1927, disponível em [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf).

<sup>70</sup> Projecto aprovado na sessão n.º 53/2001 da Comissão de Direito Internacional e cuja versão original está disponível em [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf).

tentativas de tipificar um entendimento que tem resultado, essencialmente, das visões doutrinária e jurisprudencial, procurando consolidar-se matéria fundamental para o exercício da jurisdição penal pelos Estados fora do seu território.

Paralelamente, uma das questões resultantes da observação do TIJ resulta do entendimento pouco claro da amplitude do conceito “obrigações de um Estado para com a comunidade internacional como um todo”, pelo que, seguindo o entendimento da doutrina, e uma vez que o Tribunal não estabelece a ligação das normas *jus cogens* às obrigações *erga omnes*, uma norma *jus cogens* atinge este estatuto (i) quando consolida o seu valor ao ser recorrentemente utilizada em instrumentos internacionais, (ii) quanto mais for integrado no ordenamento jurídico interno de cada Estado e (iii) quanto mais for aplicada pelos tribunais nacionais e internacionais<sup>71</sup>.

Deste modo, as obrigações *erga omnes*, que são dirigidas a uma comunidade de Estados e não a um Estado ou mais do que um em particular, resultam automaticamente do facto de um determinado crime internacional atingir a categoria *jus cogens*<sup>72</sup>. Por este motivo, a actuação de um Estado ou de uma coligação de Estados, com vista ao cumprimento de uma obrigação *erga omnes*, não deverá oferecer dúvidas aos restantes que não intervêm activamente, antes merecendo o apoio de uma maioria significativa pois estaremos perante uma situação de tal forma chocante para a Humanidade que todos, mesmo os que não são parte activa, se sentem visados com a actuação passível de punição.

No caso da Síria, tal não sucede. Com efeito, constata-se que, além de França, Reino Unido e EUA, poucos são os Estados que apoiam de forma clara e quase incondicional uma intervenção militar na Síria. No entanto, verifica-se que os Estados tendem a apoiar esta hipótese se se comprovar, efectivamente, que Bashar al-Assad violou o direito internacional e utilizou armas químicas na guerra civil do País. Outros reforçam ainda a necessidade de uma intervenção desta natureza carecer sempre de parecer favorável do CSNU. A relutância dos Estados em promoverem o uso da força parece demonstrar que existem sérias dúvidas de terem sido utilizadas armas químicas no conflito sírio, bem como de quem terá feito uso delas, e reforça os receios de se repetir a fraude de 2003, no Iraque.

Já entre a doutrina que se ocupa sobre a matéria em discussão, não deixa de ser assinalável a posição defendida por Bruno Simma a propósito da intervenção

<sup>71</sup> Cf. M. CHERIF BASSIOUNI, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, in *Law and Contemporary...*, pp. 70-71.

<sup>72</sup> M. CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Law: Sources...*, p. 177; ANDRÉ DE HOOGH, *op. cit.*, p. 53.

da NATO na crise do Kosovo<sup>73</sup>. De facto, começa o autor por referir que «se o Conselho de Segurança determinar que as violações de direitos humanos que ocorrem massivamente num Estado constituem uma ameaça à paz, e posteriormente apela ou autoriza ao uso da força para pôr um fim a estas violações, uma “intervenção humanitária” por meios militares é permissível»<sup>74</sup>.

No entanto, é peremptório ao afirmar que “em caso de ausência da autorização, acção militar coerciva com o objectivo de restaurar o estado de respeito pelos direitos humanos constitui uma violação do art. 2.º, n.º 4 da Carta”. E conclui dizendo que “enquanto uma crise humanitária não atravessar fronteiras e desencadear ataques armados contra outros Estados, não é possível recorrer ao artigo 51.º. Por exemplo, um êxodo massivo de refugiados não é qualificado como ataque armado”<sup>75</sup>.

Para reforçar a sua posição, Bruno Simma recorda-nos que o *Foreign Office* do Reino Unido demonstrou, em 1986, a sua relutância em aceitar intervenções de cariz humanitário sem autorização do CSNU<sup>76</sup> e que, no acórdão do TIJ, no âmbito do processo “Nicarágua vs EUA”<sup>77</sup> – logo, bastante mais recente que o caso “*Barcelona Traction*” – o Tribunal condiciona o cumprimento das obrigações *erga omnes*, pronunciando-se no seguinte sentido:

“Em qualquer caso, enquanto os EUA podem fazer a sua própria apreciação da situação no que respeita aos direitos humanos na Nicarágua, o uso da força não pode ser o meio mais apropriado para vigiar e garantir tal respeito. No que respeita às acções desenvolvidas, a protecção dos direitos humanos, um objectivo estritamente humanitário, não pode ser compatível com a colocação de armadilhas em portos, a destruição de oleodutos ou o fornecimento de treino, armamento e equipamento aos contras. O Tribunal conclui que o argumento de preservação

<sup>73</sup> Cfr. BRUNO SIMMA, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, in *European Journal...*, pp. 1-22.

<sup>74</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 5.

<sup>75</sup> *Idem*, *Ibidem*.

<sup>76</sup> Não deixa de ser curiosa a posição do Reino Unido 27 anos antes de defender uma “intervenção humanitária unilateral” na Síria, a qual ia no sentido de afirmar “em suma, o problema de tornar a intervenção humanitária uma excepção ao princípio de não intervenção é que os seus duvidosos benefícios seriam tremendamente descompensados pelos seus custos, em termos de respeito pelo direito internacional”. Cfr. BRUNO SIMMA, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, in *European Journal...*, p. 5; ELLIOTT ABRAMS, “Humanitarian Intervention: What Lies Ahead?”, in *Freedom in the World: The Annual Survey of Political Rights and Civil Liberties (1999-2000)*, Nova Iorque, Freedom House, 2000, p. 22.

<sup>77</sup> Cfr. TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Nicaragua v. United States of America*, Julgamento de 27 de Junho de 1986, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>.

dos direitos humanos na Nicarágua não pode constituir uma justificação legal para a conduta dos EUA e não pode, de qualquer modo, ser conciliado com a estratégia processual do Estado demandado, que se baseia no direito à legítima defesa colectiva”<sup>78</sup>.

O autor prossegue fazendo referência ao caso do Kosovo, mais concretamente para reconhecer que, antes da realização dos ataques aéreos, as ameaças de uso da força pela NATO contra a República Federal da Jugoslávia, sem autorização do Conselho de Segurança, violaram o artigo 2.º, n.º 4 da Carta das Nações Unidas, uma vez que este preceito “proíbe tais ameaças exactamente da mesma maneira que o faz com o uso de força armada”<sup>79</sup>. Mesmo depois da ameaça de ofensiva pela NATO, qualquer concretização deveria sempre passar pelo CSNU, uma vez que o ambiente no teatro de operações no qual a Força para o Kosovo (KFOR) actuaria seria, segundo as previsões, extremamente hostil, não sendo expectável que a Jugoslávia autorizasse o uso da força pela KFOR contra os seus próprios militares.

No entanto, Bruno Simma é claro ao assumir que, embora violadora do direito internacional, a “intervenção humanitária” no Kosovo não pode constituir um precedente para o futuro, devendo, antes, tratar-se apenas de um caso excepcional, e considera que a violação às normas do direito internacional vigente não foi grosseira dado o evidente esforço da NATO em actuar o mais possível em conformidade com a legalidade, tendo tido como motivação primordial a tentativa de evitar o agravamento da catástrofe humanitária no Kosovo<sup>80</sup>.

Num sentido diferente e ligeiramente mais conservador está Christopher Greenwood, juiz do TIJ, que reconhece a importância das intervenções humanitárias, ainda que à margem do Conselho de Segurança, justificando-as com as normas costumeiras do direito internacional contemporâneo. Contudo, indica que o direito à intervenção humanitária só pode ser exercido em último recurso e utilizado em casos extremos.

<sup>78</sup> *Idem, Ibidem*, parágrafo 268.

<sup>79</sup> Cfr. BRUNO SIMMA, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, in *European Journal...*, pp. 11, 13.

<sup>80</sup> Aqui, o autor recorda a aparente concertação entre a NATO e o CSNU, sendo que as intervenções daquela complementavam as resoluções do último, dando como exemplo claro desta concertação a Resolução 1203 (1998) onde se acolhe com satisfação e aprova os acordos entre a NATO/OSCE e as autoridades jugoslavas que resultaram das ameaças de uso da força, pela NATO, à margem do Conselho de Segurança. Cfr. BRUNO SIMMA, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, in *European Journal...*, pp. 11, 22.

Para este efeito, indica três condições em que entende estar justificado o direito à intervenção humanitária, designadamente: que (i) se verifique – ou ameace verificar imediatamente – a mais gravosa emergência humanitária envolvendo uma perda elevada de vidas humanas; que (ii) seja necessária uma intervenção militar, enquanto único meio de evitar ou pôr fim à perda de vidas humanas; e que (iii) o Conselho de Segurança não tenha condições para poder formalizar esta decisão<sup>81</sup>.

Christopher Greenwood acrescenta ainda que a intervenção tem de ser proporcional ao fim a que se destina e tem de respeitar os requisitos do direito da guerra, especialmente no que diz respeito aos alvos visados. No caso específico da Síria, apenas o último requisito estava verificado, questionando-se a aplicação dos outros dois, dado que (i) não estamos perante uma possível situação de ameaça de utilização de armas químicas que determine a perda de um número significativo de vidas humanas, ainda (ii) não se compreendeu se a motivação de uma intervenção militar será a punição de alegados ataques com armas químicas no passado ou a forma como o conflito se reflecte nos países da região – e dificilmente qualquer um destes argumentos justificaria uma intervenção urgente pelos motivos anteriormente expostos – e (iii) os meios político-diplomáticos mal foram tentados, sendo de afastar a via militar como a única via possível para fazer cessar o conflito<sup>82</sup>.

Um outro contributo fundamental para o entendimento dado pela doutrina à matéria em apreço é o de Antonio Cassese<sup>83</sup>, que subscreve o argumento de haver violação do direito internacional quando se actua sem autorização do Conselho de Segurança ou sem estar justificada a legítima defesa ao abrigo do artigo 51.º da Carta das Nações Unidas. No entanto, ao contrário de Bruno Simma, entende que casos como o da NATO no Kosovo violam de forma grosseira o direito internacional – embora reconheça que, do ponto de vista ético, o recurso às forças armadas se justificou nesta situação – e afirma que a garantia do respeito pelos direitos humanos e pela autodeterminação dos povos jamais poderá pôr em risco a paz entre os Estados<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Cfr. CHRISTOPHER GREENWOOD, “Jurisdiction, NATO and the Kosovo conflict”, in *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives*, Oregon, Hart Publishing, 2003, p. 159.

<sup>82</sup> Os próprios rebeldes não parecem demonstrar grande vontade nas negociações com o regime sírio, criando entraves sucessivos à realização da Cimeira Genebra II.

<sup>83</sup> Cfr. ANTONIO CASSESE, “*Ex iniuria ius oritur*: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?”, in *European Journal of International Law*, Vol. 10, n.º 1, 1999, pp. 23-30.

<sup>84</sup> *Idem, Ibidem*, pp. 25, 29.

Paralelamente, Antonio Cassese acrescenta que “quando um grupo de potências percebe que pode ultrapassar livremente as restrições impostas pela Carta das Nações Unidas e recorrer ao uso da força sem qualquer censura, excepto da opinião pública, a caixa de Pandora poderá ser aberta” e questiona “o que vai refrear esses Estados ou outros grupos de Estados de actuarem da mesma maneira quando confrontados com uma situação similar ou com uma situação que na opinião deles garante o recurso à violência armada?”<sup>85</sup>

Contudo, e porque reconhece que existe uma tendência para que a comunidade internacional entenda que a “paz positiva”, ou a realização de justiça, deve prevalecer sobre a “paz negativa”, ou a ausência de conflito armado, o autor sugere que o recurso à acção militar pode tornar-se gradualmente justificado se se verificarem as seguintes circunstâncias<sup>86</sup>:

- i. Violações grosseiras de direitos humanos que envolvam a perda de centenas ou milhares de vidas inocentes ocorridas num Estado soberano e perpetradas pela acção, pela omissão ou pela conivência (e apoio) das autoridades oficiais, ou pelo total colapso das instituições que não conseguem fazer face a tais atrocidades;
- ii. Se os crimes contra a Humanidade resultarem de uma situação de anarquia, é necessário demonstrar que as autoridades centrais são incapazes de fazer cessar os crimes ou não manifestam disponibilidade em pedir auxílio. Se os crimes forem da autoria das autoridades oficiais, tem de ser demonstrado que estas autoridades recusam sucessivamente colaborar com a ONU ou com outras organizações internacionais, ou têm sistematicamente recusado dar cumprimento aos apelos, recomendações e decisões das organizações em causa;
- iii. Os membros do Conselho de Segurança não conseguem chegar a acordo relativamente à concessão de autorização para que avance a acção militar como forma de terminar as atrocidades;
- iv. Todos os meios pacíficos de resolução do conflito foram tentados e esgotaram-se as possibilidades de chegar a um entendimento;
- v. Um grupo de Estados (e não uma potência isoladamente ou com o apoio de outro Estado) decide tentar pôr fim às hostilidades, com o apoio ou pelo menos a não oposição de todos os Estados-Membros da ONU;
- vi. A acção militar é exclusivamente utilizada com o objectivo de terminar as atrocidades e restaurar o respeito pelos direitos humanos e não para

<sup>85</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>86</sup> *Idem, Ibidem*, p. 27.

atingir qualquer fim além deste propósito. Por este motivo, a acção militar deve ser o mais breve possível, não se devendo prolongar no tempo. Ademais, a intervenção armada não será justificada no caso de uma crise que se vai desdobrando e que ainda pode ter hipóteses de ser resolvida pela via diplomática.

Aplicando os critérios referidos à situação na Síria, voltamos a constatar que dificilmente se justificará uma intervenção militar à margem da autorização do Conselho de Segurança. De facto, importa perguntar se, à luz destes critérios, não será mais justificável uma intervenção para, conjuntamente com o Governo sírio, combater os grupos armados locais e o transnacional Estado Islâmico do Iraque e do Levante – e não ministrar apoio a estes grupos armados como forma de garantir instabilidade no eixo xiita como acontece com a intervenção de Israel<sup>87</sup> –, apostando nas conversações com as instituições consolidadas que visem a instauração da paz num País que antes do conflito se posicionava no 111.º lugar do Índice de Desenvolvimento Humano, à frente de Estados com graves problemas humanitários mas tidos como parceiros privilegiados dos mesmos Estados que ainda hoje pretendem intervir na Síria para depor Bashar al-Assad, tais como o Egipto, África do Sul, Índia, Gana e Marrocos.

## V – Conclusões

Tal como refere o Presidente dos EUA, Barack Obama, a “linha vermelha” para a utilização de armas químicas foi fixada pelo “mundo inteiro (...) quando os governos que representam 98% da população mundial disseram que as armas químicas eram repugnantes e adoptaram um tratado [Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Armazenagem e Utilização de Armas Químicas e sobre a sua Destruição, de 1993] que proíbe o seu uso mesmo por países em guerra”<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Neste sentido, é deveras curioso o relatório da ONU em que se denuncia o apoio dado pelos militares israelitas a entidades filiadas à Al-Qaeda ou classificadas como entidades terroristas. Cfr. CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, “Report of the Secretary-General on the United Nations Disengagement Observer Force for the period from 4 September to 19 November 2014: S/2014/859”, 1 de Dezembro de 2014, disponível em [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/2014/859](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2014/859).

<sup>88</sup> Cfr. ANA FONSECA PEREIRA, “Obama lembra que foi o mundo que proibiu armas químicas”, in *Público*, 5 de Setembro de 2013, disponível em <http://www.publico.pt/siria/jornal/obama-lembra-que-foi-o-mundo-que-proibiu-armas-quimicas-27049676#/0>.

Contudo, sérias dúvidas subsistem de que tenham sido utilizadas armas químicas pelas autoridades de Damasco, sobretudo quando as “provas irrefutáveis” que Barack Obama exigia para intervir militarmente na Síria resultam, segundo Denis McDonough, Chefe de Gabinete da Casa Branca, de um “teste de senso comum”<sup>89</sup>. Não obstante, têm sido recolhidos indícios que apontam para a utilização de arsenal químico pelos rebeldes sírios, podendo refutar-se os argumentos que alegam uma suposta incapacidade dos rebeldes em manusearem equipamentos que potenciem o recurso deste tipo de armamento, uma vez que, segundo relatos de fontes próximas dos rebeldes<sup>90</sup>, poderá não ser necessário um aparato tão complexo quanto os aliados próximos destes grupos pretendem fazer crer para facilitar a imputação de responsabilidades a Bashar al-Assad<sup>91</sup>, desvalorizando-se ou mesmo boicotando-se as investigações da comissão das Nações Unidas.

Paralelamente, ainda que tivessem sido recolhidas provas inequívocas de utilização de armas químicas pelos militares sírios, com ou sem o conhecimento/convivência do poder político liderado pelo Presidente Bashar al-Assad, uma intervenção militar sem a necessária autorização do Conselho de Segurança da ONU dificilmente poderá ser reconhecida como legítima, por não encontrar sustentação quer no conceito de legítima defesa previsto no artigo 51.º da Carta das Nações Unidas, quer no âmbito do capítulo VII. Neste quadro, é de admitir que uma intervenção à margem do direito internacional seja qualificada como acto de agressão contra a Síria.

Comparativamente com os precedentes abordados, a situação da Síria distingue-se pelo facto de (i) não serem claras as violações de direitos humanos, nem quem são os seus agentes; (ii) dúvidas subsistirem sobre a utilização de armas químicas no conflito, bem como quem as terá utilizado; (iii) a comunidade internacional não se sentirá verdadeiramente *ofendida* ou *agredida* por

<sup>89</sup> Cfr. THE WASHINGTON POST, “White House Irrefutable Assad link to gas attack lacking, but passes ‘common-sense test’”, 8 de Setembro de 2013, disponível em [http://articles.washingtonpost.com/2013-09-08/politics/41881143\\_1\\_president-barack-obama-weapons-white-house](http://articles.washingtonpost.com/2013-09-08/politics/41881143_1_president-barack-obama-weapons-white-house).

<sup>90</sup> Não deixa de ser curioso o testemunho que aponta para a existência de dispositivos móveis que faziam o transporte de armas químicas, relato este semelhante a informações que serviram de prova para justificarem a intervenção no Iraque. Cfr. DAVID IGNATIUS, “David Ignatius: A defector’s account of Syrian chemical weapons on the move”, in *The Washington Post*, 18 de Dezembro de 2012, disponível em [http://www.washingtonpost.com/opinions/a-defectors-account-of-syrian-chemical-weapons-on-the-move/2012/12/18/d5130d86-492e-11e2-ad54-580638ede391\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/opinions/a-defectors-account-of-syrian-chemical-weapons-on-the-move/2012/12/18/d5130d86-492e-11e2-ad54-580638ede391_story.html).

<sup>91</sup> Cfr. IAN BLACK, “German intelligence: Syria chemical attack may have been an overdose”, in *The Guardian*, 4 de Setembro de 2013, disponível em <http://www.theguardian.com/world/on-the-middle-east/2013/sep/04/syria-assad-obama-germany>.

acontecimentos que tem dúvidas que se tenham verificado, antes manifesta mais preocupação pelo pela situação dos refugiados sírios e a forma como os êxodos migratórios resultantes do conflito se repercutem na região; (iv) a solução militar assume-se como primeira opção e não como último recurso; (v) o limiar que, uma vez ultrapassado, justifica uma intervenção à margem de uma resolução do Conselho de Segurança congrega critérios extremamente flexíveis e potencia a verificação de novas “exceções” no futuro.

Na verdade, as iniciativas com vista a uma intervenção militar na Síria parecem ter como principal motivação a tentativa de mudança da corrente política dominante neste País, o que, não só está relacionado em nada com o conceito de “intervenção humanitária” como viola grosseiramente o direito internacional e o respeito pela soberania de cada Estado. De facto, deverá equacionar-se a hipótese de a utilização de armas químicas constituir uma forma de maquiular uma intervenção que é marcadamente política<sup>92</sup>, sendo de afastar, neste momento, a hipótese de qualificação da situação na Síria como “obrigação *erga omnes*” que todos os Estados têm o dever de cumprir por se tratar de uma área onde todos exercem jurisdição universal.

Segundo o entendimento da doutrina, a intervenção da NATO no Kosovo violou o direito internacional mas é reconhecida como legítima do ponto de vista ético devendo constituir uma exceção sem precedente<sup>93</sup>. Contudo, dúvidas subsistem sobre quais são os limites ao conceito “exceção sem precedente”, uma vez que se se atribui legitimidade a uma intervenção violadora do direito internacional, dificilmente será possível não reconhecer outras exceções sem precedentes, o que poderá abrir caminho a interpretações extensivas que potenciam intervenções passíveis de descredibilizar a ordem em que se sustenta a comunidade internacional.

Tal como na situação do Kosovo, no caso da Síria verifica-se uma intenção de ludibriar o direito internacional porque a Rússia se opõe às condições propostas por França, Reino Unido e EUA, na qualidade de membros per-

<sup>92</sup> Não deixa de ser curioso que sempre que é difundida uma informação que responsabiliza os rebeldes ou desresponsabiliza o regime sírio, França, Reino Unido e EUA esforçam-se por emitir conteúdos e informações aparentemente mais sólidas, embora de verosimilhança questionável, como forma de exercer contra-informação e exercer pressão sobre as instituições e sobre civis.

<sup>93</sup> Recorde-se que a jurisprudência recente também condena o envolvimento externo na subversão/guerra civil de outros Estados, como se pôde ver no caso *Nicaragua v. United States of America* onde se condena a formação de grupos rebeldes/subversivos/terroristas, prática esta que membros permanentes do CSNU têm mantido na Síria. Cfr. JACKIE CALMES, MICHAEL R. GORDON, ERIC SCHMITT, “President Gains McCain’s Backing on Syria Attack», in *The New York Times*, 2 de Setembro de 2013, disponível em [http://www.nytimes.com/2013/09/03/world/middleeast/syria.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2013/09/03/world/middleeast/syria.html?_r=0).

manentes do Conselho de Segurança<sup>94</sup>. No entanto, o desprezo dos representantes do bloco Ocidental pela importância do direito internacional, para fazer imperar as suas pretensões geopolítica à falta de assentimento de Moscovo e/ou Pequim, constitui-se como um dos principais factores passíveis de contribuir para a degradação da importância das instituições da ONU.

Com efeito, esta perda de influência e poder pelo Conselho de Segurança muito provavelmente tenderá a precipitar o retrocesso das instâncias internacionais, propiciando uma actuação dos Estados semelhante à da Guerra Fria, na qual o CSNU praticamente não tinha expressão, assumindo-se como órgão obsoleto, e durante a qual se fazia a aplicação forçada do direito internacional dominante até à assinatura da Carta das Nações Unidas como forma de contornar prováveis vetos<sup>95</sup>.

Uma situação desta natureza poderá redundar em catástrofe para a ordem que modela as relações entre os Estados e afectar a confiança dos membros da ONU nas próprias instituições, abrindo caminho a que a Organização venha a conhecer o mesmo destino que aquela que a antecedeu, a Sociedade das Nações, que falhou exactamente por não se ter afirmado, tornando-se incapaz de prosseguir os fins a que se propunha.

Neste quadro, importa perguntar: qual é a razão de existir da Organização das Nações Unidas se os principais poderes se concentram em apenas cinco Estados e mesmo estes incumprem o direito que lhes reconhece poderes? Devemos reflectir sobre a actual ordem mundial e o modelo de funcionamento em que se sustenta com vista à criação de uma nova organização ou proceder a alterações ao actual modelo, tendo como possível hipótese a devolução de poderes à Assembleia-Geral da ONU, enquanto forma mais justa de reflectir a verdadeira vontade universal?

<sup>94</sup> Neste mesmo sentido, considere-se também a China, com motivações em tudo semelhantes às da Rússia: o receio de expansão de acções secessionistas no seu território, o potencial de instabilidade no seu território e na região em que se encontra e onde exerce forte influência e ainda o equilíbrio de forças no Conselho de Segurança, onde os EUA assumem uma abordagem mais activa e tendencialmente mais ofensiva.

<sup>95</sup> BRUNO SIMMA, “NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects”, in *European Journal...*, p. 17.

## *A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves\**

DR. DAVID SILVA RAMALHO\*\*

DR. JOSÉ DUARTE COIMBRA\*\*\*

SUMÁRIO: § 1.º *A Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho: 1.1. Origem e significado contextual; 1.2. Tensões e resistências: as vicissitudes da Diretiva e das respetivas leis de transposição. § 2.º O Acórdão do TJ de 8 de abril de 2014: 2.1. A questão de fundo; 2.2. Os efeitos do Acórdão. § 3.º As implicações do Acórdão DRI no contexto português: 3.1. A Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, perante o juízo do TJ; 3.2. O estatuto atual da obrigação de conservação e transmissão de dados ao abrigo da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho: consequências práticas do Acórdão DRI. § 4.º Balanço e perspetivas de futuro.*

Colocado perante duas questões prejudiciais de validade da Diretiva 2006/24/CE (relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações)<sup>1</sup>, veio o Tribunal de Justiça, no passado dia 8 de abril de 2014 (processos apensos C-293/12 e 594/12), a declará-la inválida, por violação dos artigos 7.º, 8.º e n.º 1 do artigo 52.º da Carta dos Direitos

\* O texto tem origem e será publicado no *Liber Amicorum Manuel Simas Santos* e encontra-se atualizado até janeiro de 2015.

\*\* Mestrando na *Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Investigador do *Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais*. Advogado na *Sérvulo & Associados*.

\*\*\* Mestrando e Assistente Convidado na *Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Investigador do *Centro de Investigação de Direito Público*. Advogado Estagiário na *Sérvulo & Associados*.

<sup>1</sup> Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Diretiva 2002/58/CE.

Fundamentais da União Europeia. Confirmando as suspeitas de desconformidade há muito identificadas na Diretiva e, também no plano constitucional, em legislação de transposição dos Estados-Membros, a declaração do Tribunal coloca, no entanto, uma dúvida central, relativa aos efeitos do Acórdão em matéria de (in)validade e (in)aplicabilidade das respetivas legislações nacionais de transposição, o que, no caso português, significa questionar qual o estatuto, atual e futuro, da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho.

## § 1.º **A Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho**

### 1.1. *Origem e significado contextual*

I. A História recente tem demonstrado que o equilíbrio entre, por um lado, o respeito pelo direito à reserva da intimidade da vida privada e à proteção dos dados pessoais e, por outro, a necessidade de conservação de alguns desses dados para fins de prevenção, investigação e repressão criminal, tem sido particularmente difícil de alcançar devido à oscilação periódica da prevalência atribuída a cada um desses conjuntos de interesses por parte do legislador e da opinião pública.

Enquanto o primeiro conjunto tende a destacar-se em tempos menos turbulentos, em que os cidadãos se voltam para si mesmos e reivindicam o afastamento do Estado da sua esfera individual, o segundo prospera quando acontecimentos particularmente graves e impressionantes (em particular, relacionados com terrorismo ou outro tipo de criminalidade grave) abalam a confiança e tranquilidade da sociedade e suscitam nos seus membros, simultaneamente, a noção da prevalência dos interesses da comunidade em relação aos do indivíduo, e o sentimento de aproximação ao Estado, acompanhada da legitimação de condutas mais agressivas em prol da recuperação do sentimento de segurança perdido.

A alternância entre estes dois polos em matéria de conservação de dados pessoais é facilmente identificável na evolução do Direito da União Europeia das últimas duas décadas.

II. Numa primeira fase, com a entrada em vigor da Diretiva 95/46/CE<sup>2</sup>, o legislador comunitário<sup>3</sup>, ao procurar estabelecer um regime geral de proteção

<sup>2</sup> Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

<sup>3</sup> Já antes, porém, o Conselho da Europa e, ainda que mais sinteticamente, a ONU e a OCDE se haviam debruçado, no mesmo sentido, sobre a questão da conservação de dados – cf. JEREMY

de dados no espaço europeu, sujeitou o tratamento de dados pessoais a critérios de necessidade, pertinência e não excessividade em relação às concretas finalidades prosseguidas e limitou genericamente a sua conservação ao período necessário para a prossecução das finalidades para que os mesmos são recolhidos ou para que devem ser tratados posteriormente<sup>4</sup>.

Pouco tempo depois entrou em vigor a Diretiva 97/66/CE<sup>5</sup>, com o objetivo de promover a harmonização das disposições dos Estados-Membros<sup>6</sup>

WARNER, «The Right to Oblivion: Data Retention from Canada to Europe in Three Backward Steps», *University of Ottawa Law & Technology Journal*, vol. 2, n.º 1 (2005), pp. 80-100; ROLF H. WEBER, «Data Retention Revisited – Integration into Data Protection Framework?», *Computer Law Review international*, Vol. 14, n.º 1 (2013), pp. 8-10; e ROLF H. WEBER/ULRIKE I. HEINRICH, *Anonymization*, Londres/Nova Iorque: Springer, 2012, pp. 30-35.

<sup>4</sup> Cf. alíneas *b)*, *c)* e *e)* do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva 95/46/CE.

<sup>5</sup> Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das telecomunicações.

<sup>6</sup> A forma de grafar «Estado-Membro» não é uniforme nos textos jurídicos de língua portuguesa (doutrinais, jurisprudenciais ou até mesmo legais), apesar de a forma «Estado-Membro» poder ser tida como prevalecente face às alternativas «Estado-membro», «Estado membro» ou «Estado Membro». Parece por isso útil, mesmo que a título de excursão, tentar definir algumas premissas sobre o ponto. Na versão publicada dos Tratados em língua portuguesa, a opção por «Estado-Membro» é clara. Compulsadas as fontes oficiais nas quais se aborda o tema da formação de palavras na língua portuguesa (e independentemente do *real* valor jurídico ou da bondade científica que lhes seja de atribuir), parece ser de adotar «Estado-Membro» e, no plural, «Estados-Membros». Se a utilização de maiúscula quanto a «Estado» não oferece dúvidas, por estar em causa, na terminologia do Acordo Ortográfico de 1945 (aprovado pelo Decreto n.º 35:228, de 8 de dezembro de 1945), um «alto conceito político» (cf. a Base XLII, na qual o exemplo é expressamente referido, sendo certo que a alínea *d)* do parágrafo 1.º da Base XIX do Acordo Ortográfico de 1990 [aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91, de 23 de agosto], ao referir-se ao uso de maiúscula em «nomes que designam instituições» parece poder ser interpretado no mesmo sentido), já surge mais duvidoso o estatuto do componente «Membro», embora possam assumir-se, convencionalmente, duas proposições: (i) quanto ao uso de hífen, este parece não poder recusar-se, tendo em conta (i.1) a unidade semântica de que indiscutivelmente goza a expressão e (i.2) correspondentemente, a circunstância de estar em causa, segundo a «Terminologia Linguística para os Ensinos Básico e Secundário (TLEBS, aprovada em anexo à Portaria n.º 1488/2004, de 24 de dezembro), um composto morfossintático coordenado, isto é, uma sequência na qual os dois nomes possuem o mesmo estatuto ou importância, facto que também implica a forma «Estados-Membros» no plural; (ii) já a utilização de maiúscula em «Membro» é seguramente duvidosa: nem o AO 1945 nem o AO 1990 abordam o tema, sendo certo que, utilizado singularmente, o vocábulo «membro» (com o significado de «parte», «aderente») nunca deverá ser grafado com maiúscula. No entanto, a utilização de maiúscula parece poder justificar-se pela circunstância de «Membro» trazer, neste contexto, uma implícita referência ao Estado que possua esse estatuto (Portugal, Espanha, etc.). Para além disso, parece legítima a analogia com a exceção referida na segunda parte da Base XLVI do AO 1945, no termos da qual será de utilizar maiúscula para nomes que designem cargos, postos ou dignidades hierárquicas «se assim o exigirem práticas oficiais», o

necessárias para garantir um nível equivalente de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à privacidade, no que respeita ao tratamento de dados pessoais no sector das telecomunicações e para garantir a livre circulação desses dados e de equipamentos e serviços de telecomunicações na Comunidade (cf. o n.º 1 do artigo 1.º). Neste diploma passou a prever-se, no artigo 14.º, a possibilidade de os Estados-Membros introduzirem restrições a alguns dos direitos e obrigações aí consagrados, sempre que essas restrições constituam uma medida necessária para salvaguardar a segurança do Estado, a defesa, a segurança pública, a prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da utilização não autorizada do sistema de telecomunicações.

III. Numa segunda fase, imediatamente posterior aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, a Diretiva 97/66/CE seria substituída pela Diretiva 2002/58/CE<sup>7</sup> (a Diretiva *e-Privacy*), a qual, não obstante mantenha, no essencial, os princípios plasmados na Diretiva 95/46/CE e reproduza, em parte, a Diretiva 97/66/CE, veio desenvolver a exceção consagrada no artigo 14.º deste diploma e trazer uma novidade no plano comunitário, ao introduzir expressamente, no n.º 1 do seu artigo 15.º, a possibilidade de os Estados-Membros adotarem «medidas legislativas prevendo que os dados sejam conservados durante um período limitado», quando tal constitua uma «medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a deteção e a repressão de infrações penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações eletrónicas, tal como referido no n.º 1 do artigo 13.º da Diretiva 95/46/CE»<sup>8</sup>. Apesar da forte oposição que recebeu quando inicialmente proposta, esta norma viria a ser

que parece ser o caso. Por fim, parece ainda possível a analogia a partir de exemplos como «Montemor-o-Novo» ou «Trás-os-Montes», referidos nos dois AO, e nos quais apenas os componentes monossilábicos assumem, no interior da palavra composta, minúscula. A não definitividade destas últimas razões poderia levar à utilização de «Estado-membro», sendo a opção «Estado-Membro» feita de harmonia com o que, como se disse, é a forma também utilizada na publicação oficial dos Tratados em língua portuguesa.

<sup>7</sup> Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas.

<sup>8</sup> A disposição em causa em pouco difere da já existente no n.º 1 do artigo 13.º da Diretiva 95/46/CE – para a qual, aliás, remete –, ou mesmo da disposição do artigo 14.º da Diretiva 97/66/CE – que veio revogar –, com a exceção fundamental de que na Diretiva 2002/58/CE se refere expressamente a possibilidade de os Estados-Membros introduzirem medidas legislativas direcionadas à conservação de dados – de tráfego e de localização – durante períodos a fixar internamente, sem ser para finalidades de faturação e sem necessidade de consentimento do titular dos dados.

aprovada na sequência dos atentados de 11 de setembro de 2001<sup>9</sup>, ainda que, por falta de acordo, não tenha sido acompanhada de qualquer concretização quanto ao período durante o qual seria admissível a conservação de dados.

Em rigor, no que ao (então) Direito Comunitário concerne, a entrada em vigor da Diretiva 2002/58/CE representou uma fase meramente transitória em matéria de conservação de dados, porquanto assente em alterações de carácter não disruptivo em relação ao regime que já vigorava à data. De facto, apesar do impacto que os atentados terroristas de Nova Iorque e Washington tiveram a nível global e da consequente inquietação generalizada que geraram junto dos legisladores dos vários Estados-Membros<sup>10</sup> em face da percecionada insu-

<sup>9</sup> Pode ler-se o seguinte na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu nos termos do n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 251.º do Tratado CE respeitante à Posição comum adotada pelo Conselho tendo em vista a adoção de uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas (SEC/2002/0124 final – COD 2000/0189): «[t]ravaram-se longos e difíceis debates no Conselho sobre a questão da conservação dos dados de tráfego para efeitos de aplicação da lei. A Comissão defendeu que a atual diretiva baseada no artigo 95.º do Tratado não pode incluir disposições substantivas sobre medidas de controlo da aplicação da lei. Não deve proibir nem aprovar qualquer medida particular que os Estados-Membros considerem necessária. O n.º 1 do artigo 15.º da diretiva proposta fornece uma base geral para os Estados-Membros tomarem essas medidas, respeitando embora as suas obrigações previstas no direito comunitário, incluindo as obrigações previstas na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. No entanto, o Conselho decidiu introduzir um novo período no n.º 1 do artigo 15.º, com a seguinte redação: «Para o efeito, os Estados-Membros podem designadamente estipular que os dados sejam conservados durante um período limitado, pelas razões enunciadas no presente número, em conformidade com os princípios gerais do direito comunitário.» Numa declaração formal para a ata da reunião do Conselho de Ministros de 6 de dezembro de 2001, a Comissão declarou que «(...) interpreta o segundo período do n.º 1 do artigo 15.º (...) como meramente aditando um possível exemplo das medidas que os Estados-Membros poderão tomar nas circunstâncias e condições previstas no n.º 1 do artigo 15.º. Juridicamente, o período em questão em nada altera o teor do período anterior nem nada lhe acrescenta, do mesmo modo que também não exclui a possibilidade de verificar a compatibilidade das medidas por eles eventualmente tomadas com o seu cumprimento das obrigações para eles decorrentes da diretiva e do direito comunitário em geral, incluindo a de observarem os direitos fundamentais e os princípios gerais do direito comunitário, como os consignados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.» Com base nesta declaração e tendo em conta que o considerando 11 clarificou as obrigações previstas na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que os Estados-Membros têm forçosamente de respeitar, a Comissão aceita o período acrescentado ao n.º 1 do artigo 15.º.»

<sup>10</sup> Em alguns casos levando a que fossem aprovados diplomas consagrando já permissões de conservação de dados, como sucedeu, ainda em 2001, no Reino Unido, com o *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, ou em França, no mesmo ano, com a aprovação da *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, cuja entrada em vigor em pouco distou temporalmente do USA PATRIOT Act – cf. CLAIRE WALKER, «Data

ficiência dos meios de combate a este tipo de criminalidade, verificou-se uma resistência, por parte das instâncias comunitárias, em imediatamente avançar com um instrumento legislativo de imposição – e não mera possibilidade – de conservação de dados de tráfego<sup>11-12</sup>.

IV. A resistência manifestada – pelo menos publicamente – em relação à criação de um instrumento jurídico comunitário de imposição de conservação de dados viria a dissipar-se na sequência do atentado terrorista de Madrid, ocorrido em 11 de março de 2004<sup>13</sup>. Assim, por iniciativa conjunta da França,

retention in the UK: Pragmatic and proportionate or a step too far?», *Computer Law & Security Review*, n.º 25 (2009), pp. 325-326. Para uma análise do contexto em que o diploma britânico foi aprovado, cf. VIRGINIA HELEN HENNING, «Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001: Has the United Kingdom Made a Valid Derogation From the European Convention on Human Rights?», *American University International Law Review*, Vol. 17, n.º 6 (2002), pp. 1264-1297.

<sup>11</sup> Uma resistência que não impediu alguma movimentação de *bastidores* no sentido da criação de um instrumento desta natureza. Na verdade, já em 2002 a organização não governamental *State Watch* divulgara no seu website aquilo que se confirmou ser um projeto confidencial de decisão-quadro sobre a conservação de dados de tráfego e o acesso a esses dados para fins de investigação criminal – o relatório está disponível em: <http://www.statewatch.org/news/2002/aug/analy11.pdf>. De acordo com o mesmo relatório, foi no dia 20 de setembro de 2001 (apenas 9 dias volvidos desde os ataques terroristas ocorridos nos EUA) que, sob a justificação da necessidade de meios para combate ao terrorismo, se começou a falar seriamente na necessidade de um instrumento supranacional permitindo o acesso a dados de tráfego para fins de prevenção e investigação criminal. Após crítica generalizada na imprensa sobre o conteúdo da proposta assim divulgada, a presidência do Conselho da União Europeia, então cometida à Dinamarca, veio esclarecer que aquela não estaria, para já, em discussão – cf. CHRIS JONES/BEN HAYES, *The EU data Retention Directive: a case study in the legitimacy and effectiveness of EU counter-terrorism policy*, Secile, 2013, p. 6, disponível em: <http://secile.eu/wp-content/uploads/2013/11/Data-Retention-Directive-in-Europe-A-Case-Study.pdf>, e ainda FRANZISKA BOEHM/MARK COLE no relatório produzido a pedido do Grupo dos Verdes/Aliança Livre Europeia no Parlamento Europeu intitulado «Data Retention after the Judgement of the Court of Justice of the European Union», p. 11, disponível em [http://op.bna.com/pl.nsf/id/dapn-9mal7s/\\$File/Boehm\\_Cole%20-%20Data%20Retention%20Study%20-%20June%202014.pdf](http://op.bna.com/pl.nsf/id/dapn-9mal7s/$File/Boehm_Cole%20-%20Data%20Retention%20Study%20-%20June%202014.pdf).

<sup>12</sup> As referências a dados de tráfego feitas no presente texto a propósito da Diretiva 2006/24/CE e da Lei n.º 32/2008, devem, em geral, ser lidas como referências a dados de tráfego, de localização e conexos.

<sup>13</sup> A motivação da apresentação desta proposta está, aliás, expressa no memorando explicativo da proposta de decisão-quadro, no qual se pode ler o seguinte: «[t]he Madrid bombings on 11 March 2004 served as a graphic illustration to Europe of the grave threat Member States now face from radical terrorist groups. This rising level of threat of terrorist attack reinforces, fuels and creates a sense of urgency with respect to the need for a European-wide data retention policy, rather than provides the principle basis for it. Consequently this Framework Decision is directed against both criminal activity generally and acts of terrorism».

Irlanda, Suécia e Reino Unido, surgiu, em 28 de abril de 2004<sup>14</sup>, a proposta de decisão–quadro sobre a conservação de dados tratados e armazenados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, para efeitos de prevenção, investigação, deteção e prossecução de crimes e infrações penais, incluindo terrorismo<sup>15</sup>.

A proposta de decisão–quadro, enquadrada no âmbito do terceiro pilar da União Europeia – dedicado à cooperação policial e judiciária em matéria penal –, visava, em termos genéricos, impor aos Estados-Membros a obrigação de assegurarem a conservação de dados de tráfego e de localização durante um período entre 12 e 36 meses, com a possibilidade de alargamento do limite máximo com base em critérios internos de cada Estado-Membro, «quando a conservação dos dados constitua uma medida necessária, adequada e proporcional numa sociedade democrática» (cf. o n.º 1 do artigo 4.º da proposta de Diretiva)<sup>16</sup>.

O Parlamento Europeu, na função consultiva não vinculativa que lhe era cometida no processo legislativo adotado, viria a rejeitar a proposta e a propor que a mesma fosse retirada pelos Estados-Membros proponentes.

No relatório explicativo da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, junto do Parlamento Europeu<sup>17</sup>, concluiu-se pela existência de dúvidas significativas quanto à base legal escolhida<sup>18</sup>, bem como quanto à proporcionalidade das medidas aí previstas e respetiva compatibilidade com o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>19</sup>. Independentemente do mérito do segundo e terceiro argumentos, foi a questão relativa à base legal escolhida para a proposta que se revelou determinante para o seu insucesso.

Com efeito, em pareceres divulgados por via não oficial, foi tornado público que os próprios serviços jurídicos junto do Conselho da União Euro-

<sup>14</sup> Na sequência da declaração sobre o combate ao terrorismo adotada pelo Conselho, em 25 de março de 2004.

<sup>15</sup> Cf. Documento do Conselho n.º 8958/04 CRIMORG 36/TELECOM 82.

<sup>16</sup> Cf. ERIK WENNERSTRÖM, «EU-legislation and Cybercrime: A Decade of European Legal Developments», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 47, Estocolmo: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2004, p. 467.

<sup>17</sup> Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2005-0174&language=EN#top>.

<sup>18</sup> A base legal escolhida veio, igualmente, a ser contestada pela Comissão dos Assuntos Jurídicos junto do Parlamento Europeu.

<sup>19</sup> Cf. DANIEL COOPER/ROBIN BLANEY, «Security & Surveillance – E.U. Data Retention Proposals in the Headlines», *World Data Protection Report*, 2013, p. 4

peia<sup>20</sup> e da Comissão Europeia<sup>21</sup> haviam concluído no sentido de que estava em causa matéria pertencente ao primeiro pilar, porquanto visava, no essencial, regular matéria atinente a atividades dos fornecedores de serviços no sector em causa do mercado interno<sup>22</sup> e, como tal, era matéria da competência do legislador comunitário, insuscetível de figurar numa decisão-quadro que, adicionalmente, afetaria o acervo comunitário – em particular, as Diretivas 95/46/CE e 2002/58/CE –, sob pena de violar o disposto no artigo 47.º do Tratado da União Europeia<sup>23</sup>.

V. A proposta viria a ser retirada, mas o seu conteúdo não tardaria a ressurgir. Assim, com os atentados terroristas de 7 de julho de 2005, em Londres, o tema ganhou um novo impulso e bastaram dois meses para que o texto da decisão-quadro fosse adaptado pela Comissão para uma proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, desta feita enquadrada no primeiro pilar, e submetido ao procedimento legislativo aplicável.

Colocava-se, porém, o problema do enquadramento de uma proposta de Diretiva em matéria de prevenção, investigação, deteção e repressão de

<sup>20</sup> Documento 7688/05, disponível em <http://www.statewatch.org/news/2005/apr/Council-legal-opinion-data-retention.pdf>.

<sup>21</sup> Documento SEC (2005) 420, disponível em: <http://www.statewatch.org/news/2005/apr/Commission-legal-opinion-data-retention.pdf>.

<sup>22</sup> Cf. FRANZISKA BOEHM/MARK D. COLE, *Data Retention...*, cit., pp. 11-12; THEODORE KONSTADINIDES «Mass Surveillance and Data Protection in EU Law – The Data Retention Directive Saga», *European Police and Criminal Law Co-operation*, Swedish Studies in European Law, Vol. 5 (ed. MARIA BERGSTRÖM/ANNA JONSSON CORNELL), Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 70; FRANCESCA BIGNAMI, «Protecting Privacy Against the Police in the European Union: The Data Retention Directive», in *Mélanges en l'Honneur de Philippe Leger: le droit a la mesure de l'homme*, Paris: Pédone, 2006, pp. 113-114; CHRIS JONES/BEN HAYES, *The EU...*, cit., pp. 8-9; ELENI KOSTA/PEGGY VALCKE, «Retaining the data retention directive», *Computer Law & Security Report*, 22 (2006), pp. 371-372; e PATRICK BREYER, «Telecommunications Data Retention and Human Rights: The Compatibility of Blanket Traffic Data Retention with the ECHR», *European Law Journal*, Vol. 11, 2005, p. 366.

<sup>23</sup> A mudança da base da proposta, do terceiro pilar para o primeiro, não só acarreta a mudança do ato legislativo de decisão-quadro para Diretiva, como implica a sua sujeição a um processo legislativo distinto. Assim, estando em causa uma Diretiva, o procedimento teria de ser iniciado pela Comissão (em vez de o ser pelos Estados-Membros); o Conselho votaria por maioria qualificada (em vez de se exigir unanimidade); e o Parlamento Europeu teria poderes idênticos aos do Conselho sobre a adoção da legislação (em vez de funcionar como mero órgão consultivo). Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e conseqüente fusão dos três pilares em apenas um, a decisão-quadro foi substituída por diretivas e regulamentos – para uma análise da mudança do procedimento legislativo com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, nesta matéria, cf. VÂNIA COSTA RAMOS, «Direito Penal Europeu Institucional», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vols. II/III (2013), pp. 763-765.

infrações penais no âmbito do primeiro pilar. Um problema cuja solução seria encontrada na configuração das disparidades legislativas e técnicas existentes nas disposições nacionais em matéria de conservação de dados como obstáculos ao mercado interno das comunicações eletrónicas.

VI. Com efeito, no rescaldo dos atentados terroristas de 2001, 2004 e 2005, foram vários os Estados-Membros que, autonomamente ou com fundamento no *supra* citado artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE, criaram legislação destinada a permitir ou impor a conservação de dados de tráfego e/ou localização por parte de fornecedores de serviços, precisamente para fins de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais.

A proliferação de disposições nacionais nesta matéria<sup>24</sup> implicou, naturalmente, o surgimento de uma disparidade de regimes jurídicos no espaço europeu, resultante na imposição de obrigações distintas aos fornecedores de serviços localizados nos diferentes Estados-Membros, cujo conteúdo variava em função dos conceitos, condições e períodos de conservação consagrados nos vários diplomas. Por seu turno, a disparidade de obrigações impostas aos fornecedores de serviços implicou que estes tivessem de incorrer nas despesas com equipamento e recursos humanos necessárias ao seu cumprimento, variáveis em função do Estado-Membro no qual se encontrassem<sup>25</sup>.

Ao invés, em outros Estados-Membros, nenhuma obrigação de conservação de dados foi imposta aos fornecedores de serviços, pelo que permaneceu em vigor a regra, imposta pela Diretiva 2002/58/CE, de eliminação ou anonimização dos dados, uma vez confirmada a sua desnecessidade para efeitos de transmissão da comunicação ou de faturação e pagamentos de interligação<sup>26</sup>.

Adicionalmente, os modelos comerciais em matéria de comunicações eletrónicas evoluíram no sentido da criação de pacotes de tarifas fixas, pré-pagas ou, em alguns casos, gratuitas, o que gerou uma progressiva redução do período de conservação dos dados para finalidades de faturação. Nos países que não dispunham de legislação que impusesse a conservação de dados para perseguição de infrações criminais, esta redução do período de faturação significava, natu-

<sup>24</sup> Veja-se, a título exemplificativo, o *Anti Terrorism Crime and Security Act* britânico (2001), a *Loi relative à la sécurité quotidienne* francesa (2001), o *Irish Criminal Justice (Terrorist Offences) Act* irlandês (2005) ou os *Codice in materia di protezione dei dati personali* (2003) e o *Decreto-Legge 27 luglio 2005, n.144 recanti misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale* italianos (2005).

<sup>25</sup> Cf. considerandos 5 e 6 da Diretiva 2006/24/CE.

<sup>26</sup> Cf. BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal – Tomo VI – Da Prova – Electrónico – Digital e da Criminalidade Informático-Digital*, Lisboa: Rei dos Livros, 2011, p. 397.

ralmente, a sua eliminação e consequente indisponibilidade para utilização em sede de investigação criminal<sup>27</sup>.

Encontravam-se, aqui, os obstáculos ao mercado interno que permitiriam enquadrar uma proposta de Diretiva no primeiro pilar, ao abrigo do artigo 95.º do então Tratado CE.

VII. Neste contexto, com o objetivo declarado de promover a harmonização da legislação dos diversos Estados-Membros em matéria de conservação de certas categorias de dados e tendo em vista a garantia da disponibilidade desses dados para efeitos de investigação, deteção e repressão de crimes graves, a Comissão apresentou, em 21 de setembro de 2005, a proposta de Diretiva<sup>28</sup> do Parlamento Europeu e do Conselho COM (2005) 438 relativa à conservação de dados tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis e que altera a Diretiva 2002/58/CE.

A proposta, que inicialmente reproduzia em grande medida a decisão-quadro, demorou apenas dois meses a ser votada favoravelmente – embora com alterações – pelo Parlamento Europeu e mais quatro meses a receber a assinatura dos Presidentes do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>29</sup>, assim pondo termo àquele que seria o procedimento legislativo mais rápido da História da União Europeia<sup>30</sup>.

VIII. A Diretiva 2006/24/CE, assim aprovada, teve como principal objetivo estabelecer a obrigação de os Estados-Membros assegurarem a conservação, por parte dos fornecedores de serviços<sup>31</sup>, de certas categorias de dados

<sup>27</sup> Cf. Relatório de Avaliação sobre a Diretiva relativa à conservação de dados (2006/24/CE), COM(2011) 225 final, p. 4.

<sup>28</sup> Cf. VALSAMIS MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 267.

<sup>29</sup> Sendo certo que a versão final da Diretiva contém alterações significativas em relação às constantes da proposta inicial da Comissão – cf. ELENI KOSTA/PEGGY VALCKE, «Retaining...», cit., p. 373; e BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da Prova ...*, cit., p. 398.

<sup>30</sup> Cf. GERRIT HORNING/CHRISTOPH SCHNABEL, «Data protection in Germany II: Recent decisions on online-searching of computers, automatic number plate recognition and data retention», *Computer Law & Security Review*, 25 (2009), p. 120.

<sup>31</sup> Apesar de o conceito de fornecedores de serviços não ser, por vezes, fácil de densificar – cf. SOPHIE STALLA-BOURDILLON, «Online monitoring, filtering, blocking... What is the difference? Where to draw the line?», *Computer Law & Security Review*, n.º 29 (2013), p. 707; e ELENI KOSTA/PEGGY VALCKE, «Retaining...», cit., p. 374.

de tráfego e de localização<sup>32</sup> (mas não de conteúdo<sup>33</sup>), bem como de dados conexos necessários para identificar o assinante ou utilizador dos serviços de comunicações eletrónicas, durante um período a fixar entre 6 e 24 meses, com vista a garantir a disponibilidade desses dados para efeitos de investigação, deteção e repressão de crimes graves, tal como definidos no direito nacional de cada Estado-Membro.

Simultaneamente, a Diretiva viria a aditar um novo número, 1-A, ao citado artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE, estabelecendo a inaplicabilidade do n.º 1 desta disposição «aos dados cuja conservação seja especificamente exigida pela Diretiva 2006/24/CE [...], para os fins mencionados no n.º 1 do artigo 1.º dessa diretiva». Da conjugação da norma assim introduzida na Diretiva 2002/58/CE com o articulado da Diretiva 2006/24/CE, conclui-se que os dados abrangidos por esta seriam de conservação obrigatória, ao passo que os demais dados cuja conservação fosse determinada por ato jurídico interno dos Estados-Membros (designadamente, dados relativos a chamadas telefónicas falhadas<sup>34</sup>), apenas poderiam ser conservados a título excepcional, quando tal se configurasse como uma «medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a deteção e a repressão de infrações penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações eletrónicas», devendo «[t]odas as medidas referidas no presente número [...] ser conformes com os princípios gerais do direito comunitário, incluindo os mencionados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia». A Diretiva 2006/24/CE estabeleceria, assim, de certo modo, uma presunção de necessidade – e proporcionalidade – da conservação

<sup>32</sup> Dados que a Diretiva divide, no seu artigo 5.º, nas seguintes seis categorias (transpostas integralmente para o artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho): (i) dados necessários para encontrar e identificar a fonte de uma comunicação; (ii) dados necessários para encontrar e identificar o destino de uma comunicação; (iii) dados necessários para identificar a data, hora e duração de uma comunicação; (iv) dados necessários para identificar o tipo de comunicação; (v) dados necessários para identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera ser o seu equipamento; e (vi) dados necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel.

<sup>33</sup> A propósito da difícil distinção e ocasional sobreposição entre dados de tráfego e de conteúdo, cf. ELENI KOSTA/PEGGY VALCKE, «Retaining...», cit., p. 375; SOPHIE STALLA-BOURDILLON, «Online monitoring...», cit., p. 707.

<sup>34</sup> Cf. considerando 12 da Diretiva 2006/24/CE e, sobre a conjugação entre ambas as Diretivas, ELENI KOSTA/PEGGY VALCKE, «Retaining...», cit., p. 374; e ROLF H. WEBER, «Data Retention...», cit., p.13.

dos dados nela referidos, inaplicável a quaisquer outros dados, cuja conservação seguiria o regime da Diretiva 2002/24/CE.

IX. Após 8 anos de vigência – conturbada, como se verá no capítulo seguinte – da Diretiva, o Tribunal de Justiça da União Europeia (‘TJ’) viria a declará-la integralmente inválida, com efeito retroativo, com o principal fundamento de que a mesma viola o princípio da proporcionalidade à luz dos artigos 7.º, 8.º e n.º 1 do artigo 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (‘CDFUE’).

A decisão do TJ<sup>35</sup> marca, assim, o início de uma nova fase no Direito da União Europeia em matéria de proteção de dados e, no que aqui releva, de conservação de dados de tráfego, assim restaurando a primazia do polo referente ao direito à reserva da intimidade da vida privada e à proteção dos dados pessoais, em detrimento do polo focado na segurança<sup>36</sup>.

## 1.2. *Tensões e resistências: as vicissitudes da Diretiva e das respetivas leis de transposição*

I. A contestação ao texto da Diretiva 2006/24/CE que precedeu a sua entrada em vigor<sup>37</sup> intensificou-se durante o seu período de vigência, primeiro com a impugnação da respetiva base jurídica junto do TJ, depois com a resistência de alguns Estados-Membros em transpô-la<sup>38</sup> a tempo ou de forma

<sup>35</sup> Especialmente quando conjugada com outra decisão proferida em matéria de proteção de dados, no dia 13 de maio de 2014, no âmbito do processo com o número C-131/12, celebrizada por consagrar o direito ao esquecimento.

<sup>36</sup> Esta fase, porém, poderá ser mais curta do que o esperado. Com efeito, depois da conclusão do presente estudo, novos episódios de terrorismo ocorreram na Europa – desta feita em Paris e na Bélgica – e, com eles, a conservação de dados de tráfego retomou o seu lugar de destaque no debate europeu, enquanto meio essencial no combate à criminalidade grave – cf. BBC NEWS EUROPE, «Germany's Merkel urges new EU Law on data tracking», disponível em <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-30828197>.

<sup>37</sup> Cf. ELENÍ KOSTA, «The Way to Luxembourg: National Court Decisions on the Compatibility of the Data Retention Directive with the Rights to Privacy and Data Protection», *Scripted*, Vol. 10, n.º 3 (2013), p. 343; e XAVIER TRACOL, «Legislative genesis and judicial death of a directive: The European Court of Justice invalidated the data retention directive (2006/24/EC) thereby creating a sustained period of legal uncertainty about the validity of national laws which enacted it», *Computer Law & Security Review*, Vol. 30, n.º 6 (dezembro de 2014), p. 739.

<sup>38</sup> Como sucedeu com a Áustria, a Suécia e a Irlanda, que apenas transpuseram a Diretiva na sequência de ações de incumprimento de que foram alvo. A final, apenas a Suécia viria a ser condenada a pagar a quantia de €3.000.000,00 pelo atraso na transposição da Diretiva (Processo C-270/11).

completa<sup>39</sup>, e, por fim, com as sucessivas declarações de inconstitucionalidade, total ou parcial, das suas leis de transposição<sup>40</sup>.

Com efeito, decorridos apenas dois meses desde a data da sua entrada em vigor, a Irlanda, apoiada pela República Eslovaca, apresentou um recurso de anulação da Diretiva junto do TJ<sup>41</sup>, nos termos do artigo 230.º do Tratado CE, com fundamento na inadequação da base jurídica adotada, porquanto, a Diretiva teria como objetivo principal facilitar a investigação, deteção e repressão de infrações penais, pelo que a única base jurídica aplicável seria o título VI do Tratado UE, em concreto o artigo 30.º, a alínea c) do n.º 1 do artigo 31.º e a alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º; ou seja, o terceiro pilar<sup>42</sup>.

O Tribunal entendeu, porém, diferentemente, no acórdão proferido neste processo, em 10 de fevereiro de 2009<sup>43</sup>. Manteve, assim, o entendimento de que o legislador comunitário recorreu legitimamente ao artigo 95.º do Tratado CE, porquanto, com a harmonização dos regimes de conservação de dados, pretendeu reduzir disparidades nas legislações nacionais suscetíveis de colocar entraves a liberdades fundamentais ou de originar distorções na concorrência, e, como tal, aptas a influenciar diretamente o funcionamento do mercado interno. O Tribunal aditou, ainda, à sua fundamentação que a Diretiva 2006/24/CE regulamenta operações que são independentes da execução das ações de cooperação policial ou judiciária em matéria penal, tendo o legislador tido o cuidado de se abster, inclusivamente, de harmonizar questões como o

Todavia, após a declaração de invalidade da Diretiva, na sessão plenária do Parlamento Europeu de 16 de abril de 2014, a Comissária da Direção-Geral dos Assuntos Internos Cecilia Malmström garantiu que, em consequência da declaração de invalidade da Diretiva, a quantia paga pela Suécia ser-lhe-ia restituída.

<sup>39</sup> A Bélgica apenas transpôs integralmente a Diretiva 2006/24/CE em outubro de 2013, com o *Arrêté royal portant exécution de l'article 126 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques*.

<sup>40</sup> Cf. GIUSEPPE VACIAGO, «The Invalidation of the Data Retention Directive – A first impact assessment of the CJEU decisions in the joint cases C-293/12 and C-594/12», *Computer Law Review international*, n.º 3/2014, p. 65.

<sup>41</sup> Acórdão *Irlanda c. Parlamento Europeu e Conselho* (C-301/06, de 10 de fevereiro de 2009).

<sup>42</sup> Cf. ROLF H. WEBER/ULRIKE I. HEINRICH, *Anonymization*, cit., p. 33; GERRIT HORNUNG/CHRISTOPH SCHNABEL, «Data protection...», cit., p.120; e THEODORE KONSTADINIDES, «Wavering between centres of gravity: Comment on *Ireland v. Parliament and Council*», *European Law Review*, Vol. 35, n.º 1 (2010), pp. 90-91; e KLAUS ROGALL, «A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha», in 2.º *Congresso de Investigação Criminal* (coord. Científica de MARIA FERNANDA PALMA et al.), Coimbra: Almedina, 2010, pp. 119-120.

<sup>43</sup> Em novembro de 2009, o TJ concluiria, ao abrigo do artigo 258.º do TFUE, pelo incumprimento da Irlanda da obrigação de transposição atempada da Diretiva 2006/24/CE: Acórdão *Comissão contra Irlanda* (C-202/09, de 26 de novembro de 2009).

acesso aos dados pelas autoridades nacionais competentes ou a utilização e troca desses dados entre as autoridades, porquanto se trataria de matéria, aqui sim, sujeita ao título VI do Tratado UE<sup>44</sup>.

A questão processual atinente à base jurídica adequada para a Diretiva, reiteradamente colocada desde a sua génese, ficava, deste modo, resolvida. Contudo, a sua análise substantiva por parte do TJ apenas surgiria passados 5 anos, novamente por iniciativa da Irlanda e, agora, da Áustria.

II. Sem um juízo de mérito sobre a Diretiva, por parte do TJ, que guiasse os tribunais nacionais na aplicação das leis de transposição, acabaram por ser estes órgãos a chamar a si essa análise – naturalmente tendo por referência as respetivas Constituições –, assim suscitando os argumentos e as objeções que viriam a ser, em grande medida, apropriados pelo TJ em 2014. Assim, entre 2008 e 2011, foram cinco os Tribunais nacionais que apreciaram a validade da respetiva legislação de transposição da Diretiva e concluíram pela sua contrariedade, total ou parcial, às respetivas Constituições.

As objeções suscitadas, embora, de maneira geral, se tenham focado em problemas de proporcionalidade na restrição de direitos fundamentais relativos à privacidade e à autodeterminação informacional, foram de dois tipos.

No primeiro caso, no qual se incluem as decisões do Supremo Tribunal Administrativo da Bulgária<sup>45</sup> (2008), do Supremo Tribunal do Chipre<sup>46</sup> (2011), do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha<sup>47</sup> (2010) e do Tribunal Constitucional da República Checa<sup>48</sup> (2011), não houve verdadeiramente uma conclusão pela inconstitucionalidade da conservação de dados *tout court*<sup>49</sup>. As decisões basearam-se antes, total ou parcialmente, no facto de as respetivas leis de transposição não oferecerem garantias de tutela de direitos fundamentais dos cidadãos no que concerne (i) ao acesso aos dados, tanto no que respeita ao número de entidades que a eles podiam aceder, como no que respeita às

<sup>44</sup> Para uma análise mais detalhada da opinião do Advogado-Geral e do Acórdão, cf. THEODORE KONSTADINIDES, «Wavering between...», cit., pp. 88-102.

<sup>45</sup> Decisão n.º 13627, de 11 de dezembro de 2008.

<sup>46</sup> Decisão de 1 de fevereiro de 2011, sobre os pedidos cíveis 65/2009, 78/2009, 82/2009, 15/2010 e 22/2010.

<sup>47</sup> Decisão de 8 de março de 2008, BVerfG, 1 BvR 256/08.

<sup>48</sup> Decisão de 22 de março de 2011, sobre a petição n.º US 24/10.

<sup>49</sup> Embora, no caso da República Checa, o Tribunal, a título de *obiter dictum*, tenha expressado as suas dúvidas quanto à necessidade e adequação da criação de um instrumento de conservação global e preventiva de dados de localização e de tráfego sobre quase todas as comunicações eletrónicas da perspectiva da intensidade da intervenção na esfera privada de um número indefinido de participantes em comunicações eletrónicas – cf. ELENI KOSTA, «The Way...», cit., 355-356.

condições e finalidades para que o acesso podia ser concedido; (ii) à segurança dos dados; (iii) ao carácter vago ou excessivamente amplo da definição do seu âmbito de aplicação; e/ou (iv) à falta de definição, ou excessiva extensão, do período de conservação dos dados<sup>50</sup>.

No segundo caso inclui-se a decisão do Tribunal Constitucional da Roménia<sup>51</sup> (2009), na qual, apesar de apenas ter sido pedida a apreciação de constitucionalidade da norma contida no n.º 1 do artigo 15.º da Lei 298/2008<sup>52</sup>, o Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade de todo o diploma. Após considerar justificada a utilização de dados para as finalidades previstas na lei, o Tribunal entendeu que o que está em causa é a obrigação *continuada* de conservação de dados de todos os cidadãos, sem distinção ou critério, independentemente de estes terem praticado ou serem suspeitos da prática de qualquer infração penal, assim permitindo transformar todos os cidadãos em potenciais suspeitos da prática de crime de terrorismo ou de outro tipo de criminalidade grave (um argumento reiterado pelo TJ no acórdão que se analisará brevemente *infra*).

Assim, e em suma, o Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade do diploma por entender que a natureza da obrigação continuada de conservação de dados é, por si só, contrária<sup>53</sup> aos direitos fundamentais à privacidade, ao segredo da correspondência e à liberdade de expressão.

<sup>50</sup> Cf. ELENI KOSTA, «The Way...», cit., pp. 345–356; FRANZISKA BOEHM/MARK D. COLE, *Data Retention after the Judgment of the court of Justice of the European Union*, cit., pp. 14–18; ROLF H. WEBER, «Data Retention...», cit., p. 11; e ROLF H. WEBER/ULRIKE I. HEINRICH, *Anonymization*, cit., p. 34.

<sup>51</sup> Decisão n.º 1258, de 8 de outubro de 2009.

<sup>52</sup> O artigo em causa diz o seguinte: «[t]he present law established the obligation of the electronic communication providers of services and public networks to retain certain data produced or processed during their activity of providing electronic communication services, in order to make them available to the competent authorities to use them in activities of enquiry, detection and proceedings against serious crimes.» – tradução do texto do acórdão disponível em: <http://www.legi-internet.ro/en/jurisprudenta-it-romania/decizii-it/romanian-constitutional-court-decision-regarding-data-retention.html>.

<sup>53</sup> Cabe atentar no seguinte excerto da decisão do Tribunal romeno: «[a]s it was shown above, the Constitutional Court does not deny the purpose considered by the legislator as such at the adoption of law 298/2008, in the sense that there is an urgent need to ensure adequate and efficient legal tools, compatible with the continuous process of modernization and technical upgrading of the communication means, so that the crime phenomenon can be controlled and fought against. This is why the individual rights cannot be exercised in absurdum, but can constitute the object of restrictions, that are justified in connection with the desired scope. The limitation of the exercise of certain personal rights by considering collective rights and public interests that are related to national security, public order or penal prevention, has always been a sensitive operation from the regulation point of view, so that a fair balance may be achieved between individual rights and interests, on the one hand, and the rights and interests of society, on the other hand. It is also true, as the ECHR has remarked in the case *Klass and others vs Germany*, 1978, that taking surveillance measures without adequate and sufficient safeguards can lead to destroying democracy on the ground of defending it».

III. As declarações de inconstitucionalidade referidas resultaram, nos casos da Bulgária, República Checa e Roménia<sup>54</sup>, na introdução de nova legislação<sup>55</sup>, tendo em consideração, nos primeiros dois casos, as objeções suscitadas pelos respetivos tribunais.

Apenas a Alemanha se absteve de introduzir nova legislação na sequência da declaração de inconstitucionalidade e, apesar da pendência de uma ação por incumprimento da obrigação de transposição<sup>56</sup>, assim permaneceu até à decisão do TJ<sup>57</sup>.

## § 2.º O Acórdão do TJ de 8 de abril de 2014

### 2.1. A questão de fundo

I. O cenário de tensão em que, desde o início, esteve envolvida a Diretiva 2006/24/CE veio finalmente a merecer uma intervenção definitiva da parte do TJ, através do Acórdão *Digital Rights Ireland* (doravante, Acórdão *DRI*)<sup>58</sup>. Uma decisão que, como se verá, se assume como efetivo *marco* de viragem na matéria da conservação de dados de tráfego no contexto europeu.

II. Instado a pronunciar-se pela mão simultânea do *High Court* irlandês (Proc. C-293/12) e do *Verfassungsgerichtshof* austríaco (Proc. C-594/12)<sup>59</sup>, o TJ foi confrontado, no essencial, com a questão de saber se a Diretiva 2006/24/CE se apresentava como ato válido à luz, designadamente, dos artigos 7.º, 8.º e 11.º da CDFUE, os quais estabelecem, respetivamente, os direitos ao res-

<sup>54</sup> A nova lei romena viria a ser, novamente, declarada inconstitucional em julho de 2014.

<sup>55</sup> No caso do Chipre o problema não se colocava, uma vez que a decisão não era dotada de força obrigatória geral – cf. ELENI KOSTA, «The Way...», cit., pp. 353-354.

<sup>56</sup> Processo C-329/12 *Comissão contra Alemanha*, no qual se peticionava que a Alemanha fosse condenada numa sanção pecuniária compulsória diária de €315.036,54 (entretanto terminado). Cf. XAVIER TRACOL, «Legislative genesis...», cit., p. 739 e 744.

<sup>57</sup> Talvez por este motivo GEOFFREY GARRETT refira que «[...] it seems that the principles governing decisions of the European court and hence governing those of domestic courts following its rulings are consistent with the preferences of France and Germany» – cf. «International cooperation and institutional choice: the EC's internal market», *International Organizations*, 46, p. 558.

<sup>58</sup> A designação advém do facto de o primeiro pedido de decisão prejudicial apresentado (processo C-293/12, subsequentemente pensado ao processo C-594/12) ter sido originado pelo grupo *Digital Rights Ireland*.

<sup>59</sup> Cf., para a recuperação dos detalhes dos casos nacionais que estiveram na base das questões prejudiciais, os parágrafos 17 a 22.

peito pela vida privada e familiar, à proteção de dados pessoais e à liberdade de expressão e de informação.

Acompanhando, no essencial, as conclusões do Advogado-Geral, começou o TJ por sinalizar que os dados de tráfego cuja conservação era imposta pela Diretiva seriam, quando considerados no seu todo, «susceptíveis de permitir tirar conclusões muito precisas relativamente à vida privada das pessoas»<sup>60</sup>. Com efeito, apesar de a Diretiva não exigir a conservação de quaisquer dados relativos ao *conteúdo* das comunicações eletrónicas, o facto de poderem estar em causa dados aptos a permitir «saber qual é a pessoa com quem um assinante ou um utilizador registado comunicou e através de que meio, assim como determinar o tempo da comunicação e o local a partir do qual esta foi efetuada»<sup>61</sup> afetaria, *prima facie*, a autonomia dos cidadãos europeus, cuja inclusão nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE não mereceu, da parte do TJ, a mínima dúvida<sup>62</sup>. Na verdade, o regime da Diretiva implicaria mesmo «uma ingerência (...) de grande amplitude [a qual] deve ser considerada particularmente grave», tanto mais que dela resultaria, para os assinantes de serviços de comunicações móveis, um «sentimento de que a sua vida privada é objeto de vigilância constante»<sup>63</sup>.

III. Assente a *afetação* do direito ao respeito pela vida privada e do direito à proteção de dados pessoais, concentrou-se o TJ na análise da sua «legitimidade», para a qual convocou, naturalmente, a bitola da proporcionalidade, exigida pelo n.º 1 do artigo 52.º da Carta como o parâmetro material fundamental de controlo das restrições aos direitos nela consagrados. É que, como cedo concluiria, apesar da interferência *intensa* sobre aqueles direitos, nunca a Diretiva poderia ser tomada como afetando o seu «núcleo essencial», limite igualmente pressuposto no n.º 1 do artigo 52.º<sup>64</sup>.

Nestes termos, o TJ começou por reconhecer a *função* subjacente ao regime instituído da Diretiva e, bem assim, a sua legitimidade *prima facie* de «contribuir para a luta contra a criminalidade grave e assim, em última análise, para a segurança pública» representaria, em termos, aliás, já sublinhados pelo próprio TJ noutras ocasiões, um objetivo de interesse geral perfeitamente compreensí-

<sup>60</sup> Cf. parágrafo 27.

<sup>61</sup> Cf. parágrafo 26.

<sup>62</sup> O TJ acabou por deixar cair o argumento baseado no artigo 11.º da CDFUE, embora tenha reconhecido que o controlo sobre as informações pessoais subjacentes aos dados de tráfego sujeitos a conservação pudessem condicionar a liberdade expressão dos clientes. No entanto, e na medida em que a questão se colocava quanto à obrigação de conservação, rapidamente o TJ centrou o seu juízo, de forma exclusiva, nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE.

<sup>63</sup> Cf. parágrafo 37.

<sup>64</sup> Cf. parágrafos 39 e 40.

vel, pelo que, pressupondo a tripartição tradicional da análise do princípio da proporcionalidade, não haveria dúvidas quanto ao preenchimento do primeiro teste: a Diretiva revelar-se-ia como um instrumento adequado à prossecução daqueles objetivos<sup>65</sup>. O mesmo não se verificaria, porém, quanto à «necessidade» do regime.

Na verdade, apesar de reconhecer o papel fundamental da Diretiva na luta contra a criminalidade grave, designadamente a criminalidade organizada e o terrorismo<sup>66</sup>, o TJ não deixaria de notar, como proposição central do seu juízo, que a mesma «comporta uma ingerência nos direitos fundamentais de quase toda a população europeia»<sup>67</sup>, abrangência que se revelaria particularmente acentuada quanto se levasse em linha de conta que (i) estavam a seu coberto «todas as pessoas, todos os meios de comunicações eletrónicas e todos os dados relativos ao tráfego, não sendo efetuada uma diferenciação, limitação ou exceção em função do objetivo de luta contra infrações graves»; (ii) por sua vez, seria particularmente impressiva a forma como a Diretiva não oferecia qualquer critério de determinação subjetiva quanto aos dados a conservar: «aplica-se mesmo a pessoas para as quais não existe nenhum indício suscetível de fazer crer que o seu comportamento possa ter uma qualquer relação, mesmo indireta ou longínqua, com infrações graves (...) [e] não prevê nenhuma exceção, pelo que é aplicável mesmo a pessoas cujas comunicações estão sujeitas ao segredo profissional, segundo as regras do direito nacional»; (iii) por fim, embora funcionalmente associada à criminalidade grave, a Diretiva não estabelecia qualquer delimitação temporal ou geográfica em relação a períodos e locais de alguma forma associados à prática de tais crimes<sup>68</sup>.

Mais do que isso, avançaria o TJ, da Diretiva não resultavam critérios objetivos quanto ao tipo de crimes envolvidos, quanto à forma e requisitos processuais de acesso aos dados conservados, quanto às garantias de segurança dos dados conservados e, bem assim, quanto ao número de pessoas que a estes pudessem ter acesso<sup>69</sup>. Mesmo em relação ao período de conservação estabelecido (entre seis meses a dois anos), o TJ fez notar a relativa indistinção perante tipos de criminalidades diversos, em relação aos quais, mais uma vez, não apresentaria critérios objetivos de diferenciação<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Cf., em especial, parágrafos 41 a 49.

<sup>66</sup> Cf. parágrafo 51.

<sup>67</sup> Cf. parágrafo 56.

<sup>68</sup> Cf. parágrafos 57, 58 e 59.

<sup>69</sup> Cf. parágrafos 60 a 62 e 66 a 68.

<sup>70</sup> Cf. parágrafo 63.

No essencial, o juízo do TJ centrou-se na identificação do carácter lacunoso da Diretiva, em cujos termos a conservação e utilização de dados de tráfego não obedeceriam a «regras claras e precisas que regulem o alcance da ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da Carta». Ou seja, da Diretiva não resultariam garantias de que a conservação e utilização de tais dados seriam feitas na estrita medida do necessário, pelo que, sem ser necessário o recurso a quaisquer outras dimensões da proporcionalidade, a Diretiva soçorbraria pela sua falta de conformidade em face do parâmetro da «necessidade»<sup>71</sup>.

Na base destes pressupostos centrais, a contrariedade da Diretiva ao Direito da União Europeia não ofereceu dúvidas razoáveis ao coletivo de juízes: os artigos 7.º e 8.º seriam comprometidos de uma forma não «necessária» e, sobretudo, de uma forma não garantidora de critérios mínimos de objetividade e diferenciação quanto à conservação e utilização de tais dados. Impôs-se, por isso, a declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE, por violação dos artigos 7.º e 8.º, em conjugação com o parâmetro de proporcionalidade fixado no n.º 1 do artigo 52.º da CDFUE.

## 2.2. Os efeitos do Acórdão

I. Se, quanto à questão *de fundo* subjacente às questões prejudiciais com que foi confrontado, o TJ ofereceu uma resposta unívoca, ao determinar, como se viu, a invalidade *total* da Diretiva 2006/24/CE por violação dos artigos 7.º, 8.º e n.º 1 do artigo 52.º da CDFUE, o mesmo não se pode dizer quanto à determinação dos *efeitos* do julgamento, ponto sobre o qual se vieram a abater, logo após a prolação do Acórdão, dúvidas significativas<sup>72</sup>.

Limitando-se a declarar que «a Diretiva (...) é inválida», o TJ não determinou quais os *concretos* efeitos de tal declaração. Não oferecendo dúvidas a circunstância de estar em causa um juízo de invalidade sobre a totalidade e não apenas sobre algumas das normas da Diretiva, cabe determinar:

- (i) Se tal «declaração» de invalidade equivale à remoção da Diretiva 2006/24/CE do ordenamento da União, a ponto tal de não mais poder ser “aplicada” por qualquer órgão da União ou dos Estados-Membros (possuindo, nessa hipótese, eficácia *erga omnes*) ou se, ao

<sup>71</sup> Cf. parágrafo 65.

<sup>72</sup> Cf., por exemplo, ALESSANDRO GUARINO, «What now? Data Retention Scenarios After the ECJ Ruling», in *ISSE 2014 Securing Electronic Business Processes* (eds. POHLMANN/REIMER/SCHIEDER), Wiesbaden: Springer Vieweg, pp. 249-255, esp.<sup>ic</sup> 253-254.

invés, tal «declaração» corresponde a uma mera desaplicação da mesma nos concretos casos nos quais se formularam as questões prejudiciais, vinculando apenas os órgãos jurisdicionais que estiveram na base do processo das questões prejudiciais (possuindo, nessa hipótese, eficácia *inter partes*);

- (ii) Se tal «declaração» de invalidade reporta os seus efeitos ao momento de entrada em vigor da Diretiva (4 de maio de 2006) ou ao momento da prolação do Acórdão (8 de abril de 2014), isto é, se a mesma possui efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*;
- (iii) Se, e – na hipótese afirmativa – em que medida, tal «declaração» afeta as legislações nacionais de transposição da Diretiva 2006/24/CE.

II. A ausência de resposta do TJ a tais questões pode explicar-se, em primeiro lugar, pela circunstância de o TFUE se revelar totalmente omissivo<sup>73</sup> no que diz respeito à determinação dos efeitos das *pronúncias*<sup>74</sup> do TJ em sede de questões prejudiciais; e, em segundo lugar, pelo facto de a «declaração» de

<sup>73</sup> Notando já esta omissão de referências no texto dos Tratados, perante o então artigo 177.º do Tratado de Roma, cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Efeitos dos Acórdãos Prejudiciais do Artigo 177.º do TR (CEE)*, Lisboa: AAFDL, 1988, p. 91, concluindo que, nesses termos, «compete à doutrina e à jurisprudência a procura de uma solução para o problema».

<sup>74</sup> Note-se que a utilização do verbo «pronunciar» não é, mesmo no contexto do artigo 267.º do TFUE, demonstrativa de quais possam ou devam ser os concretos efeitos dos Acórdãos do TJ em sede de questões prejudiciais. Por um lado, e desde logo, o sentido *meramente indicador*, isto é, não *vinculativo*, que poderia ser associado à utilização de tal verbo na parte final do §2.º do artigo 267.º do TFUE na versão portuguesa, desfaz-se a partir do momento em que se consultem as versões do mesmo segmento em diversas línguas, nas quais se recolhem expressões como «to give a ruling» em inglês, «statuer» em francês, «emitir su fallo» em espanhol ou (a mais neutra) «zur Entscheidung» em alemão, cujas traduções diretas para a língua portuguesa dificilmente se cifriam no verbo «pronunciar»; em qualquer caso, as versões italiana («pronunciarsi») ou romena («se pronunțe») inculcam um sentido próximo ao do texto português. Por outro lado, a própria associação do vocábulo «pronunciar» a um significado que o faça equivaler a expressões como «emitir opinião» ou «dar uma recomendação» está longe de representar a única possibilidade semântica configurável na língua portuguesa, bastando, para o efeito, pensar que, em termos genéricos, qualquer sentença de um Tribunal pode ser traduzida, em português corrente, por «pronúncia», sem que dessa utilização resulte a atribuição de um valor «não vinculativo» à mesma. Nestes termos, «pronunciar-se sobre» equivale, portanto, a «decidir», equivalência que se extrai, precisamente, do confronto dos §§1.º e 2.º do artigo 267.º do TFUE, nos quais os dois verbos parecem ser utilizados de forma indistinta. Por fim, e talvez mais importante, toda a construção jurisprudencial e doutrinária em torno da determinação dos concretos efeitos dos julgamentos do TJ no quadro das questões prejudiciais (quer *de validade* quer *de interpretação*) desmente, de forma integral, qualquer aproximação nesse sentido: é o que, no contexto específico dos efeitos das questões prejudiciais *de validade*, se verá no texto.

invalidade de uma Diretiva em sede de questões prejudiciais ser um fenómeno de ocorrência rara<sup>75</sup> e para o qual as soluções não podem tomar-se por assentes.

Ainda assim, a consideração global do ordenamento da União e, bem assim, da jurisprudência do TJ, permitirão que, em relação àquelas três questões, possam estabelecer-se algumas premissas.

III. No que ao alcance *material* das decisões prejudiciais de validade diz respeito, (i) o facto de estar em causa um meio contencioso que apenas se aciona perante o impulso de um caso (nacional) concreto e, sobretudo, (ii) o confronto com o recurso de anulação (artigo 263.º do TFUE), meio privilegiado através do qual o TJ<sup>76</sup> destrói atos da União<sup>77</sup>, imporia, a título de princípio, a

<sup>75</sup> A raridade do fenómeno não resulta de qualquer distinção de requisitos perante as questões prejudiciais *de interpretação*. Aliás, a regra criada a partir do Acórdão *Foto-Frost* (C-314/85, de 22 de outubro de 1987) – nos termos da qual a competência para declarar a invalidade de atos da União Europeia se encontra reservada ao TJUE e, por consequência, sobre os tribunais nacionais (independentemente de se assumirem como de última instância) que se *inclinem* para uma decisão de invalidade recai a obrigação de lhe colocar a questão prejudicial – poderia mesmo conduzir a um aumento estatístico das situações em que, no processo de questões prejudiciais, o TJ viesse a declarar inválidos atos da União. Não é o caso: em geral, e como é reconhecido, «as questões prejudiciais de interpretação de interpretação têm obtido, na jurisprudência da União, muito maior importância do que as questões de apreciação de validade» – cf. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia. Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 582. Em especial quanto a invalidade de Diretivas, o cenário é ainda mais excepcional: até 2004, apenas por uma vez o TJ declarou (expressamente) a invalidade de uma Diretiva em sede de questões prejudiciais, o que ocorreu no Acórdão *Angelopharm* (C-212/91, de 25 de janeiro de 1994). Todavia, e ao contrário do problema que se trata no texto, o juízo de invalidade aí produzido foi *parcial*, no sentido de afetar apenas um segmento de uma das normas da (no caso) Diretiva 90/121/CEE – cf., sinalizando isto mesmo, THOMAS VANDAMME, *The Invalid Directive. The Legal Authority of a Union Act Requiring Domestic Law Making*, Groningen: Europa Law Publishing, 2005, pp. 22 e 56. Mais recentemente, o TJ veio, também em sede de questões prejudiciais, a declarar a invalidade do n.º 2 do artigo 5.º da Diretiva 2004/113/CE, precisamente por violação de disposições da CDFUE (tal como no Acórdão *DRI*), mas com modulação de efeitos temporais (a contrário do que, como se verá, ocorreu no Acórdão *DRI*): cf. Acórdão *Association Belge des Consommateurs* (C-236/09, de 1 de março de 2011).

<sup>76</sup> Ou, na generalidade das situações, o Tribunal Geral (TG), já que é este o órgão do TJUE (que se assume, assim, como estrutura tríplice, contendo o TJ, o TG e, ainda, o Tribunal da Função Pública) com competência *comum* para o julgamento, em primeira instância, das ações de anulação, *ex vi* n.º 1 do artigo 256.º do TFUE e artigo 51.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia. Já o julgamento das questões prejudiciais permanece sob o foro exclusivo do TJ, isto apesar da previsão do n.º 3 do artigo 256.º do TFUE: é que, precisamente, o ETJUE não comete ao TG qualquer competência nesta matéria, o que faz com que aquele n.º 3 permaneça, por enquanto, como uma norma *a concretizar*.

<sup>77</sup> Na versão portuguesa do TFUE, o TJ ou TG «anular[ão] o ato impugnado» (cf. o §1.º parágrafo

conclusão de que «nas questões prejudiciais de apreciação da validade, a declaração da invalidade do ato, exatamente porque feita a título prejudicial, não se confunde com a anulação do ato: o ato não é anulado e, por conseguinte, não desaparece da Ordem Jurídica»<sup>78</sup>. Nestes termos, a resposta àquela primeira pergunta mereceria uma resposta simples: o Acórdão do TJ de 8 de abril de 2014, possuindo mera eficácia *inter partes*<sup>79</sup>, apenas vincularia os Tribunais que,

do artigo 264.º), isto apesar de (i) como o confirmam as versões dos Tratados noutras línguas (na versão inglesa, «shall declare the concerned to be void»; na versão espanhola, «declarará nulo y sin valor ni efecto alguno»; na versão francesa, «declare nul et non avenue l'acte contesté; na versão alemã, «erklärt für nichtig»; na versão italiana, «dichiara nullo e non avvenuto»; na versão romena, «declară nul și neavenit») e (ii) como resulta da própria *funcionalidade* subjacente ao recurso de anulação, estar verdadeiramente em causa uma declaração de invalidade (em regra) *total* e (em regra) *retroativa*. Cf., sobre os efeitos dos acórdãos do TJUE em sede de recurso de anulação, por exemplo, ALEXANDER TÜRK, *Judicial Review in EU Law*, Cheltenham: Elgar, 2009, pp. 150-155; ou CARLOS BOTELHO MONIZ, «sub artigo 264.º», in *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado* (coord. MANUEL LOPES PORTO/GONÇALO ANASTÁCIO), Coimbra: Almedina, 2012, pp. 953-954, notando que «a anulação significa pois que o ato é eliminado da ordem jurídica, devendo idealmente a situação ser reconstituída como se o ato ilegal não tivesse sido adotado».

<sup>78</sup> Cf. FAUSTO DE QUADROS, *Direito...* cit., p. 610, acrescentando que «esse efeito só será obtido através do recurso de anulação», afirmação que corrobora a delimitação, feita pelo mesmo A., do campo material das questões prejudiciais de validade: «o TJ pronuncia[-se] só a título prejudicial sobre a validade dos atos e das normas aí referidos, em resposta ao juiz nacional, pelo que os efeitos do Acórdão prejudicial não podem ser confundidos com os do Acórdão proferido pelo TJ sobre a validade de uma norma ou de um ato num processo de recurso de anulação» (p. 592). Adotando esta mesma posição *de princípio*, cf. MOTA DE CAMPOS/PINTO PEREIRA/MOTA DE CAMPOS, *O Direito Processual da União Europeia. Contencioso Comunitário*, 2.ª ed., Lisboa: FCG, 2014, p. 489: «o Acórdão do TJUE sobre a questão da apreciação de validade *não declara erga omnes a nulidade do ato da União*: limita-se a declarar a sua *invalidade*, com efeitos em princípio limitados ao processo pendente no tribunal nacional».

<sup>79</sup> Para o confronto e apreciação crítica desta posição, quer perante acórdãos declarativos da validade (pp. 82 e ss.) quer, sobretudo para os propósitos que interessam ao texto, perante acórdãos declarativos da invalidade de atos comunitários em sede de questões prejudiciais (pp. 92 e ss.), cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Efeitos...* cit. A A. acaba por concluir no sentido da atribuição de eficácia *erga omnes* a acórdãos nos quais se conclua pela invalidade do ato comunitário, tendo em conta, designadamente, que (i) o juízo de invalidade realizado pelo TJ se situaria num plano *abstrato*, não refém das circunstâncias do concreto, o que desde logo justificava a circunstância de não existirem verdadeiras *partes* nos processos de questões prejudiciais – neste sentido, ali se conclui «se o ato está minado por alguma causa de nulidade, tal não se altera do processo A para o processo B. O ato não pode ser válido e inválido ao mesmo tempo, consoantes se aplique a este ou àquele caso concreto» (p. 97); (ii) o argumento segundo o qual a atribuição de efeitos *erga omnes* a acórdãos tirados em sede de questões prejudiciais assentaria numa indistinção entre este meio processual o recurso de anulação obnubilaria, de um lado, que, pelo menos quanto aos efeitos temporais, poderiam substituir diferenças entre os acórdãos do TJ e, de outro lado, a circunstância de a *consequência* de um e outro processo assumiria contornos diversos: «o ato anulado [em sede de

em concreto, lhe colocaram as questões prejudiciais, isto é, o *High Court* irlandês e o *Verwaltungsgerichtshof* austríaco, obrigando-os a desaplicar, *in concreto*, a Diretiva 2006/24/CE<sup>80</sup>. Quanto ao mais, a Diretiva permaneceria válida e, portanto, totalmente aplicável.

IV. Não é esta, no entanto, a resposta a extrair do Direito da União Europeia globalmente considerado: sem prejuízo da possível recensão de um conjunto diversificado de argumentos quanto ao tema<sup>81</sup>, é hoje inescapável que, a partir do Acórdão *International Chemical Corporation* (C-66/80, de 13 de maio de 1981), as decisões prejudiciais nas quais o TJ conclua pela invalidade<sup>82</sup> do

recurso de anulação] desaparece do ordenamento jurídico como se nunca tivesse existido; o ato inválido [assim declarado em processo de questões prejudiciais] pode continuar a existir, embora cesso de produzir efeitos. A sanção para o ato inválido é a inoponibilidade e não a nulidade ou inexistência» (p. 99); (iii) a limitação *inter partes* dos efeitos de acórdãos prejudiciais de validade colocaria em causa os «princípios da economia e celeridade processuais», porquanto exigiria o juiz nacional a *convocar* o juiz do TJ a *repisar* uma questão – a da validade ou invalidade do ato –, sem que se anteviessem, em funções de objetivos de uniformidade, possibilidades sérias de o TJ vir a afastar o seu anterior juízo de invalidade (pp. 99–100) e, ainda, (iv) a consideração de que, mesmo em processos de questões prejudiciais, «a natureza dos interesses em causa é pública e natureza do processo é de ordem pública (aplicação correta do Direito Comunitário)». Adicionalmente, a possibilidade de obtenção da invalidade *erga omnes* em sede de questões prejudiciais é encarada pela A. como forma de obviar às limitações (de legitimidade e de prazo) com que se defronta o recurso de anulação; neste sentido, «parece[r]ia que o [Tratado] cri[ara] um meio suplementar para atacar atos comunitários que possuam os vícios referidos, a saber, a declaração de invalidade. Assim, o ato viciado que não foi anulado, por entretanto ter decorrido o prazo, poderá a todo o tempo ser declarado inválido, com efeitos *erga omnes*, repondo, por esta via a legalidade» (p. 106). Rejeitando também uma tese que aproximasse os efeitos dos acórdãos prejudiciais de invalidade de um qualquer esquema de *precedente*, sintetiza-se que «a melhor solução continua a ser a dos efeitos *erga omnes*, ou seja, a obrigatoriedade da decisão em relação a todos os tribunais, que poderão, contudo, suscitar questões relacionadas com o ato invalidado, mas somente com vista a obter esclarecimento da decisão que declarou o ato inválido, e nunca com o objetivo de que o TJ valide um ato anteriormente declarado inválido» (p. 110).

<sup>80</sup> Precisamente no sentido de que «a declaração de invalidade obriga o juiz que suscitou a questão prejudicial» e de «este não pode aplicar um ato comunitário declarado inválido pelo TJUE», admitindo, porém, que o TJ venha a dispor em sentido contrário, cf. FAUSTO DE QUADROS/ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 117.

<sup>81</sup> Desenvolvidamente, cf., novamente, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Efeitos...* cit., pp. 92 e ss.

<sup>82</sup> Em relação às decisões em que se conclua pela *validade* do ato, a determinação dos seus efeitos é bem mais simples: a decisão do TJ não equivale a qualquer *validação* do ato, embora, na terminologia ainda corrente no Direito da União, sobre ele recaia uma *presunção de legalidade*. Nestes termos (i) o tribunal nacional que colocou a questão não poderá, com fundamento em invalidade, desaplicar o ato; (ii) no entanto, novas questões prejudiciais podem ser colocadas ao TJ. Por outras palavras, «a declaração de validade não acrescenta nada ao ato» – cf. FAUSTO DE QUADROS/ANA

ato têm sido *materialmente* equiparadas às sentenças lavradas em sede de recurso de anulação<sup>83</sup>, isto na medida em que, como se determinou naquele Acórdão, «uma sentença do Tribunal de Justiça que declara, ao abrigo do artigo [267.º] do [TFUE], a invalidade de um ato de uma instituição (...), ainda que apenas se dirija diretamente ao órgão jurisdicional que colocou a questão ao TJ, constitui razão suficiente para que qualquer outro órgão jurisdicional considere tal ato inválido para o efeito de uma decisão que deva tomar», isto apesar de não se tolher a possibilidade de a questão ser novamente colocada perante o TJ para, designadamente, esclarecer quais os motivos da anterior decisão de invalidade, o seu alcance e, sobretudo, as suas consequências perante um caso cujos recortes podem revelar diferenças significativas em relação ao que esteve na base da primeira declaração de invalidade<sup>84-85</sup>.

MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso...* cit., p. 117. Sensivelmente no mesmo sentido, cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Efeitos...* cit., pp. 82 e ss., estabelecendo porém a diferença quanto às hipóteses de os tribunais nacionais colocarem novas questões prejudiciais de validade consoante o vício que detetem no ato comunitário seja ou não o mesmo que tenha sido anteriormente apreciado pelo TJ. Nestes termos, «os tribunais nacionais ficam vinculados a considerar o ato válido e consequentemente a aplicarem-no, se o fundamento para a sua invalidade for igual ao invocado perante o TJ que o considerou válido, pois defender o contrário equivaleria a desrespeitar o acórdão ou a conferir-lhe efeitos meramente morais» (p. 90).

<sup>83</sup> Cf., entre tantos, ALINA KACZOROWSKA, *European Union Law*, 2.ª ed., London: Routledge, p. 289; CHALMERS/DAVIES/MONTI, *European Union Law*, 2.ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 169-170; JOHN TILLOTSON/NIGEL FOSTER, *Text, Cases and Materials on European Union Law*, 4.ª ed., London: Cavendish, 2003, pp. 214-215; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 647-648. Expressamente no sentido de que «uma questão prejudicial de validade, embora tecnicamente tenha como destinatário o Tribunal que a colocou, serve de fundamento para que qualquer outro Tribunal assuma como inválido em qualquer julgamento que lhe caiba decidir. Assim, efetivamente, há pouca diferença entre os efeitos de um recurso de anulação julgado procedente e de uma questão prejudicial de validade», cf. ALBERTINA ALBORS-LORENS, «Judicial protection before the Court of Justice of the European Union», in *European Union Law* (ed. CATHERINE BARNARD/STEVE PEERS), Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 291-292.

<sup>84</sup> Cf., em especial, os parágrafos 11 a 18 do Acórdão. Deve notar-se, porém, que, nesta hipótese, o TJ se referia, de modo especial (precisamente no segmento que no texto se substituiu por “(...)”) a regulamentos do Conselho ou da Comissão. Ainda assim, as razões determinantes do seu juízo não podem deixar se considerar aplicáveis a Diretivas ou a qualquer outro ato, conforme se retira, de resto, do parágrafo 12 do Acórdão: é que «quando o Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo [267.º], declara inválido um ato de uma das instituições, colocam-se exigências especialmente imperiosas de segurança jurídica relativas à aplicação uniforme do Direito Comunitário. Da natureza da própria declaração retira-se, com efeito, que um órgão jurisdicional nacional não poderá aplicar o ato declarado inválido sem criar de novo graves incertezas no que diz respeito ao Direito Comunitário aplicável». Ou seja, o TJ assume a premissa de que, em bom rigor, uma decisão tirada em sede de questões prejudiciais (seja ela *de interpretação* ou *de validade*) modula o

ato sobre o qual versou, o que, correspondentemente, não poderá conduzir a que o mesmo se considere válido nuns casos e inválido noutros casos (no sentido de que «a interpretação ou juízo de apreciação da validade fornecido pelo TJUE ao ato em apreço, mesmo se a título prejudicial, passa a fazer parte integrante dele, isto é, *incorpora-se no ato*», cf. FAUSTO DE QUADROS, *Direito...* cit., p. 609). Correspondentemente, a possibilidade de, ainda assim, os tribunais nacionais virem, perante um ato declarado inválido, a recolocar ao TJ a questão da invalidade deverá ser matizada, tendo em conta que, em princípio, o TJ não infirmará a sua primeira pronúncia, ao estilo de uma regra de *precedente* que tem sido associada aos Acórdãos prejudiciais. Notando, precisamente a respeito deste Acórdão, que a «faculdade de repor perante o TJUE a questão da validade de um ato ad União já reconhecido como inválido é desprovida de justificação, porque a *invalidade resulta do próprio ato* e, uma vez estabelecida por uma decisão do TJUE não é suscetível de reconsideração em função das circunstâncias do caso», cf. MOTA DE CAMPOS/PINTO PEREIRA/MOTA DE CAMPOS, *O Direito...* cit., p. 501. A observação é pertinente desde que em causa esteja sempre a *mesma* questão; caso contrário, nada obsta a que novas questões prejudiciais sejam colocadas (i) em relação a outros segmentos do ato da União ou (ii) em qualquer caso, com diferentes motivos. Em qualquer caso, não deve deixar de se ter presente que o TJ já enfrentou o problema de saber se, perante um ato da União declarado inválido, os tribunais nacionais *devem* voltar a colocar a questão ou se, ao abrigo da doutrina extraída no Acórdão *CILFIT* (C-283/81, de 6 de outubro de 1982), poderão eximir-se de o fazer, por considerarem que a questão é semelhante a outra já apreciada pelo TJ. Tratando-se, no fundo, de saber como harmonizar o Acórdão *CILFIT* (do qual, como é sabido, se extrai uma regra de dispensa de colocação de questões prejudiciais de interpretação aos tribunais que julguem em última instância sempre que, *inter alia*, se verifique uma situação de identidade *material* com outra já apreciada, o que equivale por introduzir uma exceção ao §3.º do artigo 267.º) com o Acórdão *Foto-Frost* (do qual, como já se referiu, se retira a regra da obrigatoriedade de colocação da questão prejudicial sempre que o tribunal nacional pretenda desaplicar, por invalidade, o ato da união), algo a que o TJ veio a responder no Acórdão *Schul* (C-461/03, de 6 de dezembro de 2005): mais uma vez perante um caso que implicava a aplicação de um Regulamento (e não de uma Diretiva) e ainda que, em tese, se tenha considerado a pertinência dos critérios do Acórdão *CILFIT*, o TJ decidiu que «o §3.º do artigo [267.º] impõe ao órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno que submeta ao Tribunal de Justiça uma questão relativa à validade de disposições de um regulamento, mesmo quando a invalidade de disposições coincidentes de outro regulamento análogo já foi declarada pelo Tribunal de Justiça» (cf., esp.<sup>te</sup>, parágrafos 15 a 25 do Acórdão). Apesar de, como se regista, a questão sob tratamento no Acórdão *Schul* ter na base dois regulamentos *análogos*, a sua *ratio* (isto é, no essencial, a prevalência da doutrina *Foto-Frost* perante a doutrina *CILFIT* em questões prejudiciais de validade) parece ser igualmente aplicável perante um único ato da União já declarado inválido, mas em relação ao qual se venham a colocar novas questões de validade: para além da reafirmação da competência exclusiva do TJ para a declaração de invalidade de atos da União e da invocação do princípio coerência do ordenamento da União, o TJ salientou, de forma especial, a circunstância de que «mesmo em casos que possam, à primeira vista, parecer semelhantes, é possível que um exame aprofundado revele que uma disposição cuja validade está em causa não pode ser comparada a uma disposição já declarada inválida, devido, designadamente, a um diferente contexto jurídico ou, eventualmente, factual» (cf. parágrafo 20). Assinalando precisamente este ponto, cf. ALINA KACZOROWSKA, *European...* cit., pp. 287-288.

Naturalmente que esta *diretiva*<sup>86</sup> de desaplicação não pode ser circunscrita aos tribunais nacionais, isto é, não pode tomar apenas lugar nos casos em que, no âmbito de processos jurisdicionais, a questão da validade da Diretiva venha novamente a colocar-se. Com efeito, naturais razões de coerência e uniformidade – tão caras ao Direito da União Europeia<sup>87</sup> –, impõem que a inaplicabilidade da Diretiva seja, afinal, um efeito de ordem genérica a partir do momento em que o TJ decreta a sua invalidade. Como se compreende, dificilmente se aceitaria que sobre (todos) os tribunais nacionais recaísse o *dever* de não aplicar a Diretiva 2006/24/CE, mas em relação a órgãos legislativos ou nacionais, recaísse o dever contrário, isto é, o de a «implementar». Neste sentido, tem-se entendido que «as declarações de invalidade [ao abrigo da alínea b) do §1.º do artigo 267.º do TFUE] possuem, na prática, efeitos *erga omnes*. Os órgãos administrativos e legislativos dos Estados-Membros ficam sem qualquer obrigação de implementar a Diretiva; os tribunais nacionais de toda a União ficam obrigados a tomá-la como inválida sempre que a questão tenha pertinência em julgamentos nacionais»<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Assumindo o Acórdão *International Chemical Corporation* como a corroboração da tese da atribuição de efeitos *erga omnes* a acórdãos prejudiciais de invalidade, mas salientando o diferente recorte da possibilidade de recolocação de questões prejudiciais no confronto com os acórdãos interpretativos, cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Efeitos... cit.*, pp. 110-120.

<sup>86</sup> Cujo sentido não pode ser o de entender que os tribunais nacionais (ou outros órgãos) *podem* (o que, por definição, implicaria a inclusão da possibilidade de o *poderem não fazer*) desaplicar a norma ou normas declaradas inválidas, mas sim que o *devem* fazer. Para além de tudo quanto se disse na nota anterior, a coerência parece impor este último resultado: o inverso implicaria que uma mesma norma pudesse ser tomada simultaneamente como válida e inválida, dependendo do contexto, circunstância que abalaria fortemente a *diretividade* do Direito da União Europeia. Precisamente por isso, mas ainda que de passagem e em relação a acórdãos prejudiciais *de interpretação*, refere-se o seu valor de «precedente vinculativo [que] deve ser acatado por todos os Estados-Membros», cf. ALESSANDRA SILVEIRA, «Constituição, Ordenamento e Aplicação de Normas Europeias e Nacionais», *Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, n.º 17 (2008), p. 81. No mesmo sentido, começando por notar que «o acórdão do Tribunal de Justiça apresenta-se, de certa forma, a meio caminho entre a apreciação abstrata típica do assento e a concreção do precedente», acabando por concluir ser «mais conforme ao sentido e à teleologia do sistema a tendência que sustenta uma maior eficácia da jurisprudência do Tribunal de Justiça *fora do processo* que deu origem ao reenvio concreto», cf. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 482.

<sup>87</sup> Identificando como geral em matéria de aplicação do Direito da União Europeia de um «princípio de coerência global do sistema jurídico da União», cf. FAUSTO DE QUADROS, *Direito... cit.*, pp. 652-653.

<sup>88</sup> Cf. THOMAS VANDAMME, *The Invalid... cit.*, p. 70. Notando, em igual sentido, que «a decisão, em princípio, não vincula senão o juiz nacional autor do reenvio. Na prática, porém, a decisão produz efeitos *erga omnes*», cf. MOTA DE CAMPOS/MATIAS PEREIRA/MOTA DE CAMPOS, *O Direito... cit.*, p. 501.

Perante estes dados, de pouco importa discutir se, formalmente, a Diretiva 2006/24/CE ainda se encontra em vigor após o Acórdão do TJ de 8 de abril de 2014, pelo facto de, prototipicamente, o processo de questões prejudiciais não ter, ao contrário do recurso de anulação, o efeito de *remove* atos do ordenamento da União Europeia. Ainda que possa considerar-se *formalmente* vigente, a Diretiva 2006/24/CE é, afinal, e na sua totalidade, um ato contrário ao Direito da União Europeia, pelo que, para todos os efeitos, não pode mais ser aplicada<sup>89</sup>. Quanto aos órgãos da União autores da Diretiva (Parlamento Europeu e Conselho), esta é uma conclusão que, desde logo, resulta da aplicação do artigo 266.º do TFUE<sup>90</sup>, nos termos do qual lhes competirá «tomar as medidas necessárias à execução do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia». Quanto aos demais (isto é, restantes órgãos da União e órgãos nacionais), a proibição de aplicar a Diretiva resulta da genérica proibição de praticar atos contrários ao Direito da União Europeia e, tendo em especial linha de conta as premissas do Acórdão *International Chemical Corporation*, o dever de respeito pela decisão do TJ.

Razões pelas quais, a respeito da primeira das questões colocadas quanto aos efeitos do Acórdão do TJ, deve fixar-se que, independentemente da terminologia acolhida<sup>91</sup>, a Diretiva 2006/24/CE já não constitui um ato *materialmente*

<sup>89</sup> Precisamente no sentido que «a melhor solução será, na realidade, a dos efeitos *erga omnes*, ou seja, a obrigatoriedade da declaração de invalidade em relação a todos os tribunais nacionais e, indiretamente, em relação a todos os sujeitos de direito, posi sempre que alguém pretende propor uma ação, num qualquer tribunal nacional, tem à partida conhecimento de que o ato é inválido e, como tal, não será aplicado», cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Efeitos...* cit., p. 123.

<sup>90</sup> O qual, pese embora destinado aos recursos de anulação, tem vindo a ser consistentemente aplicado analogicamente ao processo de questões prejudiciais: cf., *v.g.*, o Acórdão *FIAMM e outros* (C-120/06 e C-121/06, apensos, de 9 de setembro de 2008): «segundo jurisprudência constante, quando o Tribunal de Justiça declara, no âmbito de um processo instaurado nos termos do artigo [267.º], a invalidade de um ato adotado por uma autoridade comunitária, a sua decisão tem como efeito jurídico impor às instituições competentes da [União] a adoção das medidas necessárias para sanar a ilegalidade declarada, aplicando-se por analogia nesse caso a obrigação estabelecida no artigo [266.º] em caso de acórdão de anulação» (parágrafo 123).

<sup>91</sup> Ainda que, frequentemente, e precisamente a respeito do Acórdão *DRI*, se afirme que a Diretiva 2006/24/CE ainda está em vigor (cf., por exemplo, JOÃO CONDE CORREIA, «Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter», *Revista do Ministério Público*, Ano 35, n.º 139 (julho-setembro de 2014), p. 38), não parece ser de aceitar tal entendimento. Para além de tudo quanto se fixou no texto e nas notas anteriores, e assumida a premissa – cuja não adoção parece revelar-se impossível face à estrutura e exigências postuladas pelo Direito da União Europeia – de que os órgãos nacionais *devem* desaplicar as Diretivas julgadas inválidas pelo TJ, torna-se algo irreal pretender que as mesmas ainda se «encontram em vigor». É que, se bem se atentar, tal proposição equivale a admitir a coexistência de duas premissas não harmonizáveis: a de que um ato deve ser desaplicado *erga omnes*, mas que, ainda assim, mantém a sua vigência. É certo que é o próprio Direito

vigente no ordenamento da União. Consequentemente, extrai-se do Direito da União Europeia atual um dever de *não-aplicação* da Diretiva 2006/24/CE, dever extensível, naturalmente, a qualquer órgão aplicador, independentemente da sua dimensão europeia ou nacional ou das funções a que se ache adstrito<sup>92</sup>.

V. A determinação dos efeitos *temporais* do Acórdão do TJ levanta, de igual forma, questões não lineares<sup>93</sup>.

Ao contrário do que, nas suas conclusões, propôs o Advogado-Geral Pedro Cruz Villalón<sup>94</sup>, o TJ optou por não introduzir qualquer restrição *temporal* à

da União Europeia que revela o, provavelmente, mais paradigmático caso de dissociação entre vigência e aplicabilidade (a que se verifica nas hipóteses de atos nacionais contrários ao Direito da União); porém, a dissociação possui, nesse contexto, uma explicação *fundacional*, cujo sentido só se explica pelo facto de entre Direito da União Europeia e Direitos nacionais não se estabelecer qualquer relação implicativa de validade. Ora, no caso sob tratamento no texto, a sintonia entre a não vigência e a inaplicabilidade *erga omnes* explica-se, precisamente, pelo facto de haver uma «razão de validade» (consubstanciada na pronúncia do TJ), a qual não enfrenta nenhum problema de horizontalidade, pelo simples facto de estar apenas em causa um ato de Direito da União e de, em relação a eles, o poder *dispositivo* do TJ ser pleno (e até, como se sabe), exclusivo. Nestes termos, o sentido último a retirar das declarações de invalidade em sede de questões prejudiciais só poderá ser o da remoção da norma ou normas sindicadas do ordenamento da União, com o que não se pode aceitar a afirmação da manutenção de vigência de tais normas, salvo se por «vigência» se entender o facto de tais normas ainda se encontrarem formalmente fixadas no documento oficial que as originou. A exploração detida do ponto exigiria considerações amplas (ligadas às relações entre os conceitos de «vigência», «validade», «eficácia» e «aplicabilidade») que escapam à economia do texto. Para os seus circunscritos efeitos, basta admitir uma convencional separação entre «vigência formal» e «vigência material»: é precisamente esta última que falta a normas declaradas inválidas pelo TJ, sendo esta a razão que leva à impossibilidade de as mesmas se tomarem por «vigentes».

<sup>92</sup> Aliás, foi o próprio TJ que, no Comunicado de Imprensa relativo ao Acórdão *DRI*, viria a notar que «esta decisão vincula também os outros órgãos jurisdicionais aos quais seja submetido um problema semelhante», em palavras cuja inspiração parece ser, precisamente, a terminologia cunhada no Acórdão *International Chemical Corporation*.

<sup>93</sup> Novamente para o confronto das diferentes teses em presença, acabando por concluir que «os efeitos temporais da declaração de invalidade devem produzir-se somente a partir do momento em que os sujeitos de direito têm possibilidade de tomar conhecimento de que o ato é inválido», que «a declaração de invalidade só produzirá efeitos para o futuro, aplicando-se desde logo ao processo principal, pois a sentença do tribunal nacional será forçosamente posterior à declaração de invalidade» e que, em síntese, «os efeitos temporais da declaração de invalidade terão que ser efeitos *ex tunc*, limitados, contudo, ao momento da propositura das diversas ações cujos processos ainda se encontram pendentes nos tribunais nacionais e não ao momento da entrada em vigor do ato agora invalidado», cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Efeitos...* cit., pp. 126 e ss. e, esp.<sup>te</sup>, pp. 146 e ss.

<sup>94</sup> Cf. o ponto VI (parágrafos 154 a 158) das suas conclusões, no qual notou que «nos casos em que a declaração da invalidade de um ato da União se baseia numa violação de direitos fundamentais, a ponderação dos diferentes interesses em presença deve ser objeto de uma avaliação muito atenta. No caso em apreciação, ou até mesmo a urgência da cessação da restrição aos direitos fundamentais

declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE, limitando-se a «declará-la inválida». No entanto, numa *subtil* nota de rodapé acrescentada ao Comunicado de Imprensa através do qual deu conta da prolação do Acórdão *DRI*, fez-se notar que «na medida em que o Tribunal não limitou os efeitos do seu acórdão no tempo, a declaração de invalidade produz efeitos a partir do momento da data de entrada em vigor da diretiva»<sup>95</sup>, com o que, no entanto, se limitou a *declarar* aquilo que resulta da estrutura das sentenças do TJ neste tipo de processos: por definição, possuem eficácia *ex tunc*, salvo se o contrário for expressamente determinado<sup>96</sup>.

A linearidade desta afirmação merece, no entanto, ser ponderada a partir do momento em que se considere a circunstância de estar em causa uma Diretiva cujas medidas nacionais de transposição já se encontravam, desde há muito, em vigor. É que uma extensão *global* da retroatividade da declaração do TJ equivaleria por dizer que, desde 4 de maio de 2006 (data de entrada em vigor da Diretiva)<sup>97</sup>, qualquer solução nacional que, tal qual a Diretiva, permitisse às autoridades nacionais o recurso *ilimitado* a dados de tráfego, seria, também ela, contrária ao Direito da União Europeia, sendo certo que, antes do Acórdão do TJ e a partir daquele mesmo dia 4 de maio de 2006, os Estados-Membros se

em causa não é questionável. Por um lado, as invalidades constatadas têm uma natureza especial. Além disso, a Diretiva 2006/24 é inválida devido à inexistência de um enquadramento suficiente das garantias que regulam o acesso aos dados recolhidos e conservados e a sua exploração, a qual pode, todavia, ser corrigida no âmbito das medidas de transposição adotadas pelos Estados-Membros. Por outro lado, os Estados-Membros exerceram, de maneira geral, conforme resulta dos elementos fornecidos ao Tribunal de Justiça, as suas competências com moderação no que respeita à duração máxima da conservação dos dados.» Pelo que «nestas circunstâncias, é necessário suspender os efeitos da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24, até que o legislador da União tome as medidas necessárias para sanar a invalidade declarada, esclarecendo-se que estas medidas devem ser adotadas num prazo razoável».

<sup>95</sup> Cf. o Comunicado de Imprensa n.º 54/14, de 8 de abril de 2014, disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cp140054pt.pdf>.

<sup>96</sup> Cf., precisamente neste sentido, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...* cit., p. 484. Em sentido sensivelmente diverso, considerando que, em homenagem à garantia das relações jurídicas já constituídas, a *retroatividade* de acórdãos prejudiciais de invalidade apenas operaria perante casos jurisdicionais *pendentes* à data da prolação do acórdão do TJ, cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Efeitos...* cit., pp. 154-155. A A. admite, no entanto, e em função da autonomia específica da ação de responsabilidade civil, que a declaração de invalidade possa *fundar* um pedido indemnizatório contra a União: «um ato pode ser invalidado somente a partir dum dado momento, mas na ação de responsabilidade extracontratual ser considerado como fonte geradora de responsabilidade civil a partir do momento anterior a essa declaração» (p. 158).

<sup>97</sup> Cf. o artigo 16.º da Diretiva 2006/24/CE.

encontravam *obrigados* à sua transposição<sup>98</sup>. Em toda a sua extensão, este raciocínio colocaria em causa quase uma década de aplicação de legislações nacionais de transposição, no que, como se compreende, a segurança jurídica resultaria significativamente afetada.

VI. Não oferece dúvidas a premissa segundo a qual as declarações de invalidade extraídas em sede de questões prejudiciais possuem, em geral, efeitos *ex tunc*<sup>99</sup>. Por sua vez, e à semelhança do que se verifica em relação ao artigo 266.º, pacífica é também a possibilidade de, em questões prejudiciais, fazer aplicar o §2.º do artigo 264.º do TFUE<sup>100</sup>, disposição que, no recurso de anulação, permite ao TJ «indica[r], quando o considere necessário, quais os efeitos do ato anulado que se devem considerar subsistentes», o que equivale por admitir que o TJ venha a (i) determinar que os efeitos só se produzam após a prolação do Acórdão, (ii) determinar que os efeitos *anulatórios* só se produzirão após a superveniência de legislação europeia que substitua a julgada desconforme pelo TJ<sup>101</sup> ou (iii) tal como ocorreu no caso *Kadi* (processos apensos C-402/05 e C-415/05, de 3 de setembro de 2008), determinar um prazo durante o qual os atos julgados desconformes permaneceriam ainda em vigor. Por fim, é também clara a circunstância de tal restrição apenas ocorrer nos casos *excepcionais* em que o TJ assim o determine, pelo que, nada se determinando – tal como se verificou, precisamente, no Acórdão *DRI* –, vale a regra geral da retroatividade incondicionada<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> Identificando o problema, ainda que não diretamente em relação a atos nacionais de transposição de Diretivas, cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Efeitos... cit.*, p. 133, quando, ao contestar a adoção de uma tese *absoluta* quanto à atribuição de efeitos *ex tunc* aos acórdãos prejudiciais de invalidade, sublinha que «seria chocante a situação de o ato inválido ter implicado a tomada de medidas de execução por parte das decisões nacionais, que seriam também invalidadas retroativamente, podendo acarretar obrigações para estas entidades».

<sup>99</sup> Cf., *v.g.*, os Acórdãos *Salumi* (C-66/79, C-127/79 e 128/79, apensos, de 27 de março de 1980); *Express dairy foods* (C-130/79, de 12 de junho de 1980); *Roquette frères* (C-145/79, de 15 de outubro de 1980); *Athináiki Zythopoiia* (C-249/99, de 4 de outubro de 2001); *Bidar* (C-209/03, de 15 de março de 2005) e *Meilicke* (C-292/04, de 6 de março de 2007). Lendo a jurisprudência da época no sentido de que «a defesa da tese dos efeitos *ex tunc* pelo TJ é efetuada de modo muito brando, admitindo bastantes desvios» e adotando a posição *intermédia* já identificada *supra*, nota n.º 94, cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Efeitos... cit.*, pp. 137 e ss.

<sup>100</sup> Cf., precisamente no sentido de aplicar analogicamente a possibilidade de restrição de efeitos em questões prejudiciais, *v.g.*, os Acórdãos *Silos* (C-228/99, de 8 de novembro de 2001) e *Regie Networks* (C-333/07, de 22 de dezembro de 2008).

<sup>101</sup> Tal como proposto pelo Advogado-Geral no presente caso.

<sup>102</sup> Em sentido algo diverso, afirmando que «quando o acórdão declarar a *invalidade*, ele produzirá efeitos retroativos apenas no processo principal em que a questão foi suscitada, por respeito pelo princípio da segurança jurídica», cf. FAUSTO DE QUADROS, *Direito... cit.*, p. 611. Esta é, no

VII. Estas certezas não atingem, no entanto, o verdadeiro problema que se coloca perante a invalidade *ex tunc* de uma Diretiva.

Com efeito, a verdadeira *extensão* dos efeitos da declaração retroativa da Diretiva 2006/24/CE pelo Acórdão *DRI* apenas se compreenderá a partir do momento em que se considerem os seus efeitos sobre as legislações nacionais. Na verdade, ao nível da União, o facto de a declaração de invalidade produzir efeitos *ex tunc* (como acabou por resultar do Acórdão) ou *ex nunc* (como proposto pelo Advogado-Geral) é relativamente inconsequente: é que, por definição, a Diretiva tem por destinatários os Estados-Membros<sup>103</sup>, servindo como instrumento de *harmonização* de legislações. Nestes termos, os «efeitos» (isto é, as situações *materiais* produzidas com aplicação das soluções jurídicas adotadas na Diretiva/legislações nacionais) da Diretiva serão, na parte que mais interessa, efeitos *nacionais*, no sentido de virem a ser produzidos nos e através dos ordenamentos dos Estados-Membros.

Ora, é precisamente a respeito dos efeitos da declaração de invalidade no Acórdão *DRI* em relação às medidas (legislativas) nacionais de transposição que se colocam as questões mais complexas. Isto apesar de, em geral, as observações a este respeito se terem saldado por uma genérica afirmação de que «as legislações nacionais se mantêm em vigor»<sup>104</sup>, impondo-se, em qualquer caso, a sua revisão em conformidade e nos limites do juízo *de fundo* alcançado pelo TJ.

entanto, uma asserção que (i) por um lado, não tem qualquer base nos Tratados; (ii) por outro lado, dificilmente se coaduna com a lição do já referido Acórdão *International Chemical Corporation*, do qual se retira que os efeitos de uma questão prejudicial de validade valem *erga omnes*, premissa que parece implicar a consequência de que a decisão do TJ não pode valer com *uns* efeitos para uns e com *outros* efeitos para outros Tribunais nacionais, sob pena de se comprometerem as razões de aplicação uniforme que estiveram subjacentes a este Acórdão.

<sup>103</sup> Cf. o §3.º do artigo 288.º do TFUE. A afirmação não afasta, no entanto, a possibilidade de também particulares poderem ser considerados destinatários de uma Diretiva e, bem assim, de particulares poderem reclamar o seu «efeito direto». Cf., sobre estas questões, *v.g.*, SACHA PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 55 e ss. e 72 e ss.

<sup>104</sup> Esta é, desde logo, a conclusão da *Legal Opinion* solicitada pela Comissão de Liberdades Cívicas, Justiça e Assuntos Internos do Parlamento Europeu aos Serviços Jurídicos do Parlamento a 27 de outubro de 2014 e emitida a 22 de dezembro do mesmo ano (e cuja versão integral pode ser consultada a partir de [https://netzpolitik.org/wp-upload/2014-12-22\\_SJ-0890-14\\_Legal\\_opinion.pdf](https://netzpolitik.org/wp-upload/2014-12-22_SJ-0890-14_Legal_opinion.pdf)): «the *DRI* judgement is limited to declaring the invalidity of the data retention Directive, so it does not directly affect the validity of the national measures adopted to implement this Directive» (p. 26). No mesmo sentido vai o já citado relatório de FRANZISKA BOEHM/MARK COLE, «Data Retention ...»: «the declaration of invalidity of the EU act does not have a direct impact on national law which is why it remains valid until concrete steps for amendment or revocation by the national legislatures are taken or a court rules on the validity of its applicability» (p. 49). Igualmente neste sentido, *v.g.*, GIUSEPPE VACIAGO, «The Invalidation...», *cit.*, p. 67.

Não parece, no entanto, que as consequências do Acórdão se bastem com esta obrigação de alteração da legislação atual na medida e em cumprimento dos fundamentos do juízo do TJ. É que, até ao momento em que tal ocorra, há que apurar quais os efeitos da pronúncia do Acórdão *DRI* sobre a aplicabilidade das medidas nacionais de transposição da Diretiva 2006/24/CE.

VIII. Rigorosamente, a conclusão de que as legislações nacionais de transposição da Diretiva 2006/24/CE se mantêm em vigor representa um truísmo: como é sabido, o TJUE não é competente para apreciar a *validade* de atos dos Estados-Membros, mesmo que tais atos *resultem*, em maior ou menor medida, da «aplicação» do Direito da União Europeia ou estejam *funcionalmente* ligados a estes<sup>105</sup>, pelo simples facto de que o *fundamento* de atos nacionais nunca é o Direito da União Europeia, cuja regra do primado é, como se sabe, apenas uma regra de conflitos *de aplicabilidade* e não uma regra de conflitos *de validade*<sup>106</sup>. Nestes termos, nem mesmo a respeito de atos de transposição de Diretivas cabe falar num qualquer efeito *delegativo* do qual se retirasse uma dependência funcional entre os dois atos: a competência para aprovar medidas nacionais de transposição pertence, originariamente, aos Estados-Membros, embora, por efeito da Diretiva, essa competência seja de exercício (formal e materialmente) vinculado<sup>107</sup>. Neste sentido, «é seguro assumir que, como princípio geral, as consequências, para a legislação nacional, da invalidade de uma Diretiva, deverão ser determinadas pelos tribunais e legisladores nacionais»<sup>108</sup>. Esta premissa não afasta, porém, que, na sequência de uma declaração de invalidade de uma Diretiva, «o estatuto das disposições nacionais de transposição po[ssa] ser incerto»<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Cf., por exemplo, os Acórdãos (tirados em sede de recurso de anulação) *Borelli* (C-97/91, de 3 de dezembro de 1992) e *Messina* (T-67/02, de 17 de setembro de 2003).

<sup>106</sup> Cf., entre tantos, PAUL CRAIG/GRAÍNNE DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, 5.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 264-265;

<sup>107</sup> Ainda que, naturalmente, nenhum grau de vinculação exista quanto aos *meios* de transposição da parte dos Estados-Membros. Cf., sobre isto, SACHA PRECHAL, *Directives...* cit., pp. 16 e ss.

<sup>108</sup> Cf. THOMAS VANDAMME, *The Invalid...* cit., pp. 143 e 154 (cf., aliás, todo o capítulo III da obra [pp. 113-155], destinado a demonstrar a inexistência de uma «the *per se* rule», isto é, uma regra de implicação necessária entre a invalidade de uma Diretiva e a invalidade de atos nacionais de transposição).

<sup>109</sup> O trecho corresponde a palavras do Advogado-Geral JACOBS, nas conclusões (cf., em especial, o parágrafo 47) oferecidas no caso *Parlamento e Comissão c. Conselho* (C-295/90, de 7 de julho), no qual, precisamente com base no artigo 264.º do TFUE, o Tribunal, apesar de (em sede de recurso de anulação) ter anulado a Diretiva 90/366/CEE do Conselho, de 28 de junho de 1990, viria a determinar que «os efeitos da diretiva anulada mantêm-se até à entrada em vigor de uma diretiva adotada com a base jurídica adequada».

IX. Na verdade, a não existência de qualquer relação de implicação necessária entre a invalidade de uma Diretiva e o estatuto de validade dos atos nacionais de transposição não elimina a circunstância de também estes últimos se poderem revelar contrários às normas de Direito da União Europeia que determinaram o juízo de invalidade da Diretiva, situação que depende, naturalmente, do facto de aquelas normas também terem como destinatários os Estados-Membros<sup>110</sup>, isto é, se estiver em causa uma «*double addressing norm*»<sup>111</sup>. Nessas hipóteses, sublinhe-se, a afetação do ato nacional não resulta da circunstância de a Diretiva ter sido declarada inválida, mas antes da circunstância de, tal qual a Diretiva, o ato nacional também se poder revelar contrário às normas de Direito da União Europeia cuja ofensa ditou a invalidade da Diretiva. Tal não ocorre se, como aconteceu em todos os casos em que, até agora, o TJ declarou (em sede de recurso de anulação ou perante questões prejudiciais) a invalidade da Diretiva, esta invalidade estiver relacionada com um vício orgânico, competencial ou formal. Mas acontecerá, quase por definição, sempre que a razão da invalidade da Diretiva for de ordem substancial.

É precisamente aqui que reside, sob a perspetiva dos efeitos dos acórdãos prejudiciais de validade, a verdadeira novidade do Acórdão *DRI*: como se notou *supra*, o juízo de invalidade do TJ baseou-se na constatação de que, ao impor aos Estados-Membros a adoção de medidas que garantissem, no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas, a conservação de dados de tráfego de todos os assinantes por um período não inferior a seis meses, a Diretiva 2006/24/CE violava de forma ilegítima (desproporcional), os direitos ao respeito pela vida privada e à proteção de dados pessoais tal como garantidos nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE.

Neste sentido, a questão que fundamentalmente se coloca é a de saber se os Estados-Membros (ou, mais rigorosamente, se a legislação nacional relativa à conservação de dados de tráfego) estão ou não vinculados àqueles direitos fundamentais e, bem assim, ao princípio da proporcionalidade que mediou o juízo de ilegitimidade formulado pelo TJ.

X. Convém notar que a pergunta que agora se coloca não se confunde com outra, atinente em saber se as legislações nacionais de transposição podem ou não ser declaradas inconstitucionais por violação de direitos fundamentais (con-

<sup>110</sup> Assinalando precisamente esta hipótese, mesmo antes de, pela primeira vez, o TJ ter vindo a declarar a invalidade de uma Diretiva (o que apenas viria a ocorrer, em sede de recurso de anulação, em 1988), cf. ALEX EASSON, «EEC Directives for the Harmonisation of Laws: Some problems of validity, implementation and legal effects», *Yearbook of European Law*, vol. I (1981), pp. 25-26.

<sup>111</sup> Cf. THOMAS VANDAMME, *The Invalid...* cit., pp. 165-166 e 177.

sagrados nas respetivas legislações nacionais) próximos dos previstos nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE. Quanto a esta, a resposta é naturalmente afirmativa e, de resto, tal cenário já se verificou, antes e depois do Acórdão *DRI*<sup>112</sup>.

O que é preciso esclarecer é, antes, se tais legislações nacionais de transposição poderão ser confrontadas diretamente com a CDFUE, isto é, se as normas da Carta se revelam como parâmetros em relação às disposições nacionais sobre conservação de dados de tráfego para o efeito de, quanto a estas, poder ser formulado um juízo de contrariedade com o Direito da União Europeia determinativo da sua inaplicabilidade<sup>113</sup>.

A este respeito, convém recordar que, para além das instituições, órgãos e organismos da União, a CDFUE tem por destinatários os Estados-Membros, mas «apenas quando apliquem o direito da União»<sup>114</sup>. Neste sentido, não oferecendo dúvidas que as legislações nacionais de transposição da Diretiva 2006/24/CE foram aprovadas *em aplicação*<sup>115</sup> do Direito da União, impõe-se a

<sup>112</sup> Com efeito, às decisões de inconstitucionalidade acima referidas, seguiram-se outras após a declaração de invalidade da Diretiva, designadamente na Áustria, Roménia e Eslovénia.

<sup>113</sup> Precisamente no sentido de que, no mínimo, a invalidade de uma Diretiva poderá significar que as legislações nacionais de transposição poderão tornar-se inaplicáveis por aplicação da regra do primado, cf. THOMAS VANDAMME, *The Invalid...* cit., p. 133. Num sentido algo equívoco, começando por notar que o estatuto das legislações nacionais de transposição é «juridicamente dúbio» após o Acórdão *DRI*, mas concluindo, adiante, que os tribunais nacionais poderão invalidar os atos nacionais por violação da Carta, cf. XAVIER TRACOL, «Legislative genesis...» cit., p. 744. Não é assim: é certo que, como assume o A., as legislações nacionais poderão ser alvo do mesmo juízo de contrariedade de que foi alvo a Diretiva 2006/24/CE, se e na medida em que o seu conteúdo também contenda com a *ratio* do Acórdão *DRI*. No entanto, a conclusão deste juízo nunca será a «invalidade» dos atos nacionais, mas sim a sua inaplicabilidade. Registe-se que no texto não se discutirá o significado e a correção científica do efeito «inaplicável» por contrariedade ao Direito da União Europeia. Assume-se o conceito *pragmático* que resulta da jurisprudência do TJ, sendo certo que, em rigorosos termos, o facto de (i) estar em causa uma situação de não produtividade de efeitos (ii) motivada pela contrariedade a uma outra norma parece ter que levar, conceptualmente, a uma consequência de «invalidade», isto independentemente da estrutura, hierárquica, ou não, que se queira estabelecer entre o Direito da União Europeia e os Direitos nacionais.

<sup>114</sup> Cf. o n.º 1 do artigo 51.º da CDFUE.

<sup>115</sup> Registe-se que expressão portuguesa «aplicar Direito da União Europeia» não pode ser lida no sentido (restritivo) de «executar um ato de Direito da União Europeia» (*v.g.*, um Regulamento), mas sim no sentido mais amplo de «agir no âmbito do Direito da União» ou «implementar» o Direito da União Europeia. É o que se retira (i) por um lado, do confronto da CDFUE em diversas línguas, em cujo artigo 51.º assume, precisamente, esse sentido mais lato (em língua inglesa, a expressão utilizada é «when they are *implementing* Union Law»; em alemão «bei der *Durchführung* des Rechts der Union»; em francês, «lorsqu'ils *mettent en œuvre* le droit de l'Union»; em italiano, «nell'attuazione del diritto dell'Unione»); (ii) por outro lado, da Anotação *ad* artigo 51.º das *Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais* (2007/C 303/02), em cujos termos «no que respeita aos Estados-Membros, resulta sem ambiguidade da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a

conclusão de que essas medidas legislativas de transposição merecem ser confrontadas com a CDFUE, em especial com os seus artigos 7.º, 8.º e n.º 1 do artigo 52.º e, bem assim, com a interpretação que destes foi feita pelo TJ no Acórdão *DRI*. O mesmo é dizer que o conteúdo das disposições nacionais de transposição *poderá* ser, tal qual o é a Diretiva 2006/24/CE, contrário ao Direito da União Europeia<sup>116</sup>, sendo certo que:

obrigação de respeitar os direitos fundamentais definidos no quadro da União se impõe aos Estados-Membros quando estes *agem no âmbito do direito da União*». Precisamente no sentido de que «basta que a atuação do Estado-Membro entre no (ou interfira com o) âmbito de aplicação do direito da União Europeia para que contra ela se possa invocar o padrão de jusfundamentalidade europeu» e de que «resulta da jurisprudência assente do TJUE que somente a atividade do Estado membro relativa a matérias estranhas às competências e ao direito da União resulta afastada da jurisdição daquele Tribunal no domínio dos direitos fundamentais. Ao optar pela expressão aparentemente minimalista “apenas quando apliquem o direito da União”, o legislador não ignorava que mais de metade das normas que regulam o nosso quotidiano integram o âmbito de aplicação do direito da União, não sendo propriamente difícil encontrar umnexo relevante com tal direito», cf. ALESSANDRA SILVEIRA, «sub artigo 52.º», in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (COORD. ALESSANDRA SILVEIRA/MARIANA CANOTILHO), Coimbra: Almedina, 2013, p. 580. Precisamente no sentido de incluir na previsão do n.º 1 do artigo 52.º da CDFUE as hipóteses de transposição de Diretivas, cf. VITAL MOREIRA, «Introdução à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia», in “*Respublica*” *Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 181.

<sup>116</sup> Não se diga, por fim, que o facto de, com o Acórdão *DRI*, a Diretiva 2006/24/CE ter sido removida do ordenamento com efeitos retroativos implica que as legislações nacionais de transposição já não sejam, afinal, medidas de transposição, por inexistência de ato «a transpor». Por um lado, tratar-se-ia de um juízo puramente formal e que descontaria o dado ontológico de que tais medidas foram, na altura da sua aprovação, o resultado da (então devida) aplicação da Diretiva 2006/24/CE. Neste sentido, o facto de esta Diretiva não ter *existido* no plano jurídico, em virtude da declaração de invalidade retroativa (isto se se admitir, como se fez no texto, que é este o efeito de uma declaração de invalidade tirada em sede de questões prejudiciais) não apaga a circunstância de ela ter, *no plano dos factos*, existido. Por outro lado, e mesmo que assim não seja, não deve esquecer-se que o Acórdão *DRI* não teve por efeito anular a Diretiva 2002/58/CE, cujo n.º 1 do artigo 15.º previa já a possibilidade genérica de conservação de dados de tráfego por um período limitado para efeito de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações criminais graves, ainda que tal possibilidade apenas fosse admitida a título excepcional, como acima se deu conta. Neste último sentido, seria cabível a afirmação de que ocorreu uma espécie de «novação» quanto à base de transposição dos atos de Direito nacional, que passaria a ser agora aquele artigo 15.º e não já a (materialmente inexistente) Diretiva 2006/24/CE. Precisamente neste sentido, concluindo, em iguais termos, que as medidas nacionais mantêm o seu estatuto de atos de aplicação do Direito da União e que, por essa razão, contra elas poderão ser invocadas as mesmíssimas considerações que determinaram a invalidade da Diretiva 2006/24/CE, cf. a *Legal Opinion* solicitada pelo Parlamento Europeu, já citada *supra*, nota 97: «ainda que, na sequência do Acórdão *DRI*, a Diretiva de conservação de dados não seja mais aplicável, as respetivas medidas nacionais de transposição caem agora no âmbito do artigo 15.º da Diretiva *e-privacy* e têm que cumprir os requisitos estabelecidos

- (i) Em primeiro lugar, tal contrariedade é um dado puramente contingente, isto é, apenas aferível caso a caso, exigindo-se por isso verificar se as concretas disposições nacionais *respondem* ou não às razões que sustentaram o juízo do TJ no Acórdão *DRI*;
- (ii) Em segundo lugar, tal contrariedade não poderá ser aferida pelo TJ (o qual, como é sabido, não detém competência para avaliar a conformidade de atos internos), mas sim pelos tribunais nacionais, na sua missão de órgãos aplicadores e garantidores da CDFUE<sup>117</sup>;
- (iii) Em terceiro lugar, se nesse processo se achar pertinente, podem os tribunais nacionais voltar a colocar ao TJ questões prejudiciais (de validade ou de interpretação) relativas à Diretiva 2006/24/CE;
- (iv) Em quarto lugar, tal relação de contrariedade nunca implicará, sob o estrito ponto de vista da União, a *invalidade* dos atos nacionais de transposição, mas antes a sua *inaplicabilidade*, por força da regra do primado;

nesta disposição. Consequentemente, estas regras nacionais encontram-se a aplicar o Direito da União Europeia, o que implica a aplicabilidade da Carta. Neste sentido, o Acórdão *DRI* poderá, em princípio, ter consequências indiretas sobre as legislações nacionais, tendo em conta que os mesmos argumentos baseados na Carta podem ser invocados para arguir igualmente a validade dos atos nacionais». Note-se, no entanto, que este *regresso* à Diretiva 2002/58/CE não implica que as medidas nacionais de transposição se revelem agora *sanadas*, tão pouco que aquele artigo 15.º não mereça ser lido *em conformidade* com o que ditou o Acórdão *DRI*. É precisamente isso que acontece: aos limites genéricos que já se estabeleciam em tal artigo (exigência de se tratar de uma «medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional, a defesa, a segurança pública e a prevenção, investigação, a deteção e a repressão de infrações penais»), acrescem agora os limites concretos fundados no juízo de proporcionalidade efetuado pelo TJ e que passam, essencialmente, pela exigência de se estabelecerem rigorosos critérios objetivos, subjetivos e temporais que balizem a conservação dos dados. Neste sentido, bem pode dizer-se, o artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE encontra-se, atualmente, *modificado em conformidade*. Por esta razão, não pode tomar-se como correto o entendimento da Comissão no *Memo* 14/269, de 8 de abril de 2014, precisamente dedicado a esclarecer FAQ's sobre a Diretiva 2006/24/CE após o Acórdão *DRI*, e em cujos termos se assinalou, quanto à pergunta «[o] que acontecer[á] à legislação nacional após a decisão do Tribunal» que «a legislação nacional precisa de ser modificada apenas em relação a aspetos que se tenham revelado contrários ao Direito da União Europeia após a decisão do TJ. Para além disso, a pronúncia de invalidade da Diretiva não elimina a possibilidade de os Estados-Membros *obrigarem* à conservação dos dados ao abrigo da Diretiva e-Privacy (2002/58/CE)». É que, como se vê, os dois segmentos do texto são contraditórios se ao segundo não se adicionar o esclarecimento que resulta do texto e desta nota, ou seja, o de que a *possibilidade* de prever legislação nacional sobre conservação de dados de tráfego ao abrigo da Diretiva 2002/58/CE *também só se mantém na medida e com os limites do julgamento do Tribunal*.

<sup>117</sup> Precisamente no sentido de que «também os tribunais nacionais têm o dever de apreciar a conformidade dos atos internos dos Estados membros com a CDFUE, nas questões que envolvam aplicação do direito da UE por parte das autoridades nacionais», cf. VITAL MOREIRA, «Introdução...» cit., p. 187.

- (v) Em quinto lugar, e não obstante o ponto anterior, o certo é que a mais do que provável comunhão de conteúdos das Constituições nacionais com os artigos 7.º e 8.º da CDFUE poderá determinar, também, um juízo de inconstitucionalidade daqueles atos de transposição, juízo que, dependendo do contexto em que seja formulado, poderá determinar a *invalidade* (contextual ou estrutural) de algumas das suas normas.

XI. Em qualquer caso, e como vem sendo notado, o desfecho (politicamente) provável das legislações nacionais de transposição da Diretiva 2006/24/CE que ainda não foram alvo de revogação, substituição ou anulação jurisdicional será o de, em conformidade com o que vier a ser regulado na (aguardada) futura Diretiva sobre a matéria<sup>118</sup>, virem a ser parcial ou totalmente substituídas. Em qualquer caso, esta circunstância não afasta o facto de, até lá, e na medida em que tais disposições nacionais integrem normas que correspondam ao juízo de invalidade tal qual conformado pelo TJ no Acórdão *DRI*, as mesmas se revelarem contrárias do Direito da União Europeia, contrariedade que, só por si, impele as autoridades nacionais a agir em conformidade, isto é, a modificar ou substituir tais normas em sentido convergente com a *ratio decidendi* do TJ<sup>119</sup>.

<sup>118</sup> Cf., em qualquer caso, os desenvolvimentos posteriores de que se dá conta na nota de rodapé n.º 139.

<sup>119</sup> Teoricamente, pode colocar-se a questão de saber se, perante tal situação de contrariedade, os Estados-Membros poderão ser alvo de um processo de incumprimento ao abrigo dos artigos 258.º e 260.º do TFUE, e, por consequência, ver-lhe eventualmente impostas sanções pecuniárias compulsórias. Abstratamente, nada obsta a que tal ocorra, na medida em que, após 8 de abril de 2014, o Direito da União Europeia dita que a conservação de dados de tráfego de forma *ilimitada* (isto é, em relação a todos os assinantes e sem critérios objetivos que matizem) é uma realidade contrária ao Direito da União, pelo que qualquer Estado-Membro cuja legislação incorra em tal hipótese é, para os efeitos de processo por incumprimento, um Estado que «não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados». Em todo o caso, e sob um ponto de vista estritamente político (o qual, aliás, tem guiado a Comissão para efeitos de desencadear processos por incumprimento, atenta a ampla margem de «discricionariedade» que, sobretudo desde o caso *Star Fruit* [C-247/87, de 14 de fevereiro de 1989], lhe é reconhecida nesta matéria), não é minimamente provável que venha a acontecer, desde logo pela circunstância de a própria União não ter ela própria procedido à remoção *formal* da Diretiva 2006/24/CE. Ainda assim, e mesmo que, por mais remota que seja a hipótese, tal venha a ocorrer, parece aqui residir um bom caso para testar as (até agora nunca admitidas) exceções de não cumprimento e de ausência de culpa em sede de processos de incumprimento: é que, para todos os efeitos, a legislação nacional de transposição *só* existe em função e por causa de um ato de Direito da União Europeia que assim o impôs e que, de mais a mais, não foi sequer *formalmente* removido do ordenamento da União.

XII. Conjugando os vários níveis de efeitos analisados (*materiais, temporais e verticais*), fica agora mais claro o verdadeiro alcance do Acórdão *DRI*:

- (i) No contexto *interno* da União, a declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE determina, em termos práticos, a sua remoção do ordenamento ou, se se preferir, a sua inaplicabilidade conjugada com a obrigação de o Parlamento Europeu e o Conselho procederem à sua remoção ou substituição;
- (ii) Trata-se, em qualquer caso, de um efeito que possui eficácia *ex tunc*, ainda que, verdadeiramente, a consideração deste aspeto se revele algo inconsequente, na medida em que, por se tratar de uma Diretiva, os efeitos já produzidos ao seu abrigo serem, afinal, os efeitos produzidos pelas legislações nacionais de transposição;
- (iii) Em relação a estas, e apesar de, no plano interno dos Estados-Membros, permanecerem totalmente vigentes, poderá recair sobre as normas nacionais de transposição da Diretiva 2006/24/CE um juízo de contrariedade ao Direito da União Europeia sempre que, no confronto com o juízo do TJ, se revelem as mesmas deficiências atinentes à violação dos direitos de proteção da intimidade da vida privada, dos dados pessoais e, bem assim, do juízo de proporcionalidade que os mediou;
- (iv) Tal juízo de contrariedade não valerá, no entanto, com efeitos *ex tunc*: é que, como se demonstrou, não cabe qualquer relação de implicação entre a invalidade de uma Diretiva e a consequente invalidade dos atos nacionais de transposição, pelo que, para todos os efeitos, um juízo de contrariedade das disposições nacionais de transposição à luz da CDFUE só possa tomar como termo *a quo* o dia 8 de abril de 2014, data em que o Direito da União Europeia passou a dispor que a conservação *ilimitada* de dados de tráfego configura uma situação de desconformidade. Até lá, recorde-se, o mesmo Direito da União Europeia ditava, por efeito da Diretiva 2006/24/CE, precisamente o contrário.

XIII. Este último ponto (a limitação temporal do juízo de contrariedade das medidas nacionais de transposição) revela-se significativamente importante. Em teoria, poderia pensar-se que a ilimitação temporal se aplicaria, sem mais, à inaplicabilidade dos atos nacionais, o que implicaria que tudo quanto se tivesse produzido ao seu abrigo fosse contrário e, por isso mesmo, devesse ser revisto/destruído retroativamente. A hipótese mais impressiva de aplicação desta orientação residiria, bem se vê, em decisões judiciais nacionais já transitadas em julgado fundadas em processos nos quais houvesse sido produzida prova recolhida

precisamente ao abrigo do regime de conservação de dados habilitado pela Diretiva 2006/24/CE. Nessa altura, e num cenário extremo, tais processos deveriam ser reabertos e novamente julgados, mas já sem a prova (agora) ilegal, num cenário que, como se sabe, teria até algum paralelo com os casos, cada vez mais frequentes, nos quais se admite que exigências provindas do Direito da União Europeia possam afetar a estabilidade dos casos julgados nacionais<sup>120</sup>.

Não é assim: precisamente pela inexistência de qualquer regra de comunicabilidade da invalidade da Diretiva para a validade das medidas nacionais de transposição, cabe uma significativa diferença entre o efeito *ex tunc* associado à invalidade de uma Diretiva e a eficácia temporal do juízo de inaplicabilidade das medidas nacionais de transposição. Embora a questão pareça colocar em cima da mesa um cenário aparentemente paradoxal – traduzido na admissão simultânea das proposições (i) a conservação *indiferenciada* de dados de tráfego é, com o Acórdão *DRI e com efeitos retroativos*, contrária do Direito da União Europeia e (ii) a conservação de dados que assim tenha sido feita (a partir de maio de 2006) ao abrigo de legislações nacionais não é contrária ao Direito da União Europeia –, o certo é que a independência estrutural do estatuto de validade das Diretivas e das medidas nacionais de transposição não parece admitir solução inversa. Exigir que tudo quanto houvesse sido julgado ou de outra forma se encontrasse já consolidado ao abrigo das legislações nacionais fosse agora eliminado da ordem jurídica implicaria partir do pressuposto da sua invalidade, pressuposto esse que, como se deu conta, o Direito da União Europeia nega. Noutros termos: a invalidade *ex tunc* da Diretiva 2006/24/CE não importa que o juízo de contrariedade com o Direito da União Europeia em relação às suas medidas de transposição seja, também ele, *ex tunc*: as medidas nacionais de transposição são (se o forem) contrárias ao Direito da União Europeia apenas a partir do momento em que este ordenamento tenha estabelecido os termos em que tal contrariedade pode ser analisada, algo que, no caso da conservação dos dados de tráfego, apenas ocorreu, precisamente, com a prolação do Acórdão *DRI*.

<sup>120</sup> A referência é, naturalmente, aos Acórdãos *Kühne* (C-453/00, de 13 de janeiro), *Luchini* (C-119/05, de 18 de julho de 2007) e toda a extensa jurisprudência do TJ em matéria de obrigação de revogação de atos administrativos nacionais de concessão de auxílios contrários ao Direito da União Europeia, mesmo que tais atos se encontrassem já a coberto da força de caso julgado de acordo com a legislação nacional. Cf., para uma panorâmica geral sobre o tema, por exemplo, RUI LANCEIRO, «A “erosão” dos princípios da autoridade do caso julgado e do caso decidido pelo Direito da União Europeia», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, Coimbra: Coimbra Editora/FDUL, 2012, pp. 459-490.

Por outro lado, mesmo que a este tipo de casos venha a ser associada a doutrina que decorre dos Acórdãos *Kühne* ou, sobretudo, *Lucchini*, certo é que, por estar em causa uma matéria (prevenção e ação penal) que não integra a competência exclusiva da União<sup>121</sup>, vale, precisamente, a doutrina do Acórdão *Kapferer*, em cujos termos «o direito comunitário não obriga um órgão jurisdicional nacional a não aplicar as regras processuais internas que confirmam força de caso julgado a uma decisão, mesmo que isso permitisse reparar uma violação do direito comunitário por parte da decisão em causa»<sup>122</sup>. Doutrina esta que corresponde à síntese da premissa segundo a qual, em geral, e excluindo os casos em que a contrariedade ao Direito da União Europeia se situe em domínios de competências exclusivas da União, tais situações de contrariedade não deverão ter por efeito a destruição de situações consolidadas, *maxime*, sentenças transitadas em julgado. De mais a mais, e admitindo-se que o destino de tais situações não é, em face de uma declaração de invalidade de uma Diretiva com eficácia *ex tunc*, à luz do Direito da União Europeia e da sua relação com os Direitos nacionais, juridicamente unívoco, sempre quedaria por convocar, para a determinação da sua resolução, o princípio da tutela da confiança, o qual, para além de corresponder ao tronco central do Direito da União<sup>123</sup>, se encontra igualmente na base da previsão do artigo 50.º da própria CDFUE, em cujos termos «ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por *sentença transitada em julgado*, nos termos da lei».

Razões pelas quais resta concluir que as situações consolidadas ao abrigo de legislações nacionais de transposição da Diretiva 2006/24/CE não podem ser *revisitadas* com fundamento na contrariedade de tais legislações ao Direito da União Europeia.

XIV. Mais importante do que a consideração destes aspetos em abstrato, interessa, agora, testá-los em concreto: eis ao que, perante o caso português, se destina o § seguinte, o qual servirá como *concretização* final das premissas que, ao longo do texto, se foram estabelecendo.

<sup>121</sup> Cf. o n.º 1 do artigo 19.º do TFUE, *a contrario*.

<sup>122</sup> Acórdão *Kapferer* (C-234/04, de 16 de março de 2006), parágrafo 21. Precisamente no sentido de apartar a validade da doutrina *Lucchini* pela circunstância de, em tal caso, estar em causa uma matéria (concorrência) que integra as competências exclusivas da União, cf. FAUSTO DE QUADROS, *Direito...* cit., pp. 685-686.

<sup>123</sup> Cf., por exemplo, PAUL CRAIG, *EU Administrative Law*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 549 e ss.

### § 3.º **As implicações do Acórdão DRI no contexto português**

#### 3.1. *A Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, perante o juízo do TJ*

I. Num louvável – e, de resto, incomum – exercício de transposição crítica da Diretiva, o legislador português antecipou a generalidade das omissões e insuficiências agora identificadas pelo TJ no texto comunitário e criou um diploma significativamente mais exigente<sup>124</sup>: a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, regulamentada pela Portaria n.º 469/2009, de 6 de maio, que estabelece os termos das condições técnicas e de segurança em que se processa a comunicação eletrónica para efeitos da transmissão de dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas coletivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado<sup>125</sup>.

Recorde-se que, entre os fundamentos apresentados pelo TJ para a declaração de invalidade da Diretiva, encontravam-se (i) a ausência de normas substantivas ou processuais que determinem o critério de acesso aos dados; (ii) a ausência de definição do conceito de “crimes graves”; (iii) a não consagração de reserva de juiz; (iv) a inexistência de garantias de segurança na conservação e transmissão dos dados; (v) a sua aplicação a pessoas sujeitas a segredo profissional; (vi) e a omissão de imposição da conservação dos dados em território da União Europeia.

Ora, ao transpor a Diretiva para o ordenamento jurídico nacional, o legislador português (i) estipulou regras de acesso aos dados, sujeitando-o a critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, a verificar inclusivamente no que respeita à definição das categorias de dados (n.ºs 1 e 4 do artigo 9.º) e limitando-o a um catálogo restrito de titulares dos dados (n.º 3 do artigo 9.º); (ii) definiu o conceito de crimes graves (alínea *g*) do n.º 1 do artigo 2.º); (iii) impôs a precedência de mandado judicial no acesso aos dados, mediante requerimento do Ministério Público ou da autoridade de polícia criminal competente (n.º 2 do artigo 9.º); (iv) estabeleceu particulares deveres de proteção e segurança dos dados, tendo, inclusivamente, criado uma aplicação informática denominada «sistema de acesso ou pedido de dados às operadoras de comunicações» (SAPDOC), por onde o processo de transmissão e acesso aos dados decorre, através de ligação segura, encriptada mediante nome de utilizador e palavra passe, através de obrigação de registo eletrónico dos pedidos de dados enviados, incluindo a indicação de quem procedeu ao envio e da data e hora em que o mesmo ocorreu, bem como dos acessos a ficheiros de resposta, igualmente com

<sup>124</sup> No mesmo sentido, JOÃO CONDE CORREIA, «Prova digital...» cit., p. 38.

<sup>125</sup> Alterada pelas Portarias n.º 915/2009, de 18 de agosto, e n.º 694/2010, de 16 de agosto.

indicação de quem os efetuou e da data e hora de cada acesso (n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 32/2008 e Portaria n.º 469/2009); e (v) sujeitou expressamente a decisão judicial de transmitir os dados ao dever de respeitar o segredo profissional nos termos legalmente previstos, apesar de não evitar a sua conservação (n.º 4 do artigo 9.º). Permaneceria, portanto, por ultrapassar a questão (menor) da inexistência de norma proibitiva da transferência de dados para fora da União Europeia – uma *lacuna* que sempre poderia ser temperada pelo regime do artigo 15.º da Lei n.º 32/2008 e dos artigos 19.º, 20.º e n.º 2 do artigo 15.º da Lei n.º 67/98<sup>126</sup>.

II. Analisados, à luz destas coordenadas, os termos em que a conservação, acesso e transmissão de dados de tráfego se encontram previstos na Lei n.º 32/2008, pareceria que este diploma escaparia aos fundamentos aduzidos pelo TJ para concluir pela contrariedade da Diretiva à CDFUE, e, por isso, a sua aplicação prática poderia permanecer intocada. Não parece ser o caso.

Com efeito, apesar de a conservação de dados estar prevista de forma particularmente exigente e garantística na Lei n.º 32/2008, a verdade é que, ainda assim, esta «abrange, em geral, todas as pessoas que utilizam serviços de comunicações eletrónicas, sem que, no entanto, as pessoas cujos dados são conservados se encontrem, ainda que indiretamente, numa situação suscetível de dar lugar a ações penais. Assim, aplica-se mesmo a pessoas em relação às quais não haja indícios que levem a acreditar que o seu comportamento possa ter umnexo, ainda que indireto ou longínquo, com infrações graves»<sup>127</sup>. Mais: a lei portuguesa «não exige nenhuma relação entre os dados cuja conservação está prevista e uma ameaça para a segurança pública e, designadamente, não se limita a uma conservação nem de dados relativos a um período de tempo e/ou a uma zona geográfica determinada e/ou a um círculo de pessoas determinadas que possam estar implicadas, de uma maneira ou de outra, numa infração grave, nem de dados relativos a pessoas, cuja conservação, por outros motivos, pudesse contribuir para a prevenção, a deteção ou a repressão de infrações graves»<sup>128</sup>. E, por fim, apesar de estabelecer como limite máximo de conservação

<sup>126</sup> Com efeito, como refere PEDRO VERDELHO, «tal como acontece no ordenamento jurídico da União, também no ordenamento jurídico português, este regime particular, dos ilícitos na área da conservação de dados, é conformado de forma subsidiária, tendo como referência as previsões a propósito da tutela penal da protecção de dados pessoais» – cf. PEDRO VERDELHO, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes* (coord. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/JOSÉ BRANCO), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 471.

<sup>127</sup> Cf., precisamente, o parágrafo 59 do Acórdão DRI.

<sup>128</sup> Cf., precisamente, o parágrafo 60 do Acórdão DRI.

um período correspondente a metade do limite máximo previsto na Diretiva, a lei n.º 32/2008 também não especifica «que a determinação do período de conservação deve basear-se em critérios objetivos a fim de garantir que se limita ao estritamente necessário»<sup>129</sup>.

Assim, a Lei n.º 32/2008 não escapa ao principal fundamento aduzido pelo TJ para invalidar a Diretiva. Em rigor, não poderia sequer escapar a este fundamento<sup>130</sup>, uma vez que a censura incide sobre aquele que, em última análise, é o seu objeto: a conservação duradoura e indiscriminada de dados de quase todos os indivíduos que se encontrem, neste caso, em território português.

Quais as consequências *práticas* a retirar desta incompatibilidade da lei nacional? Eis ao que, derradeiramente, cabe oferecer resposta

### **3.2. O estatuto atual da obrigação de conservação e transmissão de dados ao abrigo da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho: consequências práticas do Acórdão DRI**

I. As premissas anteriores permitem que, no momento de extrair as conclusões práticas quanto à conservação de dados de tráfego em Portugal após o acórdão *DRI*, se ofereçam respostas bem definidas, as quais se situarão em três diferentes planos.

#### **(i) Poderão ou deverão os operadores de comunicações móveis recusar-se à conservação dos dados de tráfego por um período superior ao necessário para efeitos de faturação?**

II. A primeira questão reconduz-se, no essencial, à dúvida sobre se, a partir do dia 8 de maio de 2014, podem ou devem os operadores de comunicações móveis recusar-se a aplicar os artigos 4.º a 6.º e, bem assim, o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, dos quais resultam a obrigação de conservação de dados de tráfego (sem qualquer restrição subjetiva) e a obrigação da sua trans-

<sup>129</sup> Cf., precisamente, o parágrafo 64 do Acórdão *DRI*.

<sup>130</sup> Poderia ter-se eximido caso o TJ tivesse decidido de forma semelhante ao Supremo Tribunal Administrativo da Bulgária, ao Supremo Tribunal do Chipre, ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ou ao Tribunal Constitucional da República Checa. Mas não, como se viu, quando decidiu em sentido semelhante ao Tribunal Constitucional da Roménia.

missão às autoridades competentes<sup>131</sup> sempre que haja despacho fundamentado de um juiz de instrução.

A distinção entre *se devem* ou *podem* fazê-lo, aparentemente anódina, tem, neste contexto, uma importância fundamental. Como resultou do ponto 2.2, *supra*, as normas das legislações nacionais de transposição da Diretiva 2006/24/CE estão, desde 8 de abril de 2014, sob um juízo de contrariedade ao Direito da União Europeia em relação a todos os aspetos que correspondam aos fundamentos do Acórdão *DRI*. Cabe no entanto perguntar se esse juízo de contrariedade, cuja concretização é a inaplicabilidade de tais normas, poderá *ou* deverá ser realizado pelos operadores de comunicações móveis, os quais são, naturalmente, os primeiros *aplicadores* da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho. A resposta é dual.

Não *o devem* fazer, aqui no sentido de que «não têm essa obrigação». Com efeito, a exigência da não aplicação do Direito nacional contrário ao Direito da União Europeia resultante do efeito do primado é, em primeira linha, dirigida a órgãos (sejam eles legislativos, jurisdicionais ou administrativos) *públicos* dos Estados-Membros<sup>132</sup>, não se dirigindo porém a sujeitos privados, sobre os quais não recai, naturalmente, o princípio da cooperação leal, princípio do qual decorre, em último termo, a regra do primado<sup>133</sup> e todas as suas consequências. Nesta medida, por mais extensiva que seja a dimensão «Estado» para efeitos de aplicação do primado, não parece possível afirmar que sujeitos privados estejam *obrigados* a desaplicar leis nacionais em sua obediência. Nestes termos, não parece possível deslindar qualquer consequência jurídica para o facto de os operadores de comunicações móveis continuarem a aplicar a Lei n.º 32/2008, em toda a sua extensão, cenário que, antecipe-se, é até o mais natural, tendo em conta que a hipótese inversa (a sua desaplicação) exigiria não aplicar legislação nacional com base numa pronúncia do TJ em sede de questões prejudiciais, cujo verdadeiro reflexo sobre as legislações nacionais não é, sob a ótica de um sujeito privado, imediato.

O certo, porém, é que *o podem* fazer<sup>134</sup>, aqui no sentido de «não sofrerem consequências» pela não conservação ou transmissão de dados conservados,

<sup>131</sup> PJ, GNR, PSP, Polícia de Segurança Militar, SEF e Polícia Marítima, nos termos da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho.

<sup>132</sup> Cf., entre tantos, PAUL CRAIG/GRAÍNNE DE BÚRCA, *EU Law...* cit., pp. 262-264.

<sup>133</sup> Cf. o n.º 3 do artigo 4.º do TUE.

<sup>134</sup> A referência é à possibilidade de não conservação dos dados, ao abrigo da Lei n.º 32/2008, e não à possibilidade de não preservação dos dados nos termos do artigo 12.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro. Sendo certo que «(...) esta disposição legal não permite a obtenção, pelas autoridades, dos dados informáticos em si mesmos: apenas obriga quem tenha a disponibilidade e controlo desses

*maxime*, a aplicação das contraordenações previstas no artigo 12.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho. Na verdade, se assim não fosse – isto é, se houvesse, da parte das empresas que oferecem redes e/ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público o *dever* de aplicar as normas da Lei n.º 32/2008 sob pena de sanção contraordenacional –, tal equivaleria por dizer que seriam as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação de tais sanções (em especial, os tribunais) a *fazer aplicar* a Lei n.º 32/2008. Ora, aqui vale o primado e a consequência do dever de desaplicação de atos nacionais em toda a sua extensão. Em termos práticos, esta *faculdade* de desaplicação da Lei n.º 32/2008, no que respeita às obrigações de conservação de dados, significa, do ponto de vista das empresas que oferecem redes e/ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, o regresso ao regime da Lei n.º 41/2004<sup>135</sup>, em cujos termos a conservação de dados de tráfego apenas poderia ter como limite<sup>136</sup> o termo do período durante o qual a fatura pode ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado, ou seja, seis meses após a prestação do serviço, nos termos do n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 41/2004, e do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro. Não se diga que esta conclusão inverte a anterior. Na realidade, o que hoje se verifica é uma hipótese – certamente rara, mas habilitada pelos efeitos específicos do Acórdão *DRI* – de uma Lei nacional se ter convertido em instrumento de cumprimento *facultativo*, isto da ótica dos sujeitos privados primariamente destinados à sua aplicação. É que, mais uma vez se repete: *fazer obrigar* as empresas que oferecem redes e/ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público a aplicar a Lei n.º 32/2008 implica, sempre e por definição, um comportamento dos órgãos (públicos) nacionais que é contrário ao Direito da União Europeia e, por essa razão, proibido<sup>137</sup>.

IV. Por fim, cabe não confundir o cumprimento *facultativo* da Lei, com o cumprimento *seletivo* de disposições nela contidas. É que, se o juízo do TJ

dados a preservá-los por um determinado período de tempo.» – PEDRO VERDELHO, «A nova Lei do cibercrime», *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º 320 (outubro-dezembro de 2005), pp. 735-736.

<sup>135</sup> Lei n.º 32/2008, de 18 de agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas.

<sup>136</sup> Recorde-se que aqui se trata de um limite *máximo* e não de um período de conservação obrigatória, como sucede na Lei n.º 32/2008.

<sup>137</sup> Ainda que, conjunturalmente, e como se referiu (cf., *supra*, nota de rodapé n.º 119), deste comportamento dos Estados não pareça vir a resultar qualquer base para que a Comissão inicie processos por incumprimento, e apesar de, como ali se disse, a questão ser de ordem essencialmente «política» e não jurídica: tecnicamente, isso seria possível.

permite às empresas que oferecem redes e/ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público desaplicar a Lei, em virtude da contrariedade da conservação genérica e indiscriminada de dados de tráfego ao direito da União Europeia, o mesmo não sucede quanto às garantias de proteção e segurança dos dados, caso optem pela sua conservação. Assim, ainda que sejam inaplicáveis àquelas entidades as sanções previstas na Lei n.º 32/2008 por violação da obrigação de conservação de dados, tal não impede a sua punição, nos termos do artigo 13.º da mesma Lei, a título criminal, pela violação das referidas garantias, uma vez que, como facilmente se compreende, o juízo de contrariedade ao Direito da União formulado pelo TJ não afasta a aplicação desta norma.

**(ii) Pode um juiz de instrução ordenar a produção de prova com base em dados de tráfego conservados ao abrigo da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho?**

V. A resposta é, neste caso, mais simples, não exigindo qualquer distinção: por se tratar de um órgão jurisdicional e, por essa razão, integralmente sujeito aos efeitos do primado, nenhum juiz pode *aplicar* ou *fazer aplicar* a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, a qual se revela, após o dia 8 de abril de 2014, em estado de verdadeira *latência*. A aplicação deste diploma representa, como se disse, e desde aquela data, uma atuação contrária ao Direito da União Europeia, não podendo, sob pena de subversão da regra do primado, ser levada a cabo.

**(iii) Quais os efeitos sobre a prova já produzida ao abrigo da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho?**

VI. As considerações anteriores permitem, também quanto a esta questão, separar dois casos distintos, consoante estejam ou não em causa casos transitados em julgado à data da prolação do Acórdão *DRI*.

Quanto aos primeiros (não transitados), a prova que, após o dia 8 de abril de 2014, tiver sido produzida ao abrigo da Lei n.º 32/2008, é, para todos os efeitos, prova produzida através de um «método proibido», *ex vi* n.º 3 do artigo 126.º do CPP. Se, antes de 8 de abril de 2014, a ressalva dos «casos previstos na lei» incluía, precisamente, a prova produzida ao abrigo da Lei n.º 32/2008, desde o Acórdão *DRI* que tal diploma se revela insuscetível de aplicação, pelo que tudo quanto houver sido praticado ao seu abrigo, não pode valer para formar a convicção do julgador. Nos casos em que a prova haja sido recolhida antes de 8 de abril de 2014, mas em que não houvesse ainda trânsito em jul-

gado à data, a questão poderá prestar-se a dúvidas<sup>138</sup>. Se é certo que a prova foi validamente produzida ao abrigo do referido diploma, também cabe não esquecer que a admissão da sua validade permite que se consolide no ordenamento jurídico – ou mesmo que seja integralmente elaborada – uma decisão final condenatória, fundada num meio de prova que, à data da prolação da decisão, seria considerado contrário ao Direito da União Europeia por violação de direitos fundamentais e assentaria numa base legal inaplicável. Ainda que não esteja em causa a entrada em vigor de uma lei processual penal que altera os requisitos de validade da prova já recolhida, a verdade é que o presente caso apresenta semelhanças com essa situação, uma vez que se traduz na vigência superveniente de um entendimento jurisprudencial supranacional vinculativo da atuação do julgador nacional no sentido da imposição da não aplicação da norma que consubstancia o supedâneo jurídico para a recolha de prova. Destarte, deverá aplicar-se analogicamente ao presente caso o disposto no n.º 1 do artigo 5.º do CPP, assim salvaguardando a validade dos atos jurídicos praticados na sua vigência – até porque não houve violação de lei que mereça ser *sancionada* com a proibição de prova.

Ressalvam-se, igualmente, e à luz da doutrina do Acórdão *Kapferer*, atrás citada, as situações já consolidadas ao abrigo do caso julgado: com efeito, por estar em causa uma determinação do Direito da União Europeia (ilegitimidade da conservação *ilimitada e indiscriminada* de dados de tráfego) não inserida em qualquer domínio das competências exclusivas da União, não vale a regra da destruição dos casos julgados, num cenário nem mesmo alterável em sede revisão da sentença, eventualmente por aplicação da alínea *g*) do n.º 1 do artigo 449.º do CPP. Na verdade, ainda que se entendesse que o Acórdão *DRI* pode ser qualificado, nos termos expostos, como uma «sentença vinculativa do Estado Português», este Acórdão apenas poderia ser considerado, naturalmente, «na medida da sua eficácia», sendo que, como se logrou demonstrar, a sua eficácia não implica, nunca, a destruição retroativa de efeitos que, antes de 8 de abril de 2014, se tenham produzido ao abrigo da Lei n.º 32/2008.

#### § 4.º **Balanço e perspetivas de futuro**

I. Envolta, desde a sua origem, num quadro de tensão permanente entre as exigências de interesse público associadas à investigação e repressão penal e

<sup>138</sup> A questão é agravada se a prova tiver sido obtida após ter decorrido o prazo de 6 meses de conservação previsto no n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 41/2004 e no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho.

as exigências de respeito por posições fundamentais dos particulares, a matéria da conservação dos dados de tráfego e o seu aproveitamento para aqueles fins atravessa, atualmente, um período de transição e, bem pode dizer-se, de significativa instabilidade, muito por efeito do Acórdão *DRI* e das suas implicações contextuais no modo de aplicar as legislações nacionais de transposição da Diretiva 2006/24/CE e, em particular, a portuguesa.

Parecendo certo que, num horizonte temporal de médio prazo, e com a aprovação (expectável) de uma nova Diretiva sobre a matéria<sup>139</sup>, o tema venha novamente a estabilizar-se, o cenário atual não deixa de ser um campo para a formulação de dúvidas significativas, cujas propostas de solução ensaiadas no texto se estribaram nos limites mínimos daquilo que, no quadro das sempre complexas relações entre Direito da União Europeia e Direitos nacionais, pode tomar-se por seguro: no caso português, tais quadros implicam, como se verificou, a conclusão de que a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, apesar de *formalmente* vigente, é hoje um diploma cuja eficácia se pode tomar por francamente diminuída, pelo facto de, nos seus aspetos centrais, não haver dúvidas quanto à contrariedade do seu conteúdo em face do que, após o Acórdão *DRI*, deve ser o entendimento a extrair do Direito da União Europeia sobre a matéria da conservação de dados de tráfego.

Em qualquer caso, se é certo que o sentido da decisão do Acórdão *DRI* parece iniciar uma nova fase nesta matéria, na qual a balança daqueles dois interesses se inclina a favor da proteção dos particulares, não menos certa é,

<sup>139</sup> Registe-se, em qualquer caso, e já após a conclusão formal deste artigo, a intervenção da Comissão Europeia sobre o tema, constante do *Statement* 15/5654, de 16 de setembro de 2015, emitido na sequência de alegadas notícias que dariam conta de uma ação deste órgão *contra* a recente legislação alemã aprovada sobre conservação de dados, e em cujos termos essenciais se esclarece que (i) por um lado, a Comissão Europeia não ambiciona iniciar qualquer processo legislativo tendente à aprovação de uma nova Diretiva sobre conservação de dados de tráfego; (ii) essa ausência de normação europeia não implica, no entanto, qualquer consequência sob o ponto de vista da conservação ou remoção de legislação nacional sobre o assunto, já que «a decisão de introduzir ou não legislação em matéria de conservação de dados de tráfego é uma decisão nacional»; (iii) assim, «na ausência de regras europeias, os Estados-Membros são livres de manter os seus atuais sistemas de conservação de dados ou de estabelecer novos sistemas, salvaguardando naturalmente que o façam de acordo com os princípios fundamentais do Direito da União Europeia, designadamente os contidos na Diretiva *e-Privacy*». Os esclarecimentos da Comissão não atingem, no entanto, a linha fundamental de desenvolvimento deste artigo: como se demonstrou, caberá sempre questionar o *estatuto* das legislações nacionais que, tendo sido aprovadas *em transposição* da Diretiva 2006/24/CE, se revelem, elas próprias, contrárias ao Direito da União Europeia e determinar quais as consequências que esse juízo de contrariedade pode implicar na aplicação (nacional) dessas legislações. As propostas avançadas no texto mantêm, por essa razão, total atualidade.

na atualidade, a perspectiva de potencial recrudescimento de uma linha mais exigente ao nível da investigação e ação penais, em tempos nos quais a Europa volta, subitamente, a questionar-se sobre os limites do exigível para que possa conservar o estatuto de *espaço privilegiado de liberdade*.



# *Apreciação da Matéria de Facto em Sede de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade*

DR.<sup>a</sup> MARGARIDA SEPÚLVEDA TEIXEIRA

SUMÁRIO: I – Introdução: 1. Sistemas de Recurso; 2. Objecto do Recurso; 3. Princípios Processuais do Direito Constitucional: Princípio *iura novit curia*. II – Apreciação da Matéria de Facto: 1. Processo Decisório; 2. Relevância da Matéria de Facto para a Decisão do Tribunal Constitucional: 2.1. Elemento do Processo de Interpretação; 2.2. Inconstitucionalidade Material; 2.3. Inconstitucionalidade Orgânica, Formal ou Procedimental; 2.4. Modelação do Conteúdo da Decisão do Tribunal Constitucional; 2.5. Matéria de Facto Constante do Julgamento da Causa; 3. Matéria de Facto do Processo Pretexto: 3.1. Questão: Qualificação Diversa dos Factos da Causa. III – Conclusão.

## **I – Introdução**

### **1. Sistemas de Recurso**

O sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade é um sistema de base difusa de controlo da inconstitucionalidade e da ilegalidade<sup>1</sup>. Isto significa que, numa perspectiva *objectiva* de controlo, todos os tribunais, independentemente da sua categoria, devem exercer a fiscalização da constitucionalidade. Esta fiscalização deve ocorrer no decurso da apreciação das causas que lhes são submetidas para julgamento, *ex officio* pelo juiz ou por alegação das partes por via de excepção. A decisão num processo decorrente no tribunal da causa apenas poderá produzir efeitos no caso concreto e *inter partes*. Numa

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI – *Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 60 e ss; MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*, Tomo II – *O Contencioso Constitucional Português entre o Modelo Misto e a Tentação do Sistema do Reenvio*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 571 e ss.

perspectiva *subjectiva*, o sistema de fiscalização concreta é concentrado quanto à decisão final: o Tribunal Constitucional funciona como “máxima instância em sede de fiscalização concreta”. Isto significa que, no âmbito de questões incidentais submetidas por via de recurso, caberá ao Tribunal Constitucional a decisão definitiva quanto ao juízo de inconstitucionalidade ou de ilegalidade<sup>2</sup>. Esta decisão poderá ter eficácia *erga omnes* ou, quando for apenas quanto ao caso concreto e subjectivo, terá eficácia *inter partes*. Esta função de “máxima instância” decorre directamente da competência do Tribunal Constitucional “para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”, artigo 221.º da Constituição.

Em sede de interposição de recursos das instâncias inferiores, podemos essencialmente encontrar três sistemas, tendo em conta o tipo de competências atribuídas ao tribunal superior<sup>3</sup>. Um primeiro sistema, apelidado de *sistema cassatório*, implica uma delimitação clara das funções atribuídas a cada órgão jurisdicional colocado na hierarquia judicial. Ao tribunal inferior compete decidir o litígio ou regular o conflito de interesses, enquanto ao tribunal hierarquicamente superior cabe a função de detectar a existência de uma nulidade ou de um erro de julgamento. Tendo uma destas situações sido detectada, o tribunal superior deverá apenas declará-la, devendo remeter a decisão recorrida para o tribunal inferior para que este corrija ou elimine o vício encontrado. Este sistema atribui poderes ao tribunal superior para revogar ou anular a decisão recorrida, sendo que este julgamento tem um efeito meramente devolutivo para o tribunal *a quo*, que deverá reformular a decisão recorrida de acordo com a decisão do tribunal superior.

Um segundo sistema, o *sistema de substituição*, atribui competência ao tribunal superior para, encontrando-se na posse de todos os elementos relevantes, resolver o litígio de acordo com o que considerar mais correcto, sem necessidade de haver nova intervenção do tribunal inferior. Este sistema dá poderes ao tribunal superior para proferir uma decisão que substitua a sentença recorrida, tendo o tribunal *a quo*, neste caso, um papel subsidiário relativamente ao tribunal superior.

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI ..., cit., p. 209 e ss.

<sup>3</sup> GERALDES, António Santos Abrantes, *As recentes reformas na acção executiva e nos recursos*, 7.ª Sessão (Recursos), Tema: “*Cassação ou substituição? Livre escolha ou determinismo legislativo?*”, 1.º Curso Pós-Graduado em Direito Processual Civil, Organização: Centro de Estudos Judiciários, Faculdade de Direito de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, Lisboa, 2009, in [http://www.trl.mj.pt/PDF/Recursos\\_%20sub.pdf](http://www.trl.mj.pt/PDF/Recursos_%20sub.pdf), p. 2 e ss.; MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 573 e ss.

Por fim, poderemos ter *sistemas intermédios*, em que são atribuídos ao tribunal superior poderes para revogar ou anular a decisão recorrida, sendo-lhe no entanto concedido um poder discricionário para fixar o conteúdo que deverá ter a decisão reformulada ou para emitir as orientações segundo as quais o tribunal *a quo* deverá reformular a sua decisão.

O sistema português de recursos em sede de fiscalização concreta é um *sistema de cassação mitigado*: o Tribunal Constitucional tem o poder de decidir definitivamente a questão de inconstitucionalidade, tendo apenas poderes revogatórios quanto à decisão recorrida, sendo que é ao tribunal *a quo* que cabe o dever de reformular essa decisão. Isto significa que o Tribunal Constitucional tem competência apenas para revogar a decisão recorrida, devendo remeter para o tribunal *a quo* a reformulação dessa mesma decisão de acordo com o julgamento feito pelo Tribunal Constitucional. Deste modo, não podemos considerar que o Tribunal Constitucional é um tribunal de *super-revisão*, uma vez que não tem poderes para decidir quanto ao mérito da causa, devendo abster-se de julgar ou mesmo de se pronunciar quanto a este mérito, de acordo com o artigo 79.º-C 1.ª parte da Lei do Tribunal Constitucional (LTC). Esta limitação decorre da sua função de administração das questões de natureza jurídico-constitucional, que se retira dos artigos 221.º e 280.º da Constituição, assim como do artigo 71.º da LTC. Para além desta limitação intrínseca, Blanco de Moraes<sup>4</sup> indica também como factores limitativos a possibilidade de o Tribunal Constitucional poder vincular integralmente a sentença do tribunal *a quo* e a possibilidade de o Tribunal Constitucional, de acordo com o artigo 80.º n.º 3 da LTC, emitir decisões interpretativas do direito ordinário conformes com a Constituição.

## **2. Objecto do Recurso**

Uma vez identificado qual o sistema português de recurso para o Tribunal Constitucional é necessário determinar qual o objecto deste recurso, ou seja, qual o objecto sobre o qual vai recair a apreciação do Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade.

O objecto do recurso é sempre a constitucionalidade ou a legalidade de uma norma<sup>5</sup>, conforme podemos retirar do artigo 277.º n.º 1 da Constituição.

Uma norma implica, de acordo com a Ciência Jurídica, generalidade e abstracção; por outro lado, pode assumir a forma de texto, preceito ou disposi-

<sup>4</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 574.

<sup>5</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI..., cit., p. 223 e ss.

ção<sup>6</sup>. “Norma” aparece como um conceito funcional, sendo qualquer acto com conteúdo legislativo; no tocante aos restantes actos é exigida a característica da generalidade. Por isso, embora formalmente o recurso seja interposto de decisões jurisdicionais, na verdade, o objecto do recurso vai ser a norma jurídica que foi *aplicada* ou *não foi aplicada* pelo tribunal *a quo*, artigo 79.º-C 1.ª parte da LTC. Por outro lado, o controlo de validade das normas realizado pelo Tribunal Constitucional vai-se restringir à questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, conforme o vício que estiver em causa, de acordo com o artigo 280.º n.º 6 da Constituição.

O objecto do recurso tem sido entendido com um sentido lato. Assim, tem-se admitido que o recurso para o Tribunal Constitucional tanto pode ter como objecto normas como interpretações normativas, tal como vem previsto no artigo 80.º n.º 3 da LTC. Isto significa que, para além da questão da inconstitucionalidade em absoluto da norma, pode também pôr-se em causa a inconstitucionalidade de um sentido interpretativo da norma. Nesta linha, têm sido admitidos recursos de interpretações normativas que sejam contrárias à Constituição, nos termos do artigo 280.º alínea *a*) da Constituição.

Através do artigo 80.º n.º 3 da LTC têm ainda sido admitidas decisões interpretativas que vinculem os tribunais da causa. Estas decisões permitem salvar a inconstitucionalidade da norma atribuindo-lhe determinada interpretação vinculativa que seja conforme à Constituição. Contra a admissão deste tipo de decisões tem sido invocado o argumento de que esta obrigatoriedade para o tribunal da causa vem pôr em causa o princípio da independência dos tribunais e que a decisão do Tribunal Constitucional iria ter um efeito excessivo em relação à decisão do tribunal *a quo*. No entanto, Jorge Miranda, considera que esta norma tem como fundamento a supremacia do Tribunal Constitucional e por isso deverão ser admitidas este tipo de decisões. Por outro lado, a norma tem sentido também numa perspectiva de economia processual: se o Tribunal Constitucional for chamado a julgar da inconstitucionalidade de certa norma decidindo num certo sentido, não será justificável que o tribunal *a quo* venha a decidir num sentido diferente, pois isso poderá abrir um novo recurso para o Tribunal Constitucional.

O objecto do recurso irá delimitar os poderes cognitivos do Tribunal Constitucional no processo constitucional.

<sup>6</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI..., cit., p. 168 e ss.; MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 652 e ss.

### **3. Princípios Processuais do Direito Constitucional: Princípio *iura novit curia***

O direito processual constitucional deve ser norteado por princípios específicos, adequados à função do Tribunal Constitucional de administração da justiça em matérias jurídico-constitucionais<sup>7</sup>. Devemos considerar como princípios fundamentais: o princípio da igualdade dos intervenientes processuais (das partes na fiscalização concreta); o princípio do contraditório; o princípio da legalidade e o princípio da fundamentação das decisões (artigos 205.º n.º 1 e 282.º n.º 4 da Constituição). Devemos considerar como princípios instrumentais: o princípio do dispositivo, nomeadamente o subprincípio do pedido, nas modalidades de necessidade de iniciativa externa para abertura do processo e de fixação do objecto do processo (artigo 51.º n.º 5 1.ª parte da LTC); o princípio do conhecimento oficioso do direito ou princípio *iura novit curia* (artigo 204.º da Constituição e artigos 51.º n.º 5 e 79.º-C da LTC), o princípio da utilidade da decisão; o princípio da economia processual; o princípio da celeridade (artigo 20.º n.º 4 1.ª parte da Constituição e artigos 60.º e 65.º da LTC); o princípio do processo escrito (artigos 52.º, 54.º, 63.º e 79.º da LTC) e o princípio da subsidiariedade do Direito Processual Civil (artigos 48.º, 69.º e 79.º-B da LTC).

Relevante para o tema que agora nos propomos tratar, é o princípio do conhecimento oficioso do direito, exprimido no brocado latino *iura novit curia*, que significa “o juiz conhece a lei”. Este princípio, em sede de direito constitucional processual, aplica-se tanto aos juizes do tribunal da causa como aos juizes do Tribunal Constitucional.

Numa fase inicial é essencial referir que o juiz está sujeito ao princípio do pedido no que toca à iniciativa de abertura do processo de apreciação de inconstitucionalidade de uma norma, por outro lado está também sujeito ao princípio do pedido no que toca ao objecto da fiscalização, que se deve restringir à norma que se invoca estar ferida de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, art.71.º da LTC. Após a interposição do recurso de fiscalização, o juiz fica vinculado ao dever de tomar uma decisão. No entanto, a apreciação da questão de inconstitucionalidade está dependente da existência de um nexo de inseparabilidade entre ela e a questão principal.

Tomada a atenção devida ao princípio do pedido, devemos ter em consideração que o princípio da apreciação oficiosa<sup>8</sup> implica desde logo um dever do juiz de não aplicar uma norma que repare inconstitucional, isto significa que

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI..., cit., p. 62 e ss.

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI..., cit., p. 216 e ss.

pode e deve conhecer officiosamente a inconstitucionalidade de uma norma se tal questão surgir no decurso da apreciação do processo que tem em mãos. O juiz pode conhecer da inconstitucionalidade em qualquer fase do processo, o que significa que a sua decisão não precisa de ser final, pode ser uma decisão interlocutória tomada no decurso do processo. Deste modo, não fica obrigado a aplicar normas que repete inconstitucionais e não fica sujeito à possibilidade de as partes virem alegar a inconstitucionalidade apenas a meio do processo e a ter de deixar de aplicar uma norma que até aí utilizara para julgamento do caso. Para além disso, pode também tomar conhecimento da inconstitucionalidade em sede de exercício das suas competências jurisdicionais, como a eleitoral e o contencioso partidário.

Outro aspecto a mencionar é o de que o juiz não fica dependente da alegação da norma constitucional violada pela norma de direito ordinário, uma vez que o juiz pode apreciar a inconstitucionalidade à luz de outra norma constitucional ou de outro princípio constitucional não invocados pela parte. Desde modo, o juiz tem o dever de participar na indagação do direito aplicável ao litígio, não estando vinculado pelas alegações apresentadas pelas partes. Em sede de fiscalização abstracta prevê-se esta possibilidade na norma constante do artigo 51.º n.º 5 da LCT. Esta faculdade é permitida expressamente ao juiz do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta, pela 2.ª parte do artigo 79.º-C da LTC. Esta norma determina que o juiz está sujeito ao princípio do pedido na medida em que só pode conhecer a inconstitucionalidade das normas invocadas pelas partes; quanto aos fundamentos da inconstitucionalidade, isto é, quanto à questão de direito, vigora o princípio do conhecimento officioso, podendo o Tribunal conhecer as questões de inconstitucionalidade ou de ilegalidade das normas objecto do pedido “com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada”. Isto significa que poderá basear o juízo de inconstitucionalidade em mais e/ou em diferentes normas constitucionais alegadas pelo recorrente, significa também que no caso de falta de fundamento para a invocação do vício de inconstitucionalidade, o juiz terá o poder de determinar qual a norma constitucional que o preceito de direito ordinário violará no caso concreto. Ou seja, o Tribunal Constitucional tem poderes para determinar qual a *norma-parâmetro*.

O juiz do Tribunal Constitucional também não se encontra condicionado ao tipo de vício alegado, podendo concluir pela existência de um outro vício ou de um outro tipo de inconstitucionalidade. No entanto, neste ponto há que considerar o *princípio da autolimitação do juiz*, que implica que ele terá efectivamente poderes para conhecer do vício de inconstitucionalidade mas não

do vício de mérito de conteúdo político, em que se incluiu a “oportunidade política dos actos e uso do poder discricionário pelo Parlamento e Governo”<sup>9</sup>.

Na delimitação dos efeitos da decisão, tanto o juiz do tribunal da causa como o juiz do Tribunal Constitucional têm o poder positivo de repristinar a norma revogada pela norma inconstitucional e de apreciar a pertinência desta repristinação, artigo 282.º n.º 1. Na falta de norma aplicável, seja por não haver norma anterior que possa ser repristinada, seja por a inconstitucionalidade ser superveniente, o juiz tem o poder de preencher a lacuna com recurso aos critérios gerais de integração. A inconstitucionalidade superveniente ocorrerá quando uma norma pré-constitucional, isto é, uma norma que entrou em vigor num momento anterior à Constituição, é contrária às normas e princípios materiais da Constituição<sup>10</sup>.

Por fim, o juiz do Tribunal Constitucional tem ainda um poder discricionário de restringir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, que, em princípio terá eficácia *ex tunc*, ou seja, efeitos retroactivos e eficácia repristinatória, artigo 282.º n.º 4. Sobre esta norma debruçar-nos-emos mais à frente.

Em síntese, podemos dizer que o juiz tem o poder de determinar a norma aplicável ao caso, de apreciar a sua conformidade com a Constituição, e de não a aplicar quando a considerar desconforme<sup>11</sup>.

## II – Apreciação da Matéria de Facto

### 1. *Processo Decisório*

Os factos vão ter uma relevância e desempenhar um papel diferente consoante estejamos perante um tribunal da causa ou um tribunal constitucional. A nível processual, os poderes do juiz para apreciação dos factos em sede dos processos jurisdicionais *lato sensu* vão ser diferentes dos poderes do juiz para a mesma apreciação feita em sede de processo constitucional<sup>12</sup>.

No processo que decorre no tribunal da causa, o juiz aplica uma norma a uma situação de vida. Para que o possa fazer, terá de subsumir os factos concretos determinados na previsão de uma norma para a aplicar à situação e, em

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1309.

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ...*, 7.ª ed., cit., pp. 1306 e 1307.

<sup>11</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI ..., cit., p. 69.

<sup>12</sup> CANAS, Vitalino, *Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, p. 149 e ss.

seguida, juiz verificar a concordância dos factos com a estatuição de direito. Estes factos poderão ser passados ou presentes e singulares ou concretos. De uma forma muito generalista, poderemos considerar que há um método base que deverá ser seguido pelo juiz: em primeiro lugar deverá determinar quais os factos relevantes; em seguida deverá proceder à sua subsunção na previsão de uma norma de modo a identificar o direito aplicável; por fim deverá verificar a conformidade dos factos com a norma e, se esta conformidade não existir, tomar as medidas necessárias para que a situação seja corrigida. Estas medidas irão ter natureza e contornos diferentes consoante o tipo de processo em que a causa se desenrola.

O Tribunal Constitucional, por seu turno, irá estabelecer uma relação entre duas ou mais normas jurídicas e apreciar a sua harmonia e conformidade. Isto significa que não vai ter em consideração os factos para os subsumir a uma norma, mas irá apreciar a conformidade de uma norma de direito ordinário com uma norma constitucional, *i.e.*, da *norma-objecto* com a *norma-parâmetro*. De uma forma sintética, terá, em primeiro lugar, de identificar a *norma-objecto*; em segundo lugar deverá identificar a *norma-parâmetro* e por fim deverá realizar um juízo sobre a conformidade da norma de direito ordinário com a norma constitucional.

Citando Jorge Miranda, o “juízo de inconstitucionalidade [...] é um juízo sobre normas. A questão de inconstitucionalidade é uma questão de direito, e não de facto”<sup>13</sup>. No entanto, o Tribunal Constitucional, em muitas situações, não se pode limitar a fazer um juízo abstracto, é necessário ter em conta os factos que constituem as situações de vida às quais as normas se aplicam e as quais resultam da aplicação das decisões de inconstitucionalidade. Assim, o Tribunal Constitucional não pode deixar de ter em conta certas situações factuais; devemos considerar que vai ser sempre necessário apurar os factos subjacentes à aprovação da norma em avaliação para poder apreciar a sua conformidade com a norma constitucional. Estes factos terão uma natureza diferente dos considerados em sede dos processos jurisdicionais que decorrem nos tribunais da causa: deverão ser, em princípio, gerais e poderão não só ser passados ou presentes como também futuros. No entanto, para que possamos admitir esta apreciação, o que não tem sido a regra, teremos de analisar qual a importância da matéria de facto para a decisão de inconstitucionalidade e estabelecer até onde pode ir o Tribunal Constitucional nesta apreciação.

<sup>13</sup> MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI..., cit., p. 173.

## 2. Relevância da Matéria de Facto para a Decisão do Tribunal Constitucional

Conforme dito anteriormente, os factos podem e devem ter relevância em sede dos processos constitucionais de fiscalização concreta. Isto significa que a regra geral de que o juízo de inconstitucionalidade se deve cingir ao direito comporta excepções que têm sido adoptadas na prática da justiça constitucional<sup>14</sup>.

### 2.1. Elemento do processo de interpretação das normas

A matéria de facto tem desde logo relevância como *elemento auxiliar de interpretação*<sup>15</sup>, nas palavras de Blanco de Moraes, permitindo apurar qual o significado da *norma-objecto* quando aplicada a um caso concreto.

Na metodologia clássica<sup>16</sup> da interpretação das normas jurídicas são considerados elementos fundamentais de interpretação o elemento gramatical ou literal e o elemento lógico, que, por seu turno, se divide em elemento racional ou teleológico, em elemento sistemático e em elemento histórico. A matéria de facto será relevante para compreensão do elemento teleológico, ou seja, na construção da *ratio legis*. Será relevante apurar, nesta sede, as circunstâncias políticas, sociais, económicas e morais em que a norma foi elaborada ou aprovada, ou da conjuntura que motivou a decisão legislativa. A criação de uma norma tem sempre subjacente uma situação jurídica, procurando resolver um conflito de interesses. Assim, é indissociável de determinado conjunto de factos, essenciais para a escolha da solução a dar ao problema. A descoberta da *ratio legis* permite esclarecer qual a valoração e ponderação dos interesses que a norma regula<sup>17</sup>.

Também Gomes Canotilho refere que, no processo global de concretização das normas constitucionais, há que analisar o sector normativo<sup>18</sup>. Ou seja, no processo interpretativo não basta olhar para o elemento literal, há que olhar para a *racionalidade material*. Esta racionalidade é composta por inúmeros elementos de facto (dados reais) de variada natureza, que serão tanto mais

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI..., cit., p. 173 e 174; MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 577 e ss.

<sup>15</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 578.

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1210 e ss.

<sup>17</sup> MACHADO, João Baptista, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1994, p. 175 e ss.

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1218 e ss.

necessários de apurar quanto a norma faça referência a realidades não jurídicas, e, por isso, esta análise é essencial para o resultado de concretização da norma.

Esta relevância dos factos como elemento de interpretação pode projectar-se na *norma-parâmetro*, permitindo que esta possa ser devidamente qualificada e densificada. Será porventura também relevante para a reconstrução da *factis-species*, quando tenha como pressuposto realidades meramente fácticas. Isto significa que o Tribunal Constitucional deverá reconstituir o acto jurídico que desencadeou a aplicação da norma estabelecida de modo genérico e abstracto e que constitui objecto de controlo do recurso.

De acordo com Vitalino Canas, podemos qualificar estes factos que integram a concretização da norma constitucional como “factos legislativos”<sup>19</sup>. Deste modo, caberá ao juiz constitucional, quando necessário, procurar determinar qual a situação de facto que esteve subjacente à criação tanto da *norma-objecto* como da *norma-parâmetro*. Do ponto de vista da primeira, deverá apreciar se o legislador teve em mente todos os factos relevantes para a solução do conflito de interesses que procurava resolver com a aprovação da norma, de acordo com a sua própria percepção do que são factos relevantes.

Vitalino Canas apresenta três argumentos que justificam a aceitação desta tese:

- (i) Um argumento funcional de que o Tribunal Constitucional constitui em si mesmo uma ordem de tribunais independente, desempenhando a função jurisdicional específica de administração da justiça constitucional, cabendo-lhe a decisão final sobre a inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade de uma norma; de modo a que o Tribunal Constitucional tenha esta possibilidade de apreciação própria, é necessário que se admita que este pode apreciar autonomamente factos que considere relevantes para determinação do conteúdo das normas sobre as quais tem de fazer um juízo;
- (ii) Um argumento hermenêutico que se traduz no facto de que não é possível fazer um controlo efectivo das *normas-objecto* tendo apenas em consideração uma comparação abstracta com as *normas-parâmetro*; para que este controlo seja pleno e completo será necessário que o Tribunal Constitucional possa ter em conta os factos que considere relevantes para poder chegar à interpretação mais correcta possível da norma face à Constituição;

<sup>19</sup> CANAS, Vitalino, *Os Processos de Fiscalização...*, cit., p. 150 e ss.

- (iii) Por fim, um argumento de competência de que não faria sentido vincular o Tribunal Constitucional, como órgão jurisdicional independente, às apreciações do legislador, pois isso limitaria as suas competências substanciais.

Em síntese, para garantir a efectividade do juízo de apreciação do Tribunal Constitucional e a sua supremacia como órgão de administração da justiça constitucional, é necessário alargar os seus poderes cognitivos à apreciação de certos factos relevantes para interpretação das normas, em concreto, para apreciação dos “factos legislativos”.

No entanto, embora este juízo permita identificar os erros do legislador na determinação de quais os factos relevantes para resolver o conflito de interesses, não poderemos ir tão longe que devemos considerar que qualquer erro ou deficiência encontrados serão suficientes para justificar um juízo de inconstitucionalidade. Vitalino Canas considera que é necessário apreciar se está preenchida uma *base factual razoável*, ou seja, o Tribunal Constitucional não pode fazer um juízo de apreciação de tal modo restritivo que em todos os casos em que não considerar que a solução do legislador é a mais adequada deverá cominar a norma com o juízo de inconstitucionalidade, deve entrar aqui um juízo de razoabilidade. A falta de base factual do legislador deverá revelar-se manifestamente desrazoável ou inconsistente de acordo com os dados factuais de que ele dispunha no momento em que aprovou a norma.

## 2.2. *Inconstitucionalidade Material*

A matéria de facto será também relevante, a vários níveis, no âmbito de um juízo de inconstitucionalidade material.

Os *direitos económicos, sociais e culturais*<sup>20</sup> envolvem a pretensão de prestações normativas. As normas que a estes direitos se referem são normas programáticas, o que significa que têm como objecto prestações positivas do Estado, de outras entidades públicas e da sociedade no seu conjunto. Assim, estes direitos têm um conteúdo mais ou menos determinado consoante a opção do legislador, e as normas que os regulam necessitam de ser concretizadas, sendo que a efectivação dos direitos irá depender essencialmente das condições económicas, políticas e financeiras do Estado. Estes direitos consubstanciarão, para certa doutrina, direitos originários a prestações quando se encontram garantidos constituio-

<sup>20</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV – *Direitos Fundamentais*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 93 e ss.

nalmente, se reconhece o dever do Estado de criação das condições que permitam o exercício efectivo dos direitos e a faculdade de o cidadão exigir ao Estado as prestações derivadas desses direitos<sup>21</sup>. A falta de concretização destes direitos poderá dar causa a uma eventual inconstitucionalidade por omissão, artigo 283.º da Constituição.

Uma vez que a sua efectivação depende da conjuntura económica, social e política, diz-se que estes direitos estão assim sujeitos à “reserva económica do possível”. No entanto, o conteúdo essencial destes direitos fundamentais, como de todos os outros, deverá ser assegurado. Apenas aquilo que está para além do núcleo do direito cabe na margem de discricionariedade do legislador. Este núcleo essencial deve ser densificado com recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º da Constituição. “O princípio da dignidade da pessoa humana é [...] a referência axial de todo o sistema de direitos fundamentais”<sup>22</sup>. A dignidade da pessoa humana exige certas condições económicas de vida que permitam assegurar a liberdade e o bem-estar dos cidadãos<sup>23</sup>. A nível dos direitos económicos, sociais e culturais, este princípio permite discernir quais os pressupostos mínimos do direito a uma existência condigna, ou por outras palavras, qual o mínimo de subsistência. O direito a uma existência condigna pode ser configurado numa dimensão negativa, que implica a garantia a um rendimento, e numa dimensão positiva, que implica a atribuição de prestações pecuniárias a quem esteja abaixo do mínimo de subsistência. Gomes Canotilho vai mais longe, considerando que das normas referentes aos direitos sociais, económicos e sociais é possível retirar um princípio de universalidade segundo o qual “todos têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais”<sup>24</sup>.

Neste âmbito, certa doutrina refere-se ao princípio do não retrocesso social<sup>25</sup>, com este princípio pretende-se defender a ideia de que estes direitos, uma vez terem atingido um determinado grau de efectivação, passam a ser simultaneamente uma *garantia constitucional* e um *direito subjectivo*. Fala-se nesta sede dos direitos adquiridos, de que seriam exemplos o direito à segurança social, ao subsídio de desemprego, às prestações de saúde. A reversibilidade do grau de efectivação atingido pelo direito social e económico consubstancia uma

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 338.

<sup>22</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, 2.ª ed., Wolters Kluwer e Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 82.

<sup>23</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, cit., p. 88 e ss.

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 518.

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 338.

violação do princípio de segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural.

Em sede das decisões em sede de fiscalização concreta, especialmente tendo em conta decisões de inconstitucionalidade material que se prendam com direitos económicos, sociais e culturais, é essencial considerar que o juiz não poderá simplesmente efectuar uma operação hermenêutica, mas deverá fazer “um confronto complexo das normas com a realidade circundante”<sup>26</sup>. O juiz deverá ter em consideração os factos de natureza social, económica, política, tecnológica e cultural, “passíveis de serem apreciados por uma percepção cognitiva extra-jurídica”<sup>27</sup>. Esta apreciação leva a que seja necessária uma tarefa de harmonização das normas com a realidade fáctica: “avaliação simultânea dos direitos a efectivar e dos recursos humanos e materiais, disponíveis e adequados para o efeito”<sup>28</sup>.

O princípio do não retrocesso social foi defendido nomeadamente no Acórdão n.º 39/84<sup>29</sup>, que declarou inconstitucional o Decreto-Lei n.º 254/84 que revogara grande parte da lei criadora do Serviço Nacional de Saúde. Considera-se que a criação do SNS consubstanciou um elemento essencial da efectivação legislativa do direito à saúde imposto pela Constituição no artigo 64.º n.º 2, na medida em que este direito se caracteriza essencialmente por ser um direito positivo, “ou seja um direito às adequadas actividades e prestações do Estado”. Em concretização desta ideia, afirma-se que “a criação de um serviço nacional de saúde é pois instrumento – o primeiro – de realização do direito à saúde,” constituindo “por isso elemento integrante de um direito fundamental dos cidadãos, e uma obrigação do Estado”. O tribunal conclui assim que, ao criar o SNS, o Estado se limitou apenas a concretizar uma imposição constitucional. Consequentemente, quando “o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.”. Por fim, admite plenamente o princípio do não retrocesso social ao afirmar que, a “partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV..., cit., p. 484.

<sup>27</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 579.

<sup>28</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV ..., cit., p. 484.

<sup>29</sup> In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>, ver CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 479.

social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.”

Considerações semelhantes vêm a fundar a decisão do Acórdão n.º 509/2002<sup>30</sup>, no “caso do rendimento mínimo garantido”. No entanto, nesta decisão, o Tribunal Constitucional acaba por centrar a sua fundamentação na já referida ideia do “conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana”<sup>31</sup>.

A concepção do mínimo de subsistência tem sido objecto de vários acórdãos do Tribunal Constitucional, existindo decisões muito recentes quanto a esta matéria. O Acórdão n.º 394/2014<sup>32</sup> teve como objecto a norma do artigo 189.º n.º 1 c) do Regime Jurídico da Organização Tutelar de Menores, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 314/78 de 27 de Outubro, de acordo com a redacção conferida pela Lei n.º 31/2003 de 22 de Agosto, quando interpretada no sentido de “não se definir qualquer base mínima da pensão social que possa ser afectada ao pagamento da prestação alimentar a filho menor”, permitindo-se assim que “na sua aplicação concreta, se afrente directamente o princípio da dignidade humana, contido no princípio do Estado de Direito, com referência aos n.ºs 1 e 3 do artigo 63.º da Constituição”. Neste acórdão estava a discussão o montante de uma pensão de alimentos do progenitor a um menor. O progenitor auferia uma reforma por invalidez, ou uma pensão por velhice, muito baixa, residindo num lar de idosos que era pago mensalmente, tendo também de adquirir todos os meses determinados medicamentos. Descontado o montante da pensão de alimentos ao rendimento do progenitor disponível mensalmente, este não teria condições para suportar as despesas acima referidas.

Nesta questão, o Tribunal Constitucional considerou que “quando estão em causa obrigações alimentares, o direito do filho menor em assegurar uma existência condigna pode pôr em causa o *direito fundamental a uma existência condigna* do progenitor quando este dispõe de uma concreta pensão social abaixo do rendimento social de inserção”. Para além disso, no caso em apreço, o *direito fundamental a uma existência condigna* do filho menor podia ser acautelado por via do mecanismo do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores. Nesta

<sup>30</sup> In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

<sup>31</sup> CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 479.

<sup>32</sup> In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140394.html>.

decisão, o Tribunal Constitucional teve efectivamente de apreciar os factos concretos da causa, para poder concluir pela não existência dos mínimos de subsistência. Esta apreciação conduziu à conclusão de que a falta de consideração do montante da pensão de sobrevivência para cálculo da pensão de alimentos poderia levar à violação do princípio da dignidade humana. Deste modo, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional a interpretação normativa.

As considerações já realizadas são também importantes em sede de aplicação dos *princípios constitucionais*, caracterizados por uma maior generalidade, elasticidade e flexibilidade que as normas. É ainda necessário articular os vários princípios, o que implica maior dificuldade na sua interpretação e consequentemente na sua aplicação. Têm sido especialmente relevantes as decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional acerca do princípio da igualdade, artigo 13.º da Constituição, e do princípio da proporcionalidade, artigos 18.º n.º 2, 19.º n.º 4, 270.º e 272.º n.º 2 da Constituição. Neste âmbito, o Tribunal Constitucional pode simplesmente formular um juízo de inconstitucionalidade, no entanto podemos também admitir *decisões aditivas, modificativas ou manipulativas*<sup>33</sup>.

As *decisões aditivas* têm sido pontualmente proferidas pelo Tribunal Constitucional, embora não seja unânime a sua aceitação<sup>34</sup>. Nestas decisões, o Tribunal Constitucional adita à norma sujeita à sua apreciação, ou seja, à *norma-objecto*, um segmento que tem como fundamento um princípio constitucional ínsito numa norma constitucional para salvar a constitucionalidade daquela. As normas que são objecto destas decisões atribuem um direito ou uma vantagem a determinada categoria de sujeitos, no entanto, não incluem todas as pessoas que se encontram na mesma situação de vida, fazendo uma diferenciação infundada. Nestes casos, o Tribunal Constitucional, não querendo retirar o direito ou vantagem àqueles que deles já usufruem, proferindo um juízo de inconstitucionalidade e ficando sujeito à aprovação do legislador de uma nova norma, opta por acrescentar um segmento à *norma-objecto* que permita incluir nela os sujeitos que o legislador tenha infundadamente diferenciado e excluído da aplicação daquela. Esta apreciação depende obrigatoriamente da consideração da matéria de facto, para que o Tribunal Constitucional consiga apreender quais as situações deixadas de fora pelo legislador e para que possa interpretar correctamente o princípio constitucional, ínsito na *norma-parâmetro*, à luz da

<sup>33</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI ..., p. 88 e ss; MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 832 e ss.

<sup>34</sup> Pronunciando-se contra a admissão destas decisões por considerar que as mesmas representam uma violação do princípio democrático e da separação de poderes: MEDEIROS, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade – Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 456 e ss.

evolução social e económica dos grupos sociais em causa. No entanto, nunca é importante deixar de referir que o Tribunal Constitucional não age aqui como legislador, mas sim como órgão de fiscalização, agindo em processo instaurado por outrem lesado por esta insuficiência da *norma-objecto*, e como órgão de administração da justiça constitucional, cabendo-lhe a última palavra no juízo de inconstitucionalidade.

O Acórdão n.º 449/87<sup>35</sup> contém o caso paradigmático das pensões dos viúvos e viúvas<sup>36</sup>. Neste caso, o Tribunal Constitucional considerou que o regime originário relativo ao direito a pensões dos familiares das vítimas de acidentes de trabalho consagrava um benefício acrescido em favor de cônjuges do sexo feminino de pessoas falecidas em acidentes de trabalho, relativamente aos cônjuges do sexo masculino na mesma situação. Esta discriminação positiva era justificada à data da publicação da norma, uma vez que na altura a situação social da mulher se caracterizava por uma efectiva dependência em relação ao cônjuge do sexo masculino. No entanto, a evolução da situação da mulher e a sua emancipação, que conduziu a uma certa nivelção relativamente ao estatuto económico, social e profissional, retirou, à luz do princípio da igualdade, o fundamento da discriminação. Nesta linha de pensamento, o Tribunal Constitucional decidiu fazer desaparecer esta discriminação positiva, tendo apenas considerado como inconstitucional a parte da norma objecto do recurso que se referia aos viúvos, permitindo salvá-la assim do efeito destrutivo da inconstitucionalidade e atribuir a mesma pensão tanto às viúvas como aos viúvos.

Podemos encontrar uma outra decisão deste tipo no Acórdão n.º 544/2014<sup>37</sup>. O objecto do recurso deste acórdão é o artigo 14.º n.º 1 da Lei da Liberdade Religiosa, cuja inconstitucionalidade é reportada à sua interpretação, “na medida em que os requisitos previstos no artigo 14.º da LLR constituem restrições e condicionamentos para o exercício de um direito fundamental do cidadão, têm de ser interpretados de acordo com a CRP”. O Tribunal da Relação do Porto considerou que o exercício do direito conferido pelo artigo 14.º n.º 1 só poderia ser invocado por trabalhadores a quem fosse aplicável um regime de horário flexível [alínea *a*)], considerado indispensável para a observância do requisito de compensação integral por parte do trabalhador do respectivo período de trabalho no qual ocorra a suspensão [alínea *c*)]. Na densificação do conceito de “regime de horário flexível” o Tribunal considera que “horário flexível se verifica apenas nos regimes de organização do tempo do trabalho em que estão delimitados períodos de presença obrigatória do tra-

<sup>35</sup> *In* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870449.html>.

<sup>36</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., pp. 579 e 580.

<sup>37</sup> *In* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140544.html>.

ballhador e a possibilidade de escolha por este, dentro de certas margens, das horas de entrada e de saída”. Assim, considerou excluída da previsão da norma o regime de horário por turnos rotativos. O Tribunal Constitucional, depois de um excursus sobre qual o alcance da liberdade religiosa, tem em consideração que numa dimensão externa, isto é “no exercício do direito de agir em conformidade com as convicções religiosas, a liberdade religiosa conflitua com os deveres decorrentes da situação laboral da Recorrente, coincidindo temporalmente os períodos de observância dos deveres de assiduidade e prestação do trabalho com os períodos de guarda para o exercício da religião.” O Tribunal Constitucional considera que, à luz da Constituição, a tutela do trabalhador que exerce a sua liberdade religiosa implica que o legislador garanta nomeadamente o exercício da liberdade religiosa, ou seja, impõe ao legislador a tarefa de “assegurar não apenas a igualdade dos trabalhadores (crentes e não crentes) contra ingerências discriminatórias, mas também o exercício da liberdade religiosa de que não podem nem devem abdicar simplesmente enquanto trabalhadores ou, mais precisamente, enquanto trabalhadores subordinados”. Conclui, por fim, que a interpretação dada pelos tribunais da causa “determinaria uma compressão desrazoável e excessiva da liberdade de religião em moldes não consentidos pelo princípio da proporcionalidade. Assim, no caso em concreto, não poderá deixar de se incluir no regime de horário flexível os horários por turnos rotativos. O Tribunal Constitucional profere decisão em que determina que o artigo 14.º n.º 1 da Lei da Liberdade Religiosa deve ser interpretado no sentido de incluir o trabalho prestado em regime de turnos.

Por fim, ainda em sede de inconstitucionalidade material, o Tribunal Constitucional terá de ter em conta a matéria de facto quando tiver de verificar se se encontram preenchidos os pressupostos de que depende a *declaração de estado de sítio ou de emergência*, artigo 19.º n.º 2 da Constituição.

### *2.3. Inconstitucionalidade Orgânica, Formal ou Procedimental*

Em sede de inconstitucionalidade orgânica o conhecimento da matéria de facto será relevante para apurar se a norma proveio do órgão constitucional competente. Em sede de inconstitucionalidade formal ou procedimental relevavam os factos que Vitalino Canas apelida de “factos operacionais<sup>38</sup>”, ou seja, que não estão directamente relacionados com o conteúdo da norma, mas que são essenciais para a determinação do vício da norma que padece de patologias

<sup>38</sup> CANAS, Vitalino, *Os Processos de Fiscalização...*, cit., p. 150 e ss.

de natureza formal. Como exemplos destes factos, Jorge Miranda indica a verificação de falta de *quorum*, a falta de obtenção da maioria de aprovação exigida e a falta de audição das organizações de trabalhadores ou dos órgãos das regiões autónomas<sup>39</sup>.

#### 2.4. Modelação do Conteúdo da Decisão do Tribunal Constitucional

Em sede processual é necessário considerar factos para apreciação da falta do pressuposto de *utilidade processual*. “A autonomia do princípio da utilidade do recurso deriva da relação de instrumentalidade do processo constitucional em relação ao processo principal”<sup>40</sup>. Podemos identificar três corolários deste princípio<sup>41</sup>: i) necessidade de efectivamente se ter dado a aplicação ou a desaplicação da *norma-objecto*, ii) necessidade de esta aplicação ou não aplicação ter resultado directamente de uma questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, iii) interesse em recorrer, isto é, utilidade do recurso para a esfera jurídico-processual do recorrente. O interesse em recorrer é um pressuposto objectivo com laivos subjectivos. Este pressuposto pode ser encontrado no processo constitucional por via da aplicação subsidiária das regras do CPC, de acordo com o artigo 69.º da LTC. Para a doutrina processualista que aceita a autonomia deste pressuposto face à legitimidade processual, como pressuposto inominado, para que haja interesse em recorrer é necessário que o recorrente tenha objectivamente sido prejudicado pela decisão do tribunal *a quo*, que tenha interesse concreto em que a sentença que lhe foi desfavorável seja revogada e que esta revogação tenha consequências positivas, traduzidas em vantagens ou benefícios, na sua esfera jurídica.

No Acórdão n.º 206/92<sup>42</sup> o Tribunal Constitucional afirma: “o Tribunal Constitucional tem entendido – contra a opinião do signatário –, em hipóteses similares, que há interesse processual no conhecimento do recurso desde que a decisão de recusa de aplicação de norma por inconstitucionalidade surja como um dos fundamentos, mesmo que de todo irrelevante, da decisão de fundo”. Mas já no Acórdão n.º 490/99<sup>43</sup> o Tribunal Constitucional diz que o “recurso só pode admitir-se quando o eventual julgamento de inconstitucionalidade possa, de algum modo, projectar-se no caso concreto, alterando ou

<sup>39</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI..., cit., p. 174.

<sup>40</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*..., cit., p. 678.

<sup>41</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*..., cit., p. 656.

<sup>42</sup> In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920206.html>.

<sup>43</sup> In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990490.html>.

modificando a solução jurídica – ou parte dela – que se obteve para a questão que esteve na origem do recurso”. Admitindo a autonomia deste pressuposto, será necessário ao Tribunal Constitucional apreciar factos de modo a poder concluir pelo interesse pessoal, directo ou actual no julgamento do recurso do recorrente.

Ainda no âmbito de decisões processuais, há que considerar as *decisões limitativas*<sup>44</sup> ou *restritivas*. Em princípio, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, artigo 282.º n.º 1 e 2; isto é, por regra, a decisão de inconstitucionalidade tem efeitos retroactivos e eficácia repristinatória. No entanto, a Constituição consagrou neste domínio um modelo “flexível em matéria de efeitos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral”<sup>45</sup>. Neste tipo de decisões o Tribunal Constitucional faz uma ponderação das consequências que irão resultar da sua decisão de inconstitucionalidade e toma-as em consideração limitando os efeitos da inconstitucionalidade com fundamento noutros princípios ou interesses constitucionalidade protegidos, adequando a decisão concreta à situação de vida. Poderão essencialmente existir três modalidades de *decisões limitativas*:

- (i) Decisão que, de acordo com o artigo 282.º n.º 4 da Constituição, permite ao Tribunal Constitucional a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade com fundamento na segurança jurídica, na equidade ou no interesse público de especial relevo; esta decisão não implica uma alteração qualitativa da decisão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, mas apenas uma atenuação do valor jurídico negativo<sup>46</sup>.
- (ii) *Decisões apelativas*, não admitidas pelo ordenamento jurídico português, em que o Tribunal Constitucional considera que a decisão só produz efeitos a partir de determinado momento, de modo a conceder ao legislador um período, que considera razoável, para que este resolva a questão de inconstitucionalidade.
- (iii) Decisão de inconstitucionalidade em que o Tribunal Constitucional pode limitar-se a julgar ou a declarar essa inconstitucionalidade, não retirando da decisão nenhum efeito (esta situação aproxima-se de certa

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1017 e ss.; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI..., cit., p. 85; MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 815 e ss.

<sup>45</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo III*, Wolters Kluwer e Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 845.

<sup>46</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI..., cit., p. 107.

forma da que se encontra prevista no artigo 277.º n.º 2 da Constituição relativamente a tratados internacionais).

Especialmente relevantes são as decisões limitativas tomadas ao abrigo da norma do artigo 282.º n.º 4 da Constituição<sup>47</sup>. Estas decisões são medidas excepcionais fundamentadas pela necessidade de protecção das expectativas razoáveis dos destinatários das normas consideradas inconstitucionais. O Tribunal Constitucional deverá sempre ter em linha de conta que uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* será sempre prioritária. A restrição dos efeitos tem como fundamento a segurança, equidade e interesses públicos. Tradicionalmente entendia-se que o conceito indeterminado “interesse público” comportava a ideia de razão de Estado e considerações políticas que deveriam ser realizadas pelo Tribunal; no entanto, recentemente tem-se entendido que a restrição dos efeitos *ex tunc* só poderá ser realizada tendo como fundamento a prossecução de valores e fins com assento constitucional. A tomada deste tipo de decisões não é totalmente discricionária, estando sempre sujeita ao crivo do princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de necessidade, adequação e racionalidade. O Tribunal Constitucional terá de aferir cautelosamente se a limitação de efeitos é idónea e necessária para salvaguardar os interesses constitucionais considerados relevantes para este preceito. Para fazer a restrição permitida o Tribunal Constitucional deverá, por outro lado, realizar uma “avaliação dos efeitos da decisão em face dos concretos factos e situações de vida”<sup>48</sup>. O Tribunal Constitucional terá de fazer uma ponderação entre aqueles interesses que hipoteticamente seriam afectados pelo juízo de inconstitucionalidade da norma com eficácia retroactiva e repristinatória e aqueles que estão a ser prejudicados pela norma inconstitucional. Ou seja, a apreciação das consequências resultantes da decisão de inconstitucionalidade não pode ser feita em abstracto, tem de ser feita tendo em consideração a situação de vida que irá resultar para os sujeitos que irão sofrer na sua esfera jurídica os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, em comparação com a situação de vida que no momento da tomada da decisão têm os sujeitos afectados pela inconstitucionalidade da norma. Para fazer estas considerações o Tribunal Constitucional terá de ter em conta a realidade fáctica que existe e a que irá resultar da sua decisão, só assim podendo concluir se situação necessita de ser protegida face aos efeitos sancionatórios da inconstitucionalidade.

Deveremos colocar, logo à partida, certos limites absolutos à faculdade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obriga-

<sup>47</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada* – Tomo III..., cit., p. 845 e ss.

<sup>48</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI..., cit., p. 299.

tória geral. Desde logo há que ter em conta que nunca poderão ser restringidos os direitos fundamentais previstos no artigo 19.º n.º 6 da Constituição, ou seja, aqueles direitos que nunca poderão ser suspensos mesmo em caso de estado de sítio ou de necessidade. Por outro lado não poderá ser tomada uma decisão que tenha em conta apenas os interesses de uma determinada categoria de pessoas em detrimento de outra, pois isso violaria o princípio da igualdade, presente no artigo 13.º da Constituição. Deve-se também entender que, de acordo com esta norma, o Tribunal Constitucional não pode diferir para o futuro a produção dos efeitos da inconstitucionalidade, ou seja, poderá restringir os efeitos em relação ao passado e não em relação ao futuro.

Por fim, há que ter em conta que, embora esta norma se insira sistematicamente na secção referente à fiscalização abstracta da inconstitucionalidade e em relação a uma decisão com força obrigatória geral, devemos considerar que, tendo em conta os interesses constitucionalmente protegidos que se visa tutelar e que com estas restrições se pretende assegurar melhor a normatividade da Constituição, este tipo de decisões poderá ser também tomada em sede de fiscalização concreta e por qualquer tribunal judicial, neste último caso cabendo sempre recurso para o Tribunal Constitucional.

Têm sido controversas as decisões de inconstitucionalidade tomadas pelo Tribunal Constitucional em que este limita os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral ao abrigo da norma constante do artigo 282.º n.º 4, nomeadamente quanto a questões tributárias.

O Tribunal Constitucional nos últimos anos tomou decisões com estas características, em sede de fiscalização abstracta da constitucionalidade, relativamente aos Orçamentos de Estado. No Acórdão n.º 353/2012<sup>49</sup>, o Tribunal Constitucional decidiu, ao abrigo do disposto no artigo 282.º n.º 4 da Constituição, limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos seguintes termos: “determina-se que os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade não se apliquem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012”. Este processo foi de fiscalização abstracta sucessiva, o que significa que o Orçamento de Estado de 2012 já se encontrava em vigor. O Tribunal Constitucional pretendeu não comprometer as metas orçamentais para 2012 com a declaração de inconstitucionalidade da norma que consagrava a suspensão destas retribuições salariais. Afirma o Tribunal Constitucional que “encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado, reconhece-se que as consequências da declaração de inconstitucionalidade acima anunciada, sem

<sup>49</sup> *In* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado.” Tendo em conta que o montante da poupança líquida da despesa pública que se obtinha com a suspensão destas retribuições assumia uma dimensão relevante nas contas públicas e considerando o esforço financeiro que tinha de ser feito para se atingir a meta traçada; o Tribunal Constitucional concluiu que se estava perante uma situação em que um interesse público de excepcional relevo exigia a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

No Acórdão n.º 413/2014<sup>50</sup> o Tribunal Constitucional veio a produzir uma decisão semelhante relativamente às normas contidas no artigo 33.º da Lei do Orçamento de Estado de 2014. A redacção anterior das normas em questão tinha sido apreciada no Acórdão n.º 396/2011<sup>51</sup>, que se pronunciou pela sua não inconstitucionalidade face ao carácter temporário e à natureza de medidas orçamentais daquelas normas. Este problema tinha também sido colocado no Acórdão n.º 187/2013<sup>52</sup>. Resulta dos acórdãos anteriores a 2014 que a transitoriedade que permitiu um juízo de conformidade constitucional das disposições orçamentais relativas à retribuição mensal dos trabalhadores do sector público supunha mais do que a mera revisibilidade da medida. Assim, voltando a medida a repetir-se no Orçamento para 2014, o Tribunal Constitucional considera que a redução adquiriu carácter necessariamente permanente e definitivo, concluindo pela sua inconstitucionalidade. No entanto, como tinha sido decidido em 2012, tendo em conta que tinha já decorrido um amplo período de execução orçamental e que a declaração de inconstitucionalidade levaria ao dever de reembolsar a totalidade das verbas que, em aplicação desse preceito tinham sido retiradas, o Tribunal Constitucional decide limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas para o futuro. Nas suas palavras: “considerando a necessidade de evitar a perda para o Estado da poupança líquida de despesa pública já obtida no presente exercício orçamental por via das reduções remuneratórias, apesar de excederem o limite do sacrifício que se entende constitucionalmente admissível em relação aos trabalhadores que auferem por verbas públicas, com base no disposto no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição, e em atenção a esse interesse público de excepcional relevo, o Tribunal decide atribuir efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade das referidas normas, que, assim, se produzirão apenas a partir da data da sua decisão.”

<sup>50</sup> *In* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>.

<sup>51</sup> *In* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>.

<sup>52</sup> *In* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>.

Estas decisões são claramente muito discutíveis, uma vez que chocam com o entendimento tradicional e maioritário dado ao artigo 282.º n.º 4 da Constituição, de acordo com o qual os efeitos da inconstitucionalidade só podem ser limitados quanto a factos futuros e não quanto a factos passados. Tem sido a concepção dominante em Portugal a “rejeição da possibilidade de uma declaração de inconstitucionalidade com suspensão de feitos durante certo tempo [decisões apelativas]” que “tem, designadamente, subjacente a ideia de que uma limitação de efeitos *in futuro*, não só não está prevista no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição, como também brigaria com o princípio da constitucionalidade”<sup>53</sup>. Tem sido uma posição minoritária considerar que as decisões tomadas nos acórdãos acima referidos são possíveis e, mesmo nesses casos, considera-se que a manutenção da norma considerada inconstitucional deve consistir numa *solução transitória*.

Ainda em sede processual, deve ter-se em consideração o *poder positivo* do juiz, tanto do tribunal da causa como o do Tribunal Constitucional, de *repristin*ar a norma anterior revogada pela norma declarada inconstitucional, como já referido anteriormente. Neste âmbito poderemos dizer que existe um princípio geral de repristinação sem juízo de inconstitucionalidade ou sem apreciação da razoabilidade ou adequação em concreto<sup>54</sup>. Devemos considerar que está implícito no pedido de fiscalização da constitucionalidade o conhecimento da norma repristinanda. Uma vez que a razão de ser da inconstitucionalidade é a não aplicação de uma norma inconstitucional a uma certa situação de vida, independentemente do momento em que a norma se encontrava em vigor, deve ser atribuída uma certa margem de discricionariedade ao juiz para decidir qual a norma anterior que deve ser repristinada. Nesta decisão o juiz deverá ter em conta a situação de vida que existia no momento da entrada em vigor da norma que pretende repristinar e a situação de vida que existia no momento em que pretende que aquela volte a entrar em vigor, de modo a poder apreciar a pertinência da repristinação. No entanto, quanto ao juízo de inconstitucionalidade, o juiz está limitado à apreciação da *norma-objecto*, não sendo possível proceder ao alargamento da questão a outras normas, mesmo que revogadas pela *norma-objecto*.

<sup>53</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo III...*, cit., p. 850.

<sup>54</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI..., cit., p. 85; MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., pp. 226 e 227.

### 2.5. *Matéria de Facto Constante do Julgamento da Causa*

Finalmente, a matéria de facto constante do julgamento da causa pode projectar-se no juízo de inconstitucionalidade que o Tribunal Constitucional tem de realizar. Vitalino Canas qualifica estes factos como “factos singulares da causa”<sup>55</sup>, ou seja, estes são os factos concretos ou específicos da causa. Estes factos têm de ser apurados em sede do processo pretexto para poder haver decisão quanto ao mérito da causa, isto é, quanto ao objecto principal do *processo pretexto*. Depois de assim os qualificar, este autor considera que o Tribunal Constitucional não tem poderes para conhecer ou qualificar estes factos, cabendo-lhe apenas a apreciação da inconstitucionalidade como questão de direito, em que eventualmente terá de ter em conta os “factos legislativos”. É relativamente a este tipo de factos que se colocam os maiores problemas a nível do ordenamento jurídico-constitucional português, não sendo claro quais os limites dos poderes cognitivos do juiz.

### 3. *Matéria de Facto do Processo Pretexto*

Estando apurada a relevância da matéria de facto em vários tipos de decisões que o Tribunal Constitucional tem de tomar, há que averiguar quais são, em concreto, os poderes cognitivos atribuídos pela ordem jurídica constitucional portuguesa a este Tribunal.

A Constituição e a LTC não contêm disposição expressa que permita ao Tribunal Constitucional oficiosamente valorar a matéria de facto ou de proceder às diligências que permitam essa valoração, ao contrário dos sistemas alemão, italiano e espanhol que prevêem mecanismos de apreciação da matéria de facto e da prova. Assim, em princípio devemos considerar que o Tribunal Constitucional não tem competência para conhecer a matéria de facto do caso concreto.

Como vimos, Vitalino Canas considera que quanto aos factos específicos da causa, o Tribunal Constitucional encontra-se vinculado pelas considerações feitas pelo tribunal *a quo* e quanto aos factos legislativos o Tribunal Constitucional tem poder de apreciação, tendo em conta a importância que estes têm para a decisão de inconstitucionalidade. Esta apreciação dos factos legislativos é feita independentemente das valorações feitas pelo tribunal *a quo*, pelas partes ou pelo Ministério Público. Este poder fundamenta-se na obrigação do Tribu-

<sup>55</sup> CANAS, Vitalino, *Os Processos de Fiscalização...*, cit., p. 154.

nal Constitucional, como órgão jurisdicional, de procurar a verdade material. Assim, o mesmo autor retira do artigo 64.º-A LTC, relativamente à fiscalização abstracta, um princípio geral para os processos de fiscalização da constitucionalidade e da ilegalidade quando aos poderes de averiguação do Tribunal Constitucional relativamente à matéria de facto.

Tem sido a regra do Tribunal Constitucional considerar que não tem poderes para valorar a matéria de facto do *processo pretexto*. No Acórdão n.º 94/90<sup>56</sup>, o Tribunal Constitucional considera que o “juízo sobre os elementos facticos ao seu dispor levado a cabo pela Relação de Lisboa é algo que não pode ser sindicado pelo Tribunal Constitucional”, concluindo que, uma vez que “o acórdão recorrido não fez aplicação de norma arguida de inconstitucional ou já como tal declarada com força obrigatória geral, e sendo certo que, como é jurisprudência firme deste Tribunal, o juízo de constitucionalidade por ele efectuado tão só pode incidir sobre normas e não sobre decisões judiciais” e assim “vedado está a ele tomar conhecimento do objecto da impugnação aqui apresentada”, decidindo não tomar conhecimento do recurso.

Deste modo, o Tribunal Constitucional não pode confrontar a matéria dada como provada ou não provada pelas instâncias inferiores e o acórdão que tal o fizer poderá ficar afectado pelo vício de *excesso de pronúncia*. Consequentemente, a sentença do Tribunal Constitucional seria nula. No Acórdão n.º 82/91<sup>57</sup> o Tribunal Constitucional considerou que efectivamente poderia ocorrer o vício de *excesso de pronúncia* que faria com que a sentença padecesse do vício de nulidade, embora, no caso que em concreto apreciou, tivesse concluído que este excesso não existia.

No entanto, esta não é a posição de outros autores, como Jorge Miranda e Blanco de Moraes. Por outro lado pode encontrar-se decisões do Tribunal Constitucional em que este foi para além da apreciação dos tais “factos legislativos” para garantir a correcção da sua decisão.

Gomes Canotilho considera que estamos perante um *problema de delimitação de competências*<sup>58</sup> dentro do próprio poder judicial do Tribunal Constitucional. O critério de delimitação deverá centrar-se na eventual violação do direito constitucional específico, isto significa que o Tribunal Constitucional só terá poderes para apreciar a matéria de facto da causa na medida em que ocorreu uma violação do direito constitucional específico, não tendo poderes de sindicalizar a decisão de mérito relativamente à aplicação do direito ordinário.

<sup>56</sup> In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900094.html>.

<sup>57</sup> In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910082.html>.

<sup>58</sup> CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1324.

No entanto, apenas no contexto do caso concreto se conseguirá concluir pela extensão e intensidade do controlo permitido.

Blanco de Moraes considera que relativamente a uma situação normativa sobre a qual o Tribunal Constitucional tem de fazer um juízo de inconstitucionalidade incidental, aquele terá de poder ter em conta a matéria de facto. O critério deverá ser o do “carácter manifestamente indispensável da apreciação dos factos para a formação do juízo de inconstitucionalidade”<sup>59</sup>. Devemos considerar, como o próprio Tribunal Constitucional já o fez, que este dispõe de competência para apreciar a sua própria competência, ou seja, para decidir de quais os recursos que pode conhecer e para determinar quais devem ser os seus poderes cognitivos quanto à matéria de facto. Podemos no entanto estabelecer dois limites à competência cognitiva do Tribunal, um positivo e um negativo<sup>60</sup>. O limite positivo consistirá “na existência de uma conexão necessária entre a valoração da matéria de facto e o juízo de constitucionalidade.” A existência desta conexão deverá ser apreciada pelo Tribunal Constitucional, no âmbito dos seus poderes expressamente atribuídos pela Constituição e pela LTC, que levarão a que necessariamente o Tribunal considere que precisa de ter em conta a matéria de facto para que possa adequadamente formar o seu juízo de inconstitucionalidade. O limite negativo será a própria “esfera de competência constitucional legal dos tribunais ordinários para julgar a matéria de facto respeitante ao processo-pretexto, quando for caso disso”. Ou seja, o poder cognitivo do Tribunal encontrará o seu limite quando estiver a invadir os próprios poderes cognitivos dos tribunais da causa.

### 3.1. *Questão: Qualificação Diversa dos Factos da Causa*

Como descrito anteriormente, o Tribunal Constitucional não está vinculado às considerações de qualquer interveniente processual relativamente à questão de direito. Tal o afirma no Acórdão n.º 247/93<sup>61</sup>, “são estes os elementos [identificados nas intervenções dos vários sujeitos processuais] dos quais há que partir na formulação de um juízo sobre a questão de constitucionalidade colocada, a qual há-de ser resolvida no âmbito dos poderes de cognição próprios deste Tribunal Constitucional. Efectivamente, de acordo com o preceituado no artigo 79.º-C da Lei do Tribunal Constitucional, “o Tribunal só pode julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida, conforme os

<sup>59</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 581.

<sup>60</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 585.

<sup>61</sup> In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930247.html>.

casos, tenha aplicado ou a que haja recusado a aplicação, *mas pode fazê-lo com fundamento na violação da norma ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada*” (itálico nosso).

Em regra, tem-se entendido que quanto à matéria de facto está limitado nos seus poderes de cognição relativamente ao que foi trazido ao processo pelos vários intervenientes processuais e pelos tribunais da causa. No entanto, como vimos, esta limitação poderá ser ultrapassada quando o Tribunal Constitucional considerar que a apreciação e a sindicalização da matéria de facto são essenciais para o julgamento da questão de inconstitucionalidade.

No Acórdão n.º 279/00<sup>62</sup>, o Tribunal Constitucional adopta este entendimento, começando por dizer que “não compete, porém, ao Tribunal Constitucional sindicat a aplicação do direito infraconstitucional, a menos que tal *sindicalidade seja indispensável* para a resolução da questão de constitucionalidade suscitada nos autos” (itálico nosso). Continua o Tribunal dizendo que “em regra, não se integra nos poderes do Tribunal Constitucional a interpretação do direito ordinário. Porém, se, para a resolução da questão de constitucionalidade equacionada nos autos, for indispensável proceder à interpretação do direito infraconstitucional, então, não o fazer equivaleria a deixar na competência do tribunal recorrido algo que a Constituição especificamente comete ao Tribunal Constitucional: administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

Portanto, quando é essencial à resolução da questão de constitucionalidade, o Tribunal não pode deixar de conhecer certos aspectos de direito infraconstitucional; designadamente, não pode deixar de verificar a justeza das qualificações feitas pelo tribunal recorrido, quando tal for indispensável para resolução da questão de constitucionalidade, ou, talvez melhor dizendo, quando a questão de constitucionalidade coincidir, em maior ou menor dimensão, com a questão da qualificação feita à luz do direito ordinário.”

Em síntese, juntando as considerações feitas pelo Tribunal Constitucional, poderemos concluir que é aceite a possibilidade de este: (i) qualificar situações de facto valoradas pelas várias instâncias de forma diversa, tendo o poder de determinar o que consiste matéria de facto e o que consiste matéria de direito, (ii) qualificar abstractamente os meios de prova de forma diversa da adoptada pelo tribunal *a quo*, (iii) enquadrar a matéria de facto numa *moldura jurídica, conceptual ou legal* diversa da qual foi integrada na decisão recorrida. Podemos concluir que a faculdade de qualificação diversa deverá ser exercida num plano essencialmente interpretativo, uma vez que o Tribunal Constitucional não

<sup>62</sup> In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000279.html>.

poderá em nenhum caso substituir-se ao tribunal *a quo* e ter em conta para a decisão concreta de inconstitucionalidade factos diferentes dos alegados e provados. Citando Blanco de Moraes, trata-se de “uma *faculdade excepcional e limitada* que só pode exercida se a qualificação do processo de aplicação do direito aos factos respeitantes ao fundo da causa for estimada pelo Tribunal Constitucional como absolutamente necessária para que possa formular um juízo de constitucionalidade ou de legalidade”<sup>63</sup>.

### III – Conclusão

Não se encontra prevista no ordenamento jurídico português constitucional a possibilidade de apreciação da matéria de facto relevante ou da matéria de facto do processo pretexto, ao contrário do que acontece em outros ordenamentos jurídicos europeus. No entanto, deveremos aceitar esta faculdade tendo como fundamento a supremacia do Tribunal Constitucional. Este é o órgão jurisdicional com competência para administração da justiça constitucional a quem cabe a última palavra na decisão de inconstitucionalidade.

A apreciação dos factos pelo Tribunal Constitucional terá contornos diferentes consoante a natureza dos factos que estiverem em causa. Verificou-se ao longo deste texto que, na maioria das decisões do Tribunal Constitucional, será essencial ter em conta certo tipo de factos para que o juízo de inconstitucionalidade seja o mais correcto possível e para que seja adequado às situações de vida afectadas pela decisão. Caberá ao Tribunal definir quais os limites da sua competência para apreciação de cada facto.

A aceitação desta faculdade resulta da conexão estreita do processo constitucional com os processos pretexto, devendo esta proximidade ser encarada como uma vantagem do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade.

<sup>63</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 587.

## ÍNDICE DO ANO 147.º (2015)

### ARTIGOS DOUTRINAIS

JORGE MIRANDA

*Os projetos de Constituição apresentados à Assembleia Constituinte em 1975 – Uma comparação retrospectiva* ..... 9

CARLA AMADO GOMES

*With great power comes great responsibility: apontamentos sobre responsabilidade civil médica e culpa do paciente*..... 33

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

*A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito civil brasileiro do século XX*..... 45

VASCO FREITAS DA COSTA

*Trading in looted art? Problems for met, getty and the others*..... 111

ROLF MADALENO/BIBIANA BRUM OHIRA

*Sociedade entre cônjuges: aplicação do artigo 977 do CC/2002 às sociedade simples*.... 137

HUGO LUZ DOS SANTOS

*A reforma do Código de Processo Penal de 2013 e o processo sumaríssimo – Entre a Law and Economics Posneriana (MDR) e a Maximização da Justiça Consensual (MJC): duas faces da mesma moeda?*..... 159

JOÃO ILHÃO MOREIRA

*O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública*..... 187

DÁRIO MOURA VICENTE

*Convenção de arbitragem: problemas atuais*..... 303

HIDEMBERG ALVES DA FROTA <i>Direito administrativo global: padrões substantivos</i> .....	323
PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ <i>A não vinculação do juiz comum às decisões do Tribunal Constitucional sobre a restrição de efeitos de declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (a propósito do Acórdão do STA de 20 de Novembro de 2014)</i> .....	363
NUNO RICARDO PICA DOS SANTOS <i>A promoção do registo no prazo geral previsto no artigo 8.º-C do CRPredial como facto impeditivo à aquisição tabular de terceiro</i> .....	399
RÚBEN RAMIÃO <i>O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção jusfundamental</i> .....	431
J. A. MOUTEIRA GUERREIRO <i>A Sociedade da Informação e a valia do Registo Predial</i> .....	485
JÚLIO PINHEIRO FARO <i>As quatro fases do constitucionalismo ocidental</i> .....	563
HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS <i>Ação Civil Pública: um dilema referente ao património histórico e ambiental à luz de um paradigma em juízo</i> .....	603
MAFALDA MIRANDA BARBOSA <i>Acerca da possibilidade de aplicação do artigo 800.º CC a ilícitos extracontratuais – breve apontamento</i> .....	649
DANIELA MIRANTE <i>Hans Kelsen: ruptura ou continuidade entre a Teoria Pura do Direito e a Teoria Geral das Normas</i> .....	685
HUGO LUZ DOS SANTOS <i>Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking?</i> .....	715
MARIA MARGARIDA CANDEIAS <i>A Filosofia de Locke e os Direitos Individuais do Homem</i> .....	745

RUI TAVARES LANCEIRO <i>O dever de anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a jurisprudência Kühne &amp; Heitz</i> .....	795
RUI SOARES PEREIRA/DAVID SILVA RAMALHO <i>Os processos especiais no direito processual penal português</i> .....	823
PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ <i>A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance</i> .....	853
OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO <i>O estado de necessidade económico-financeiro e o impacto sobre os direitos fundamentais</i>	897
ALEXANDRE GUERREIRO <i>Intervenção militar na Síria e o Conselho de Segurança das Nações Unidas: Obligatio erga omnes ou a descredibilização das instituições Internacionais?</i> .....	969
DAVID SILVA RAMALHO/JOSÉ DUARTE COIMBRA <i>A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves</i> .....	997
MARGARIDA SEPÚLVEDA TEIXEIRA <i>Apreciação da Matéria de Facto em Sede de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade</i>	1047
NOTA BREVE A. BARRETO MENEZES CORDEIRO <i>A circulabilidade enquanto característica e função dos títulos de crédito</i> .....	207
JURISPRUDÊNCIA ANOTADA MARCO CALDEIRA/TIAGO SERRÃO <i>De volta às reclamações para a conferência: (um)a decisão constitucionalmente adequada</i>	213
RESENHA DE JURISPRUDÊNCIA JORGE MIRANDA <i>O Tribunal Constitucional em 2014</i> .....	231



**CUPÃO DE ASSINATURA**

NOME

MORADA

CÓD. POSTAL 



 - 



 LOCALIDADE

TELEFONE 



 N° CONTRIBUINTE

PROFISSÃO

EMAIL

NÚMEROS AVULSO **€80,00**

ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) **€70,00** (DESCONTO DE 12,5%)  
 COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA **O DIREITO** (4 NÚMEROS) DO ANO

\_\_\_\_\_ DATA 



 - 



 -

ASSINATURA

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA  
 ASSINATURA DA REVISTA O DIREITO – JOAQUIM MACHADO, S.A., Rua Fernandes Tomás,  
 n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS  
 Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net





