UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Boletim da Faculdade de Direito

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Boletim da Faculdade de Direito

VOL. C

Tomo I

COIMBRA
2024

Índice

Índice

João Carlos Loureiro — *Brevíssima Nota por Ocasião da Publicação do 100.º Volume* 1

Doctrina

Rui Manuel Moura Ramos — *Introdução aos Princípios e à Parte Geral do Direito Internacional Privado Português* 5
Introduction to the Principles and General Part of Portuguese Private International Law 79
José Casalta Nabais — *Estado de Derecho y Estado Fiscal* 81
Rule of Law and the Tax State 101
Rui Manuel de Figueiredo Marcos — *Guerra Junqueiro em Coimbra: O Estudante de Direito e o Poeta* 103
Guerra Junqueiro in Coimbra: The Law Student and the Poet 123
J. P. Remédio Marques — *Invenções com Interesse para a Defesa Nacional: Contributos para o Direito a Constituir* 125
Inventions of Interest to National Defence: Contribution to the Creation of a New Legal Framework in Portugal 153
Mafalda Miranda Barbosa — *Camões e a Fundamentação do Direito* 155
Camões and the Foundation of Law .....
Camões and the Foundation of Law 184
Lucinda Dias da Silva — *Tutela Processual de Maiores Vulneráveis. Dupla Via* . 185
Procedural Protection for the Most Vulnerable 240

Conferência Comemorativa — 25 de Abril 50 Anos Depois

Jónatas Machado — *Liberdade de Expressão e Liberdade Religiosa* 241
Freedom of Expression and Freedom of Religion 250
João Carlos Loureiro — *Justiça Constitucional Antes e Depois de Abril. I – Introdução e História até 1974* 251
Constitutional Justice, Before and After April: I – Introduction and History Until 1974 300

Maria João Antunes — *25 de Abril: Palavras Derrubadas e Conquistadas na Justiça Criminal* 301
April 25: Words Overturned and Conquered in Criminal Justice 308
Pedro Costa Gonçalves — *Constituição de 1976 e Direito Administrativo* ... 309
1976 Constitution and Administrative Law 325
Paulo Mota Pinto — *O 25 de Abril e o Direito da Economia* 327
25 April 1974 and Economic Law 357
Paula Veiga — *Ser Mulher Antes e Depois do 25 de Abril* 359
Being a Woman before and after April 25 365

Scripta

José Casalta Nabais / Marta Costa Santos / Joana Neto Anjos / Eduardo A. S. Figueiredo / Maria João Paixão — *O Poder Legislativo em Portugal: Estrutura, Integração e Competências* 367
Legislative Power in Portugal: Structure, Integration, and Competences 459
Rui Manuel de Figueiredo Marcos — *Que Rumo para a Justiça em Coimbra? O Novo Palácio da Justiça de Coimbra* 461
Which Path for Justice in Coimbra? The New Coimbra Palace of Justice in Coimbra 469
Paula Veiga — *Desafios aos Direitos Humanos e Futuro Humanizado do Direito Internacional* 471
Challenges to Human Rights and an Humanised future for International Law . 480
João Nogueira de Almeida — *Direitos Humanos e Refugiados Ambientais: Problemas de Regulação* 481
Human Rights and Environmental Refugees: Regulation Issues 491
Susana Aires de Sousa — *O Professor Universitário e "o Prazer de Não Cumprir um Dever"* 493
The University Professor and "The Pleasure of Leaving a Task Undone" .. 502
David Magalhães — *Le Testament Maritime dans l'Histoire du Droit Portugais* ... 503
Maritime Wills in Portuguese Legal History 515
Lucinda Dias da Silva — *Prova (Artificialmente) Inteligente* 517
(Artificially) Intelligent Evidence 551

Varia

I — Homenagem

1. Professor Doutor Fernando Alves Correia (25 de Outubro de 2023)
1.1. **Jónatas E.M. Machado** — *Palavras do Director da Faculdade de Direito* 553
1.2. **Fernando Alves Correia** — *Palavras Proferidas na Sala 8 dos Gerais* 557
1.3. **Fernando Alves Correia** — *Palavras Proferidas por Ocasião do Descerramento do Retrato na Sala do Conselho Científico* 571
2. Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade (3 de Novembro de 2023)
2.1. **Jónatas E.M. Machado** — *Palavras do Director da Faculdade de Direito* 573
2.2. **José Carlos Vieira de Andrade** — *Palavras Proferidas por Ocasião do Descerramento do Retrato na Sala do Conselho Científico* 577

III — Páginas Escolhidas

Fézas Vital — "Leis jurídicas e leis naturais", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 8 (2023–2025), 1-8 583

IV — Vida da Escola

1. Tomada de Posse do Doutor Jónatas Machado como Director da Faculdade de Direito
1.1. *Discurso do Doutor Jónatas Machado* 589
2. Congresso "Atualidades do Direito Público: análise comparada Brasil-Portugal" (2 e 3 de Outubro, 2023)
2.1. *Palavras da Subdirectora da Faculdade de Direito, Doutora Paula Veiga* 597
3. Dia da Escola
3.1. *Discurso do Primeiro Conselheiro da Embaixada de França em Portugal, Dr. Thomas Bertin* 599
3.2. **Rui Manuel de Figueiredo Marcos** — *O Renascimento da Sala História* 603
4. *Doutoramentos e Mestrados* 609

5. *Actividades Promovidas pela Direcção da Faculdade* 616
6. *Instituto Jurídico* 617
7. *Centros e Associações* 619
8. *Órgãos da Escola* 623
9. *Homenagem* 623

BREVÍSSIMA NOTA POR OCASIÃO DA PUBLICAÇÃO DO 100.º VOLUME

João Carlos Loureiro

Há uma década assinalámos o centenário do *Boletim da Faculdade de Direito*, com um número especial e uma série de conferências que, em parte, tiveram também expressão editorial. Por ocasião da publicação do centésimo volume, reafirma-se um projeto editorial que contribuiu para o rosto institucional da Faculdade de Direito, a qual já então, por via de alguns dos seus Professores, dava corpo à *Revista de Legislação e de Jurisprudência*.

A dessincronização entre o tempo do *Boletim* — 110 anos — e o volume que agora se dá à estampa resulta do facto de, nas primeiras décadas de vida, esta publicação institucional não ter sido alheia à circunstância de crise. Nascida no ano do início da I Guerra Mundial, em "Primeiras Palavras", que abre o 1.º fascículo do ano seminal do *Boletim*, em julho de 1914, lê-se:

> «Reconheceu-se a necessidade de combater, com veemência e ardor, o *dogmatismo e o verbalismo:* o primeiro porque apresentava os princípios e as instituições jurídicas sob uma forma apriorística, como criações abstratas, em vez de os encarar como fórmulas scientíficas de realidades objectivas e de os aproximar dessas realidades; o segundo porque cultivava sobretudo a memória, em vez de pôr em movimento o raciocínio, marcando ao ensino um papel *receptivo*, em vez de lhe assinar principalmente uma função *criadora*».

A ligação ao ensino e à investigação da Faculdade de Direito é uma constante destes anos. Outros modos de difusão da jurisprudência tornaram supérflua a tarefa, que lhe era então cometida, de publicar as peças jurisprudenciais.

Tendo o primeiro volume do *Boletim* começado no início do segundo semestre de 1914, não se estranha que o volume I cubra 1914, mas também parte de 1915, o que se mantém até ao volume VI (1920-1921). O VII, para além de 1921-1922, abraçou também 1923, logo aí perdendo-se mais um volume. O VIII tem como arco temporal 1923-1925 e, a abrir, encontra-se uma "Nota Preambular", com a seguinte observação:

> "Um tão longo e impenetrável silêncio como o que temos mantido, fez julgar a muitos que o BOLETIM, cansado dos seus sete anos de vida, desaparecera definitivamente. E na instabilidade de todas as coisas portuguesas nem foi difícil supô-lo nem fazê-lo acreditar. Mas como na verdade não morrera, não diremos que ressuscita agora; diremos apenas que reaparece e que retoma o seu caminho».

Também o Ano X saiu manifestamente atrasado, sendo que o período coberto, como se vê logo no frontispício do n.º 1, abarca 1926-1928. O volume XI coincide com o ano de 1929. No volume seguinte, volta-se ao esquema original de associar dois anos, que se manterá até ao volume XVII (1940-1941), sem prejuízo de o volume XIII voltar a alargar-se a três anos (1932-1934) e da interrupção da publicação nos anos de 1935 e 1936.

Ontem como hoje continuamos fiéis à proposta inicial, experimentada no cadinho exigente do tempo:

> «O BOLETIM será o instrumento de mediação entre a Faculdade e a opinião jurídica do país, sobretudo entre a Faculdade e a magistratura judicial, ao mesmo tempo que procurará dar a conhecer o que se faz e o que se ensina nas aulas e cursos da Faculdade».

Ao longo de 100 volumes, e sem prejuízo do lugar prioritário do diálogo jurídico com aqueles que, de diferentes modos, realizam o direito na pátria/mátria, o discurso consolidou-se no mundo de juristas lusófonos. Primeiro com o Brasil, que enriqueceu e deu sopro ao idioma; depois, na sequência da Revolução de Abril, cujos cinquenta anos assinalamos, com os países africanos de língua oficial portuguesa, que contribuíram, também eles, para fazer do português o primeiro idioma do hemisfério sul, a que se juntam Timor, uma minoria de falantes em Macau e algumas bolsas linguísticas que recordam o tempo em que o português foi no Índico a língua de comunicação por excelência. Também se fortaleceu uma relação com outros países europeus, especialmente com Alemanha, Espanha, França e Itália.

Mais recentemente, por via da digitalização (em especial, com a inclusão na *HeinOnline*), abraçámos todo o mundo.

Em tempos de incerteza e de desafios (ecológicos e digitais, entre outros), procuraremos continuar a responder à(s) circunstância(s), cultivando teoria e dogmática jurídicas, convosco. Pois, como magistralmente (d)escreveu Camões:

> "Ó grandes e gravíssimos perigos/ Ó caminho de vida nunca certo/ Que aonde a gente põe sua esperança/ Tenha a vida tão pouca segurança"[1].

[1] Luís de Camões, *Os Lusíadas,* Canto I, 105, 5-8.

Doctrina

INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS E À PARTE GERAL DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS *

Rui Manuel Moura Ramos

INTRODUÇÃO GERAL

1. Considerações preliminares

1. O direito internacional privado português pode ser considerado um ramo de direito relativamente recente, tendo algumas regras relativas às relações plurilocalizadas de carácter privado sido incluídas no Código Civil de 1867 (o *Código de Seabra*[1]), na linha do *Code Civil* francês de 1804,

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID 0000-0003-0698-9107.

O presente texto constitui a versão portuguesa de uma parte da contribuição do autor para uma obra colectiva dedicada a uma exposição do sistema português de direito internacional privado cuja publicação em língua inglesa se encontra prevista. A circunstância de esse trabalho se inserir num esforço de apresentação dos vários sistemas nacionais de direito internacional privado que facilite a sua comparação justificou a adopção de uma estrutura comum às diversas monografias dedicadas a cada um deles, que aqui foi seguida, e que é porventura diversa da que, noutras condições, teria sido utilizada. Essa circunstância e a índole do trabalho não nos pareceu no entanto que tornasse desinteressante a sua divulgação entre nós.

[1] Cfr. os artigos 24.º a 31.º deste diploma.

de resto seguidas por outras disposições da mesma natureza no Código de Processo Civil de 1867[2] e no Código Comercial de 1888[3]. A primeira obra doutrinal relativa a este sector da ordem jurídica surgiu em 1868[4] e foi seguida por diferentes outras publicações[5]. A partir de 1901, o direito internacional privado passou a ser uma das matérias ensinadas nos cursos universitários de direito, ainda que inicialmente no interior da disciplina de direito internacional[6], até que a Reforma de Estudos de Jurídicos de 1911 criou uma disciplina exclusivamente dedicada ao direito internacional privado, tendo os conteúdos deste curso vindo a estar na origem do primeiro tratamento de conjunto destas matérias na doutrina portuguesa[7].

2. Com o Código Civil de 1966, foi introduzido, no Título I (Das Leis, sua interpretação e aplicação) do seu Livro I (Parte Geral), um Capítulo relativo aos Direitos dos Estrangeiros e Conflitos de Leis[8]. Trata-

[2] Cfr. os artigos 20.º, e 1087.º a 1091.º.

[3] O *Código Veiga Beirão*. Cfr. o seu artigo 4.º.

[4] Cfr. Lucas Fernandes Falcão, *Do Direito Internacional Privado*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1868.

[5] Cfr. os trabalhos de Guimarães Pedrosa, *Introdução ao Estudo do Direito Privado Internacional*, Coimbra: Imprensa da Universidade 1878; Veiga Beirão, *Da Letra de Câmbio em Direito Internacional*, Lisboa: Typographia Universal, 1886; Tavares de Medeiros, *Da Reciprocidade Internacional no Cumprimento das Obrigações Civis*, Lisboa: Livraria Castro Irmão, 1892; Teixeira de Abreu, *Estudos sobre o Código Civil Português. II — Das Relações Civis Internacionais*, Coimbra: Imprensa Académica, 1894; Artur Montenegro, *Theoria da Unidade e da Universalidade da Fallencia*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1894; Marnoco e Sousa, *Execução extraterritorial das sentenças civeis e commerciaes*, Coimbra: F. França Amado-Editor, 1898; e Alberto dos Reis, *Das Sucessões no Direito Internacional Privado*, Coimbra: F. França Amado-Editor, 1899.

[6] Cfr. Machado Villela, *Direito Internacional*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1904, 745-863.

[7] Cfr. Machado Villela, *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado*, Livro I — Princípios Gerais, 1921, Livro II — Aplicações, Coimbra: Coimbra Editora, 1922. Sobre o contributo deste Autor, cfr. Moura Ramos, «Machado Villela, o Primeiro Internacionalista Português da Contemporaneidade», *in* A. Machado Villela, *Conflitos entre as Leis Portuguesas e as Leis Brasileiras em Matéria de Nacionalidade; com texto de Rui Manuel Moura Ramos,* Coimbra: Instituto Jurídico, 2018 (Cadernos do Centenário; Patronos; Direito Internacional Privado), 71-140.

[8] Artigos 14.º a 65.º. O capítulo baseou-se nos projectos apresentados em 1951 [«Direito Internacional Privado. Direito dos Estrangeiros», *BMJ* 24 (maio de 1951) 9-71] e 1964 [«Aplicação das Leis no Espaço. Direitos dos Estrangeiros e Conflitos de Leis»,

-se de uma verdadeira lei geral de direito internacional privado, que sofreu até hoje apenas três pequenas revisões[9]. Posteriormente, outros preceitos legais vieram a ser introduzidos em diversas codificações de direito material, essencialmente relativos ao âmbito de aplicação espacial das respectivas disposições[10], tendo o mesmo ocorrido com diferentes actos legislativos[11].

3. Nas três últimas décadas do século XX, Portugal reforçou a sua participação no movimento de unificação internacional da nossa disci-

BMJ 136 (maio de 1964) 17-72, este com a colaboração de Baptista Machado] pelo Professor Ferrer Correia. Cfr., a este propósito, entre outros, Erik Jayme, «António Ferrer Correia und die Kodifikation des portugiesischen Internationalen Privatrechts», in *Internationaler Rechtsverkehr und Rechtsvereinheitlichung aus deutsch-lusitanischer Perspektive*), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014, 13-25; e Moura Ramos, «Ferrer Correia e a codificação do Direito Português, em particular do Direito Internacional Privado», *ibidem*, 27-68 (36-68), e «O Código Civil de 1966 e a codificação do direito internacional privado português», *RLJ* 146/4005 (julho-agosto 2017) 370-385.

[9] A mais importante das quais foi a revisão de 1977 do Código Civil que teve por objectivo adaptar este diploma aos princípios constitucionais, e em que, no domínio dos conflitos de leis, foram eliminadas as conexões tidas por contrárias ao princípio da igualdade (nacionalidade do marido, nacionalidade do pai). Cfr., a este respeito, Ferrer Correia, «A Revisão do Código Civil e o Direito Internacional Privado», in *Estudos Vários de Direito*, Coimbra: Por Ordem da Universidade 1982, 279-307; Moura Ramos, «A reforma de 1977 e o direito internacional privado da família», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, v. I — *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 725-742; Helena Mota, «A Constituição e o Direito Internacional Privado da família na jurisprudência portuguesa e espanhola. Diferenças e semelhanças», in João Reis *et al.,* coord., *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais*, v. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 443-466; e, mais próximo de nós, Maria Helena Brito, «Nos 40 Anos da Reforma do Código Civil. Alcance e Significado actual da reforma do Direito Internacional Privado da Família», *Themis Especial* 6 (2018) 97-137; sobre o princípio da igualdade em direito comparado, cfr., ainda Dário Moura Vicente, «O princípio da igualdade dos cônjuges no Direito Comparado», *RFDUL* 59 (2018/1) 93-113.

As outras revisões (2007 e 2018) constituíram simples adaptações do texto.

[10] É o caso do Código dos Direitos de Autor de 1985 (artigos 37.º e 63.º a 66.º), do Código das Sociedades Comerciais de 1986 (artigos 3.º e 4.º), do Código dos Valores Mobiliários de 1999 (artigos 3.º, 39.º a 42.º, 108.º, 145.º a 148.º, 227.º, 285.º e 321.º), do Código do Trabalho de 2003 (artigos 6.º a 9.º) e do Código da Propriedade Industrial de 2003 (artigos 3.º e 4.º).

[11] Por exemplo a Lei sobre as cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º

plina, designadamente no quadro da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado[12], mas também de outras organizações internacionais. Por outro lado, após a sua integração nas Comunidades Europeias, tornou-se parte nas convenções (Bruxelas, Roma e Lugano) promovidas por estas organizações, passando também a estar vinculado pelos actos jurídicos por elas adoptados com repercussões na nossa disciplina. E, finalmente, na sequência do desenvolvimento do direito internacional privado da União Europeia[13], cuja criação foi possibilitada pelo Tratado de Amesterdão, os regulamentos adoptados neste contexto tornaram-se vigentes no ordenamento jurídico português.

2. Princípios gerais e Características especiais

4. O direito internacional privado em vigor entre nós constitui hoje um sistema amplo e aberto, onde fontes de direito internacional e de direito da União Europeia partilham um espaço que anteriormente havia apenas sido ocupado pelo direito criado em Portugal; e mesmo este direito autonomamente criado não está mais concentrado numa fonte

446/85, de 25 de outubro), a Lei do contrato de agência (Decreto-Lei n.º 176/86, de 3 de julho), a Lei do estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada (Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de agosto), o Estatuto da Adopção (Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de maio), a lei do regime jurídico da habitação periódica (Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de agosto), e o estatuto legal do navio (Decreto-Lei n.º 201/98, de 10 de julho).

[12] Cfr., a este respeito, Moura Ramos, «A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: A participação de Portugal e o papel da organização na codificação internacional do Direito Internacional Privado», in *Espana y la Codificación internacional del Derecho internacional privado. Terceras jornadas de Derecho internacional privado*, San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 diciembre 1991, Madrid: Eurolex, 1993, 17-40; e «The impact of the Hague Conventions on Portuguese Private International Law», in *The Influence of the Hague Conference on Private International Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 79-92.

[13] Sobre o ponto, cfr. Moura Ramos, *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016; e «Os efeitos patrimoniais do casamento e das parcerias registadas no direito internacional privado da União Europeia», *Boletim da Faculdade de Direito* 93/1 (2017) 1-55; e, quanto ao tema que constitui o objecto central deste texto, por último, Elsa Dias Oliveira, *Direito de Conflitos da União Europeia. Contributo para o estudo da Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 2024.

única (como de certa forma se pretendeu em 1966), encontrando-se, pelo contrário, disperso por diversos textos legais.

5. No entanto, a codificação portuguesa de 1966 continua ainda a ser o texto fundamental a ter em conta, mesmo se, pelas razões mencionadas, partes importantes dela foram substituídas na prática pelos regulamentos europeus e também por algumas convenções internacionais. Quanto ao atrás referido capítulo do Código Civil, note-se que ele se encontra dividido em duas secções, tratando a primeira[14] das questões gerais do direito internacional privado (qualificação, reenvio, referência a um ordenamento plurilegislativo, fraude à lei, ordem pública internacional e aplicação do direito estrangeiro)[15], e contendo também os princípios gerais do direito dos estrangeiros[16] e uma regra relativa aos actos praticados a bordo de navios ou aeronaves[17]. Já a parte especial do direito internacional privado ocupa a segunda secção[18], estando repartida por seis subsecções, dedicadas ao âmbito e determinação da lei pessoal[19], à lei reguladora dos negócios jurídicos[20], das obrigações[21], das coisas[22], das relações de família[23] e das sucessões[24].

6. O regime assim desenhado insere-se na tradição savigniana, em que o reconhecimento da competência de uma lei em cada situação

[14] Intitulada "Disposições Gerais", e incluindo os artigos 14.º a 24.º. Sobre estes preceitos, e para além das obras referidas *infra*, na nota 81, cfr. Lima Pinheiro, «Direito Internacional Privado (artigos 14.º a 24.º do Código Civil)», in Código Civil. Livro do Cinquentenário, v. II — *Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo dos Santos Júnior*, Coimbra: Almedina, 2019, 245-272.

[15] Artigos 15.º a 23.º, onde se encontra a disciplina da parte geral do direito de conflitos.

[16] Artigo 14.º.

[17] Artigo 24.º.

[18] Intitulada "Normas de Conflitos", e incluindo os artigos 25.º a 65.º. Para um primeiro comentário a estas disposições, cfr. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 1982, 339-452.

[19] Artigos 25.º a 34.º.

[20] Artigos 35.º a 40.º.

[21] Artigos 41.º a 45.º.

[22] Artigos 46.º a 48.º.

[23] Artigos 49.º a 61.º.

[24] Artigos 62.º a 65.º.

plurilocalizada implica a determinação do sistema jurídico que se considera apresentar a conexão mais significativa com essa relação, independentemente do conteúdo da regulamentação pertinente[25]. É possível dizer que o Código pretende a realização da chamada justiça conflitual (*Kollisionsrechtliche Gerechtigkeit*, *justice conflictuelle*)[26], que se distingue da chamada justiça material (*materiellesrechtliche Gerechtigkeit*, *justice matérielle*, *substantive justice*), ainda que algumas das suas disposições se possam considerar como dirigidas directamente à obtenção desta justiça material[27]. Pode assim falar-se da adopção de uma *classificatory approach*[28], mesmo se com pequenas concessões a uma *result-selective approach*.

7. De acordo com esta metodologia (*jurisdiction selecting*), a estrutura das regras de conflitos é compatível com regras bilaterais ou multilaterais, que designam em cada caso a lei competente, independentemente do facto de se tratar da lei do foro ou de uma estrangeira, obedecendo a designação em ambos os casos ao mesmo critério. Pode assim dizer-se que a determinação da lei competente segue um princípio de igualdade entre os sistemas jurídicos, uma vez que uma mesma circunstância (*the connecting factor*, *la circonstance de rattachement, Anknüpfungsgegenständ*) decide da aplicação quer da lei do foro quer da lei estrangeira. A codificação portuguesa é fiel a esta estrutura, apenas se afastando deste modelo em dois casos excep-

[25] A este propósito, cfr. Ferrer Correia, «O novo direito internacional privado português (Alguns princípios gerais)», *in Estudos Vários de Direito*, Coimbra, 1982, Por Ordem da Universidade, p. 3-57 (10-11).

[26] Para a sua caracterização, entre nós, cfr. Lima Pinheiro, «A Justiça do Direito de Conflitos Internacional Privado», in [Gustavo Ferraz de Campos Monaco / Maria Rosa Loula, coord., *Direito Internacional e Comparado: Trajetória e Perspectivas. Homenagem aos 70 Anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos*, Volume I — *Direito Internacional Privado e Direito Privado Comparado*, São Paulo: Quartier Latin, 2021, 411-434; e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral*, 4.ª ed. Refundida, Lisboa: AAFDL Editora, 2025, 301-323.

[27] Trata-se sobretudo dos artigos 36.º, n.º 2 (forma dos actos jurídicos), e 65.º, n.º 1 (forma dos testamentos), em que o método da escolha da lei em função do resultado se encontra claramente presente. Atente-se também no artigo 31.º, n.º 2 (relativo ao reconhecimento dos actos jurídicos celebrados no estrangeiro).

[28] Na terminologia cunhada por Moffat Hancock no seu «Three approaches to the choice of law problem: the classificatory, the functional and the result selective», in *XX Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in honour of Hessel E. Yntema*, Leiden: A. W. Sijthoff, 1961, 367.

cionais, o primeiro em que apenas se determina o âmbito de regras do foro (portuguesas, portanto) (regra de conflitos unilateral)[29], e o segundo em que está em causa uma regra imperfeitamente bilateral[30].

8. A aplicação em Portugal das disposições relativas à solução dos conflitos de leis tem carácter obrigatório[31], sendo a sua natureza imperativa reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina[32], na falta de uma disposição expressa que o afirme. Este silêncio, tendo em conta as regras legais relativas à aplicação das regras de conflitos [qualificação (artigo 15.º do Código Civil) e referência a ordenamentos plurilegislativos (artigo 20.º do mesmo Código)], e os limites à sua aplicação espacial [reenvio (artigos 16.º a 19.º) e reconhecimento de direitos adquiridos à sombra de uma lei cuja competência não é determinada pelas regras de conflitos do foro (artigo 31.º, n.º 2)] deve no entanto ser interpretado como implicando o reconhecimento da referida força obrigatória das regras de conflitos.

[29] Artigo 28.º, n.º 1, que dispõe que, em certas matérias (definidas por exclusão no n.º 2), a capacidade jurídica dos estrangeiros para celebrar actos jurídicos em Portugal é apreciada segundo a lei interna portuguesa. Mas esta disposição é depois estendida, em certas circunstâncias, a actos celebrados em outros Estados, sendo assim objecto de bilateralização (cfr. o n.º 3 do mesmo artigo).

[30] Artigo 51.º, n.ºs 1 e 2, onde está em causa o regime do casamento consular.

[31] Na doutrina portuguesa, o carácter imperativo das regras de conflitos não é objecto de discussão.

[32] A posição que defende o carácter facultativo das normas de conflitos (perfilhada na Alemanha, entre outros, por Axel Flessner) não encontrou eco na doutrina portuguesa. Sobre este ponto, cfr. Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra: Almedina, 1990, 131-154; e, para uma mais ampla análise, T. De Boer, «Facultative choice of law: the procedural status of choice of law and foreign law», *Recueil des Cours* 257 (1996-I), 223-428.

Na jurisprudência francesa encontramos igualmente uma limitação ao carácter obrigatório das regras de conflitos com a construção do "accord procédural". Sobre esta noção, cfr. Manuel Jorge, «La loi étrangère devant le juge du fond. Accord procédural et equivalence des lois», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, v. I, Coimbra: Almedina, 2002, 217-229; e Bénédicite Fauvarque-Cosson, «L'accord procédural à l'épreuve du temps. Retour sur une notion française controversée», *in Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris: Dalloz, 2005, 263-284.

9. No ordenamento jurídico português a lei estrangeira é aplicada como direito[33]; com efeito, o artigo 348.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil dispõe que os tribunais devem procurar obter oficiosamente o conhecimento da lei estrangeira, mesmo quando ela não tenha sido invocada pelas partes no processo ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição[34]. A mesma disposição impõe às partes, à luz das dificuldades que se possam vir a apre-

[33] Para a apresentação das diferentes posições nesta matéria, cfr. Cyrille DAVID, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris: Dalloz, 1965; AAVV, *Les Problèmes Actuels posés par l'application des lois étrangères*, Paris : L.G.D.J., 1988; Trevor HARTLEY, «Pleading and proof of foreign law: The major European systems compared», *ICLQ* 45 (1996) 271-292; François MÉLIN, *La Connaissance de la Loi Étrangère par les Juges du Fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, Aix-en Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002; Maarit Jantera JAREBORG, «Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective», *Recueil des Cours* 304 (2003-IV) 181-386; and Sofie GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis*, Oxford: Oxford University Press, 2004. Para uma aproximação de carácter mais teorético nesta matéria, cfr. Paolo PICONE, «Die "Anwendung" einer auslandischen "Rechtsordnung" im Forumstaat: …perseverare est diabolicum!», in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules towards Harmonisation and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2000, 567-589.

[34] A questão é pacífica na doutrina portuguesa. Cfr. Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, I, Coimbra: Almedina, 427; Baptista MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 1982, 247-248; Marques dos SANTOS, «Aplicação do Direito Estrangeiro», *ROA* 60 (2000-II) 647-668 (660-664); Dário Moura VICENTE / Maria Helena BRITO, «Portugal», in [Carlos ESPLUGUES / José Luís IGLESIAS / Guillermo PALAO, ed.], *Application of Foreign Law*, Munich: Sellier. European Law publishers, 2011, 301-315 (301); Moura RAMOS, «Portugal: Proof of and Information about Foreign Law in Portugal», in Yuko NISHITANI, ed., *Treatment of Foreign Law — Dynamics towards Convergence?*, Springer, 2017, (Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law 26), 309-322; Lima PINHEIRO, *Direito Internacional Privado,* v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 612-620; e, por último, desenvolvidamente, Elsa Dias de OLIVEIRA, «Algumas considerações sobre o estatuto do direito estrangeiro», *in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, v. I, Coimbra: Gestlegal, 2022, 247-265.

Para o confronto com a situação vivida no direito espanhol, cfr. Mercedes SABIDO RODRIGUEZ, «El Derecho extranjero designado aplicable por la norma de conflicto del foro. Soluciones adoptadas en los sistemas de derecho internacional privado português y español», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. I, Coimbra: Almedina, 2005, 356-379.

sentar, um dever de colaboração com o tribunal[35] na determinação da existência e conteúdo do direito estrangeiro.

10. No sistema jurídico português, «a lei estrangeira é interpretada dentro do sistema a que pertence e de acordo com as regras interpretativas nele fixadas (artigo 23.º, n.º 1, do Código Civil). O legislador tomou assim a este propósito uma posição clara[36], na linha das teses defendidas pela doutrina nacional[37] e que sublinha a compreensão do sistema jurídico como um todo, reconhecendo a importância dos seus critérios interpretativos e prosseguindo o objectivo da harmonia jurídica internacional[38]. No que diz respeito ao preenchimento de possí-

[35] Este dever é expressamente referido no artigo 348.º, n.º 1 do Código Civil, que dispõe que «àquele que invocar direito (…) estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo», mesmo que aos tribunais incumba o seu conhecimento oficioso; cfr. ainda Dário Moura Vicente / Maria Helena Brito, «Portugal» (*cit. supra*, nota 34), 303; e Moura Ramos, «Portugal: Proof of and Information about Foreign Law in Portugal» (*cit. supra*, nota 34), 312.

[36] Para uma consideração detalhada desta questão, cfr. Cyrille David, *La loi* étrangère *devant le juge du fond* (*cit. supra,* nota 33), 241-290; Javier Maseda Rodriguez, «La Interpretación judicial del Derecho Extranjero», *Revista de Derecho Privado*, Noviembre 1997, 793-822; Spyridon Vrellis, «Überlegungen bettreffend die Auslegung fremder Rechtsnormen», in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules towards Harmonisation and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr* (*cit. supra*, nota 33), 829-841; e, especialmente sobre a questão da tomada em consideração de uma outra ordem jurídica que não a da *lex causae*, cfr. Laura García Gutiérrez, «El "doble escalón" del derecho internacional privado: sobre la toma en consideración de otro ordenamiento jurídico en la interpretación del derecho material aplicable», in *Pacis Artis. Obra Homenaje al Professor Júlio D. Gonzalez Campos*, t. II — *Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia*, Madrid: Eurolex, 2005, 1547-1561.

[37] Cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 434-435; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 244-246; Marques dos Santos, «Aplicação do Direito Estrangeiro» (*cit. supra*, nota 34), 656-658; Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 611-612; Dário Moura Vicente / Maria Helena Brito, «Portugal» (*cit. supra*, nota 34), 306; e Moura Ramos, «Portugal: Proof of and Information about Foreign Law in Portugal» (*cit. supra*, nota 34), 313.

[38] Sobre este princípio, cfr., por último, Sarah Nietner, *Internationaler Entscheidungseinklang im europäischen Kollisionsrecht*, Tubingen: Mohr Siebeck, 2016. Note-se que esta posição pode levar à defesa de uma atitude restritiva em matéria de controlo da interpretação do direito estrangeiro pelo juiz do foro.

veis lacunas do direito estrangeiro, e não obstante o silêncio da lei a este propósito, deverá tomar-se idêntica posição (a da aplicação dos critérios consagrados nesse mesmo sistema), como se sustenta de resto na doutrina portuguesa[39].

11. Quando se revelar impossível averiguar o conteúdo da lei estrangeira competente (quer por não ser possível identificá-la[40] ou por não ser possível estabelecer o seu conteúdo), recorrer-se-á à lei que for subsidiariamente competente (artigo 23.º, n.º 2 do Código Civil)[41]. No caso de também não ser possível estabelecer o conteúdo desta lei, serão aplicáveis, nos termos do artigo 348.º, n.º 3, do Código Civil, as regras do direito comum português (a *lex fori*). Na doutrina portuguesa discute-se se é possível, em situações em que surjam dificuldades no processo de averiguação do conteúdo da lei estrangeira competente, utilizar um princípio de maior semelhança ou inclusivamente recorrer a presunções[42], sendo que esta última possibilidade é contestada[43]. É certo que em alguns casos se torna difícil obter uma absoluta certeza em matéria de averiguação do conteúdo la lei estrangeira, pelo que deverá para o efeito considerar-se bastante uma prova que possa considerar-se suficiente para formar a convicção do juiz[44]. Mas nos nossos dias existem

[39] Cfr. Marques dos Santos, «Aplicação do Direito Estrangeiro» (*loc. cit. supra*, nota 34); e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 611.

[40] A lei refere-se expressamente à situação em que não é possível determinar os elementos de facto ou de direito de que dependa a designação da lei competente (a conexão).

[41] Em direito português (artigo 32.º, n.º 1, do Código Civil, relativo à apatridia), a lei da residência habitual comum surge como a lei subsidiariamente aplicável nas matérias relativas ao estatuto pessoal. Cfr. também Marques dos Santos, «Aplicação do Direito Estrangeiro» (*cit. supra*, note 34), 665-666; e Moura Ramos, «Portugal: Proof of and Information about Foreign Law in Portugal» (*cit. supra*, nota 34), 314, nota 20.

[42] Neste sentido, cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 431-432; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 248-249; e Marques dos Santos, «Aplicação do Direito Estrangeiro» (*cit. supra*, nota 34), 665.

[43] Cfr. Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), p. 618.

[44] Neste sentido, cfr. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 248; e Moura Ramos, «Portugal: Proof of and Information about Foreign Law in Portugal» (*cit. supra*, nota 34), 315.

muito mais meios de averiguar o conteúdo da lei estrangeira, e deve por isso afastar-se qualquer possibilidade que pretenda estabelecer, eventualmente pelo recurso a presunções, o conteúdo da lei estrangeira competente de uma forma diferente da que se encontra em vigor no sistema jurídico considerado.

12. A ideia fundamental que subjaz a estas soluções é a consideração de que a aplicação do direito estrangeiro, num sistema de regras de conflitos bilaterais, deve corresponder ao direito efectivamente em vigor (a *law in action*, poderia dizer-se) no ordenamento considerado, qualquer que seja a sua origem. Se o objectivo do legislador é o de proteger as expectativas que se fundaram na aplicação de um direito estrangeiro, então deverá aplicar-se este sistema tal como ele se encontra em vigor e é realmente aplicado no sistema jurídico em questão. Neste contexto, não será possível aplicar uma lei estrangeira se não for possível estabelecer o seu conteúdo, e deverá então recorrer-se ao sistema jurídico subsidiariamente competente (uma vez que ele poderia igualmente ter estado na base da criação de expectativas das partes), ou, como solução de último recurso (e apenas na medida do necessário para evitar um *déni de justice*), à lei do foro. Ressalta assim destas soluções a preocupação de reduzir a aplicação da lei do foro, nas situações não puramente internas, a uma solução de último recurso. Face ao quadro de considerações que impregna o sistema conflitual português, em que o princípio da igualdade na aplicação da lei do foro e da lei estrangeira desempenha uma função particularmente importante[45], a aplicação daquela lei, quando não requerida pela presença do elemento de conexão presente na regra de conflitos, não deverá na realidade ter lugar, porque não encontra suporte justificativo nas considerações referidas.

13. Em caso de errónea aplicação da regra de conflitos, as partes podem recorrer aos tribunais superiores (incluindo o Supremo Tribunal

[45] Cfr. Ferrer Correia, «Une codification nationale du droit international privé à l'épreuve du principe d'égalité: Le Code Civil Portugais de 1966 "Revisited"», in *Le Droit International à l'heure de sa codification. Études en l'Honneur de Roberto Ago*, Milano: Giuffrè, 1987, 63-87; e Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (*cit. supra*, nota 32), 224-263, no sentido de que o princípio da igualdade entre a lei do foro e a lei estrangeira constitui a estrutura básica fundamental do direito internacional privado contemporâneo (p. 256).

de Justiça) nas mesmas condições em que tal recurso é admitido, nas situações puramente internas, em caso de aplicação indevida de normas legais. Mesmo na ausência de uma disposição com este conteúdo expresso, a conclusão impõe-se como consequência directa do carácter obrigatório das regras de conflitos. As justificações que fundam esta solução são, como se deixou referido, a consideração prevalecente da natureza obrigatória da regra de conflitos e os imperativos que constituem a razão de ser da aplicação do direito estrangeiro no sistema jurídico português.

14. A mesma solução se impõe no caso de errónea aplicação do direito estrangeiro. Neste caso, o ponto é expressamente mencionado no artigo 674.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2 do Código de Processo Civil[46]. De acordo com estas disposições, o recurso (de revista) para o Supremo Tribunal de Justiça pode ter por fundamento a violação de "lei substantiva"[47], expressão que inclui as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum e as disposições genéricas, de caráter substantivo, emanadas dos órgãos de soberania[48], nacionais ou estrangeiros, ou constantes de convenções ou tratados internacionais. Esta solução traduz o reconhecimento da natureza jurídica da lei estrangeira, que é aplicada

[46] O Código presentemente em vigor foi aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, mas a solução é a tradicional no direito português. Cfr., a este propósito, Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 427; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 34), 248; Marques dos Santos, «Aplicação do Direito Estrangeiro» (*cit. supra*, nota 34), 662-663; Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 615-616; Dário Moura Vicente / Maria Helena Brito, «Portugal», in *Application of Foreign Law* (*cit. supra*, nota 34), 311; e Moura Ramos, «Portugal: Proof of and Information about Foreign Law in Portugal» (*cit. supra*, nota 34), 316.

[47] Que, nos termos da lei [alínea *a)* do n.º 1 do referido artigo 674.º], pode consistir tanto no erro de interpretação ou de aplicação, como no erro de determinação da norma aplicável.

[48] Esta formulação exclui a violação de regras consuetudinárias estrangeiras (que continuam, porém, a ser consideradas direito estrangeiro) dos fundamentos do recurso de revista; sobre o ponto, veja-se Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 616. No sentido de que esta exclusão se funda em razões práticas (a séria dificuldade de prova do direito consuetudinário estrangeiro), cfr. Marques dos Santos, «Aplicação do Direito Estrangeiro» (*cit. supra*, nota 34), 663.

como *lei* e não como *facto*[49]. Esta posição está também em linha com o objectivo essencial da aplicação do direito estrangeiro num sistema de regras de conflitos multilaterais: permitir a protecção das expectativas jurídicas fundadas na aplicação do direito estrangeiro e, por essa via, a continuidade da vida jurídica dos indivíduos nas relações ligadas a mais do que um sistema jurídico[50].

15. Para além dos tribunais, o direito estrangeiro é igualmente aplicado por autoridades não judiciais (designadamente administrativas), sempre que exerçam competências (por exemplo, em questões de família) que requeiram essa aplicação. Tal é cada vez mais frequente em vista da progressiva "desjudicialização" de algumas competências estaduais, como ocorre em Portugal em certas situações de divórcio. Ao aplicar o direito estrangeiro, estas autoridades administrativas estão em princípio vinculadas pelas mesmas regras jurídicas que regulam aquela aplicação pelas autoridades judiciais[51], mesmo se nalguns casos há que ter em consideração regras especiais[52]. No domínio da arbitragem, e uma vez que a

[49] Neste sentido, cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 427; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 248; Marques dos Santos, «Aplicação do Direito Estrangeiro» (*cit. supra*, nota 34), 660-663; e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 613-614.

[50] Neste sentido, cfr. Moura Ramos, «Portugal: Proof of and Information about Foreign Law in Portugal» (*cit. supra*, nota 34), 316-317.

[51] Neste sentido, cfr. Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 619-620; Dário Moura Vicente / Maria Helena Brito, «Portugal», *in Application of Foreign Law* (*cit. supra*, nota 34), 312 e 313; e Moura Ramos, «Portugal: Proof of and Information about Foreign Law in Portugal» (*cit. supra*, nota 34), 317.

[52] No que diz respeito ao casamento de estrangeiros e à prova da capacidade para contrair matrimónio, quando surjam dificuldades na apresentação de um certificado fixado pela entidade competente do país de que o nubente é nacional, destinado a provar que, de harmonia com a sua lei pessoal, nenhum impedimento obsta a essa celebração, o artigo 166.º, n.ºs 2 e 3, do Código do Registo Civil estabelece um procedimento especial em que são reconhecidos poderes especiais para o seu suprimento ao oficial do estado civil. Sobre este ponto, cfr., particularmente, Afonso Patrão, «Poderes e deveres de notário e conservador na cognição de direito estrangeiro», *Cadernos do CeNOR* 2 (2014) 9-38.

lei coloca esta actividade ao mesmo nível da actividade judicial[53], e que nos processos arbitrais que têm lugar em Portugal as partes podem escolher livremente, nas arbitragens internacionais, as regras de direito a aplicar pelos árbitros[54], a aplicação do direito estrangeiro é igualmente frequente, e são aplicáveis os mesmos princípios que acima foram considerados a propósito das autoridades judiciais[55]. Noutras situações, porém, a questão apresenta-se de forma diferente[56]. Assim, no caso dos notários[57], eles devem aplicar a lei estrangeira quando esta for a lei competente, mas não estão obrigados a conhecê-la oficiosamente; nestas circunstâncias, se a lei competente for uma lei estrangeira, deverão realizar o acto se conhecerem o conteúdo da lei competente ou se ele for estabelecido pelos interessados[58]. E, mais perto de nós, o novo artigo 43.º-A do Código

[53] Nos termos do artigo 42.º, n.º 7, da Lei da arbitragem portuguesa (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro), uma sentença arbitral definitiva tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual. Sobre aquela lei, cfr. Moura Ramos, «O novo direito português da arbitragem», *Boletim da Faculdade de Direito* (*BFD)* 90/2 (2014) 567-612.

[54] Cfr. os artigos 61.º, 49.º, n.º 1, e 52.º, n.º 1, da Lei portuguesa da arbitragem, e sobre este ponto, Moura Ramos, «L'arbitrage international dans le nouveau droit portugais de l'arbitrage*»,* in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber amicorum Alegria Borràs*, Madrid: Marcial Pons, 2013, 611-624.

[55] Neste sentido, na doutrina portuguesa, António Pinto Leite, «*Jura novit curia* e a arbitragem internacional», in *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Coimbra: Almedina, 2013, 151-168.

[56] Pode ver-se um tratamento recente desta questão no trabalho de Afonso Patrão, «Poderes e Deveres do Notário e Conservador na Cognição de Direito Estrangeiro (*cit. supra*, nota 52).

[57] Cfr. também Dário Moura Vicente / Maria Helena Brito, «Portugal», *in Application of Foreign Law* (*cit. supra*, nota 34), 312 e 313; e Moura Ramos, «Portugal: Proof of and Information about Foreign Law in Portugal» (*cit. supra*, nota 34), 317.

[58] O artigo 85.º, n.º 2, do Código do Notariado dispõe que quando a lei reguladora da sucessão não for a portuguesa e o notário a não conhecer, a escritura deve ser instruída com documento idóneo comprovativo da referida lei. Cfr., a este respeito, Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 619-620; Moura Ramos, «Portugal: Proof of and Information about Foreign Law in Portugal» (*cit. supra*, nota 34), 318; e Afonso Patrão, «Poderes e Deveres do Notário e Conservador na Cognição de Direito Estrangeiro» (*cit. supra*, note 52), 21-28.

de Registo Predial[59] veio dispor que quando a viabilidade do pedido de registo deva ser apreciada com base em direito estrangeiro, o interessado deve fazer prova, mediante documento idóneo, do respetivo conteúdo.

16. O modelo de regras de conflitos que atrás descrevemos não se alterou com as revisões do Código Civil, onde, como se deixou dito, a única modificação resultou na supressão das regras de conflitos e dos elementos de conexão considerados contrários aos princípios constitucionais[60] e na introdução, em dois casos[61], como solução de recurso, de uma referência directa à lei com a qual a situação se encontra mais estreitamente conexa, princípio que pode ser visto como o que se encontra na base de todas as outras regras de conflitos.

17. Esta situação alterou-se com a aprovação de um conjunto de actos legislativos[62], onde podemos detectar a presença de novos tipos de regras (para além das clássicas regras de conflitos bilaterais, que constituem expressão de um princípio de proximidade[63]): regras de conflitos em que a escolha da lei é orientada pela produção de resultados materiais (sobretudo o de proteger a parte mais fraca ou de obter um dado resultado[64]), regras dispondo uma resposta específica para situações

[59] Aditado pelo Decreto-Lei n.º 125/2013, de 30 de agosto, ao Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de julho.

[60] Cfr. *supra*, § 1, n.º 3, e nota 9.

[61] Artigos 52.º, n.º 2, e 60.º, n.º 2. Sobre esta tendência, cfr. Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise às suas relações*, Coimbra, 1979, Universidade de Coimbra; e Idem, «A reforma de 1977 e o Direito Internacional Privado da Família» (*cit. supra*, nota 9); José de Sousa Cunhal Sendim, «Notas sobre o princípio da conexão mais estreita no Direito Internacional Privado Matrimonial Português», vii *Direito e Justiça* (1993) 311-375; e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* v. i — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26) 344-348.

[62] Alguns dos quais foram mencionados *supra*, na nota 11.

[63] Cfr., a este propósito, Paul Lagarde, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours* 196 (1986-i) 9-237.

[64] Na linha da *better law approach* e das posições defendidas na doutrina norte-americana por David Cavers. Note-se, contudo, que esta orientação se encontrava já presente no Código Civil. Cfr. os artigos 28.º, n.º 1, 31.º, n.º 2, e 65.º, n.º 1. Nos actos legislativos subsequentes veja-se, por exemplo, o artigo 38.º da lei relativa ao contrato de agência (Decreto-Lei n.º 176/86, de 3 de julho), onde se pode encontrar uma aplicação do *Gunstigkeitprinzip*.

plurilocalizadas[65], e regras materiais funcionalmente restrictas (auto-limitadas) (*normes fixant leur propre domaine d'application*, *norme sostanziali funzionalmente limitate*, *norme con apposita delimitazione della propria sfera di efficacia*, *norme localizzanti*, *Normen mit eigener Bestimmung ihres raumlich-personlichen Anwendungsbereich*)[66], regras internacionalmente imperativas[67] (*lois d'application immédiate*, *lois de police*)[68]. Este novo tipo de regras não substituiu, contudo, o método savigniano, que, no entanto, perderia a quase unanimidade de que até então gozara.

18. Esta orientação foi prosseguida com a influência do direito da União Europeia, que acabaria de resto por ter ainda outras consequências: o aparecimento de cláusulas de excepção[69], um acrescido poder de modelação judicial na determinação da lei competente, e o desenvolvimento da autonomia das partes (*autonomie des parties*; *party autonomy*), que, no direito português de fonte autónoma, se encontrava limitado às matérias contratuais[70] e que foi agora alargada à responsabilidade não contratual, aos alimentos, ao divórcio, às sucessões por morte e aos regimes matrimoniais e aos efeitos patrimoniais das parcerias registadas[71].

---

[65] Foi sobretudo o caso do regime das adopções internacionais. Cfr. os Decretos-leis n.º 185/93, de 22 de maio, e n.º 120/98, de 8 de maio, e a Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro [cfr., no Regime Jurídico do Processo de Adopção, aprovado por esta lei (artigo 5.º), o seu Título III (artigos 61.º a 90.º, relativos à adopção internacional].

[66] Cfr., por exemplo, o artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de agosto.

[67] Cfr., por exemplo, o artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Sobre esta categoria, cfr. Marques dos SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria Geral*, volumes I e II, Lisboa, 1990.

[68] Para a introdução destes desenvolvimentos, cfr. Moura RAMOS, «Aspects récents du droit international privé au Portugal», *RCDIP* 77 (1988) 473-496.

[69] Para os primeiros exemplos no direito português, cfr. Moura RAMOS, «Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal», in D. KOKKINI-IATRIDOU, ed., *Exception Clauses in Conflicts of Laws and Conflicts of Jurisdictions — or the Principle of Proximity,* Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 273-297; e Maria João Matias FERNANDES, *A Cláusula de Desvio no Direito de Conflitos. Das condições de acolhimento da cláusula de desvio geral implícita no direito português*, Coimbra: Almedina, 2007.

[70] Cfr. o artigo 41.º do Código Civil.

[71] Sobre o carácter mais limitado do reconhecimento da autonomia nestas matérias, cfr., desenvolvidamente, Kathrin Kroll-Ludwigs, *Die Rolle der Parteiautonomie im eu-*

19. Se procurarmos agora formular um juízo caracterizador sobre o sistema português de direito internacional privado diríamos que ele se singulariza fundamentalmente pela adopção do método savigniano, mas que tem revelado uma abertura a novas tendências e metodologias cuja presença deixou a sua marca na evolução deste ramo do direito nos últimos decénios[72].

3. Âmbito

20. O direito internacional privado tem sido tradicionalmente entendido como incluindo um âmbito bastante largo, chegando a incluir, na concepção francesa, as matérias da nacionalidade, da condição jurídica dos estrangeiros, dos conflitos de leis e dos conflitos de jurisdições[73]. Com a crescente complexidade das questões relativas ao direito aplicável, os problemas da nacionalidade e da condição jurídica dos estrangeiros perderam alguma da importância que lhes era reconhecida nos programas universitários[74], e o essencial da exposição é agora dedi-

ropaischen Kollisionsrecht, Tubingen, 2013, Mohr Siebeck, e *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales* [sous la direction de Amélie Panet, Hugues Fulchiron et Patrick Wautelet (dir.)], Bruxelles, 2017, Bruylant. E, para um confronto com a situação anterior, os trabalhos de Alex Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge, 2018, Cambridge University Press, e, entre nós, Marques dos Santos, «Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil», *in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço* (*cit. supra*, nota 32), p. 379-429.

[72] Para uma breve síntese, cfr. Moura Ramos, «Le Droit international privé portugais à la fin du vingtième siècle: progrès ou recul?», in Symeon C. Symeonides, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, London: Kluwer Law International, 2000, 349-382.

[73] Veja-se entre nós Machado Villela, *Conflitos entre as Leis Portuguesas e as Leis Brasileiras (cit.* nota 7), que inclui ainda naquele elenco, como questão autónoma, o reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro.

[74] Mesmo se os internacionalprivatistas lhe continuaram a devotar a sua atenção. No que se refere à nacionalidade, entre nós, cfr. Moura Ramos, *Estudos de Direito da Nacionalidade*, 2.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019; e sobre os princípios gerais do direito dos estrangeiros, veja-se Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. II — *Direito de Conflitos — Parte Especial*, Tomo I — *Introdução, Pessoas Singulares e Colectivas e Princípios Gerais de Direito dos Estrangeiros,* 5.ª ed. refundida, Lisboa: AAFDL Editora, 2023, 257-275.

cado às questões especificamente suscitadas nas relações plurilocalizadas, especialmente a competência jurisdicional, a determinação do direito aplicável e o reconhecimento das decisões estrangeiras[75]. Esta estrutura, não obstante o facto de em Portugal os conflitos de leis e os conflitos de jurisdições serem tratados em diferentes codificações[76], é crescentemente adoptada pela doutrina[77] e também tem sido utilizada em alguns textos legais[78].

PARTE GERAL
DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS

Capítulo I. Fontes de Direito

1. Direito Interno

21. A parte mais importante das fontes do direito internacional privado é ainda constituída pelo direito interno, nele incluída a Constituição da República[79], sendo o núcleo essencial da disciplina da determina-

[75] A este propósito, cfr. entre nós a obra de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), v. II — *Direito de Conflitos -- Parte Especial*, Tomos I e II (2023), e v. III. Tomo I — *Competência Internacional*, e tomo II — *Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, 3.ª ed. refundida, Lisboa: AAFDL Editora 2019.

[76] Respectivamente, o Código Civil e o Código de Processo Civil.

[77] Para além da obra de Lima Pinheiro citada *supra*, na nota 74, cfr. também Moura Ramos, «Portugal», in «L'Adoption dans les principales législations européennes (Étude de droit interne et de droit international privé)», *RIDC* 37 (1985) 845-864; e, mais recentemente, João Gomes de Almeida, *O Divórcio em Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2017.

[78] Cfr. o Regime Jurídico do Processo de Adopção, onde é tratada a adopção internacional, citado *supra*, na nota 65.

[79] Sobre o seu relacionamento com o direito internacional privado, cfr. Moura

ção da lei competente constituído, como se deixou dito[80], pelo capítulo III do título I do Livro I do Código Civil de 1966, que contém o que poderemos considerar uma codificação do direito internacional privado em matéria de conflitos de leis[81]. Quanto às matérias de índole processual, isto é, ao domínio da competência internacional e do reconhecimento de decisões estrangeiras, haverá que ter em conta o Código de Processo Civil de 2013[82].

Ramos, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra: Coimbra Editora, 1979; António Marques dos Santos, «Constituição e Direito Internacional Privado. O estranho caso do artigo 51.º, N.º 3, do Código Civil», in *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 367-390; e, mais perto de nós, Afonso Patrão, «O papel da Constituição na modelação da ordem pública internacional», in *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, 525-544; e para o eco desse relacionamento na jurisprudência constitucional, cfr. Helena Mota, «A aplicação no tempo da regra de conflitos sobre o regime de bens e o controlo da sua (in)constitucionalidade. Breve reflexão a propósito de alguma jurisprudência recente» (*cit. supra*, nota 9).

Para a sua influência concreta na ordem jurídica portuguesa, cfr. os trabalhos referidos *supra*, na nota 9; e em particular quanto ao domínio processual, veja-se Rui Pereira Dias, «Jurisdição e Constituição. Termos de uma interacção (entre regras europeias de jurisdição e direitos fundamentais de defesa)», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, v. I — *Direito Constitucional, Direito Constitucional Europeu, Direito Europeu,* Coimbra: Almedina, 2016, 847-867.

[80] Cfr. *supra*, n.º 3.

[81] Além dos nossos trabalhos citados *supra*, na nota 8, cfr. Lima Pinheiro, «A codificação do direito internacional privado operada pelo Código Civil de 1966», in *Lusíada: Direito*, Lisboa, Série 2, 17-18 (2017) 137-144. E, para uma análise mais detalhada, cfr. o estudo pioneiro de Inocencio Garcia Velasco, *Concepción del Derecho Internacional Privado en el nuevo Código Civil Portugués*, Universidad de Salamanca, 1971; e os trabalhos de Florbela de Almeida Pires, *Conflitos de leis. Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009; Eugénia Galvão Teles / Maria Helena Brito, «Private International Law», in Carlos Ferreira de Almeida / Assunção Cristas / Nuno Piçarra, ed., *Portuguese Law. An overview* Coimbra: Almedina, 2007, 287-303; e Dário Moura Vicente, em comentário ao capítulo referido em texto, in António Menezes Cordeiro, coord., *Código Civil Comentado* I — *Parte Geral (artigos 1.º a 396.º),* Coimbra: Almedina, 2020, 118-238.

[82] Respectivamente, artigos 59.º, 62.º, 63.º e 94.º, e 978.º a 985.º. A este respeito, cfr. Moura Ramos, «O Direito Processual Civil Internacional no novo Código de Processo Civil», *RLJ* 143/3983 (Novembro-Dezembro 2013) 82-106.

22. Além destas fontes fundamentais, devem igualmente ser referidas, em matérias mais especializadas, as demais codificações portuguesas, como o Código das Sociedades Comerciais de 1986 (artigos 3.º e 4.º)[83], o Código dos Direitos de Autor de 1985 (artigos 37.º e 63.º a 66.º)[84], o Código dos Valores Mobiliários de 1999 (artigos 3.º, 39.º a 42.º, 108.º, 145.º a 148.º, 227.º, 285.º e 321.º)[85], o Código do Trabalho de 2003 (artigos 6.º a 9.º)[86] e o Código da Propriedade Industrial de 2003 (artigos 3.º e 4.º)[87]. E o mesmo se passa de igual modo com alguns regimes especiais que contém igualmente disposições que essencialmente (embora nem sempre) se referem ao respectivo âmbito espacial de aplicação[88].

2. Convenções Internacionais (Multilaterais e Bilaterais)

23. Os tratados internacionais justificam uma menção especial. De facto, Portugal é parte em diversos grupos de convenções, sobretudo das adoptadas no contexto da Conferência da Haia de Direito Interna-

[83] Cfr. Lima Pinheiro, «O Direito Aplicável às Sociedades. Contributo para o Direito Internacional Privado das Sociedades», *ROA* 58/II (1998) 673-777; e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Sociedades Comerciais Estrangeiras. O art. 4º do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2015.

[84] Cfr. Dário Moura Vicente, «Direito Internacional de Autor», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, v. I, Coimbra: Almedina, 2002, 107-143; Idem, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra: Almedina, 2008, 201-254, e 286-320; e, mais recentemente, Idem, «Propriedade intelectual, conflitos de leis e princípio da coerência», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito* (*cit. supra*, nota 34), 205-222.

[85] Cfr. Maria Helena Brito, «Sobre a aplicação no espaço do novo Código dos Valores Mobiliários», *in Direito dos Valores Mobiliários*, v. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 85-109.

[86] Presentemente os artigos 4.º a 8.º, do Código do Trabalho de 2009. A este respeito, cfr. Dário Moura Vicente, «O Direito Internacional Privado no Código do Trabalho», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2003, 15-34; e Maria Helena Brito, «Direito aplicável ao contrato internacional de trabalho. Algumas considerações a propósito do Código do Trabalho», in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 105-143.

[87] Cfr. Dário Moura Vicente, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual* (*cit. supra*, nota 84), p. 254-279.

[88] Cfr., por exemplo, os casos referidos *supra*, nas notas 65, 66 e 67.

cional Privado[89], mas também de outras promovidas pela Comissão Internacional do Estado Civil[90], o Conselho da Europa[91], a Organização

[89] Vejam-se as referências indicadas *supra*, na nota 12. É o caso, relativamente às convenções adoptadas após 1951, da Convenção de 1956 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares para com as crianças, da Convenção de 1958 relativa ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria de obrigações alimentares para com as crianças, da Convenção de 1961 sobre a competência das autoridades e a lei aplicável em matéria de protecção de menores, da Convenção de 1961 sobre a abolição da legalização dos documentos públicos estrangeiros, da Convenção de 1965 sobre a citação e a notificação dos documentos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial, da Convenção de 1970 sobre o divórcio e a separação judicial, da Convenção de 1970 sobre a obtenção de provas no estrangeiro em matéria civil e comercial, da Convenção de 1971 (e do respectivo Protocolo Adicional) sobre o reconhecimento e a execução das decisões estrangeiras em matéria civil e comercial, das Convenções de 1973 quer sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas às obrigações alimentares, quer sobre a lei aplicável às obrigações alimentares, da Convenção de 1978 sobre a lei aplicável aos contratos de mediação e à representação, da Convenção de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças, da Convenção de 1993 sobre a protecção de menores e a cooperação internacional em matéria de adopção internacional, da Convenção de 1996 sobre a competência, a lei aplicável, o reconhecimento, a execução e a cooperação em matéria de responsabilidade parental e de medidas de protecção das crianças, da Convenção de 2000 sobre os aspectos internacionais da protecção de adultos, da Convenção de 2005 sobre os acordos de eleição do foro, da Convenção de 2007 sobre a cobrança internacional de alimentos em benefício dos filhos e de outros membros da família, do Protocolo de 2007 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares, e da Convenção de 2019 sobre o reconhecimento e a execução das decisões estrangeiras em matéria civil e comercial.

[90] Cfr. as Convenções n.ºs 1, 2, 3, 4, 5, 8, 10, 16, 17, 19, e 20, promovidas por esta organização internacional, particularmente a Convenção de 1980 sobre a lei aplicável aos nomes próprios e apelidos (n.º 19).

[91] Cfr., por exemplo, a Convenção Europeia, de 1980, relativa ao reconhecimento e à execução das decisões relativas à guarda de menores e ao restabelecimento da guarda de menores.

Deve igualmente referir-se a importância do *case-law* do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Sobre o ponto, cfr. Patrick Kinsch, «La Convention européenne des droits de l'homme et les conflits de lois: synthèse de dix ans de jurisprudence européenne», in *Acta Universitatis Carolinae. Iuridica* 4 (2000) 45-67; e com respeito a um aspecto específico, entre nós, Rita Lobo Xavier, «O impacto da retórica da igualdade de direitos das pessoas com orientação homossexual nas leis relativas à família», in Helena Mota / Maria Raquel Guimarães, coord., *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões* Coimbra: Almedina, 2016, 841-860 (844-855).

das Nações Unidas[92], e as Comunidades Europeias[93]. A situação é particularmente diferente no que respeita aos tratados bilaterais, que nesta matéria são muito menos comuns e de menor importância, ainda que devam mencionar-se alguns celebrados com países com uma forte população portuguesa[94] ou com outros laços relevantes com Portugal[95], sobretudo no contexto da Comunidade de Países de Língua Portuguesa[96].

3. Jurisprudência

24. A jurisprudência portuguesa relativa ao direito internacional privado é certamente bastante menos relevante que a que conhecemos nos sistemas de *common law*, e mesmo em alguns países continentais, como em França, por exemplo, onde persiste uma ausência de codificação nesta matéria. O relativo isolamento do país até ao terceiro quartel do século XX, a inserção no sistema continental e a existência de uma codificação relativamente ampla e desenvolvida explicam de algum modo esta situação.

No entanto, mesmo se alguns dos referidos elementos não sofreram alteração, a situação é hoje diferente, eventualmente por força da recepção de um novo sistema de regras (o direito internacional privado da União Europeia) e do processo de adaptação que se tornou necessário, tendo em conta

[92] Cfr., por exemplo, a Convenção de Nova Yorque de 1956 sobre a cobrança de alimentos no estrangeiro.

[93] Sobretudo a Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 sobre a competência judicial e o reconhecimento de decisões em matéria civil e comercial e a Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável aos contratos.

Portugal é também parte nas Convenções (paralelas) de Lugano, de 1988 e de 2007 relativas à competência judicial e ao reconhecimento de decisões em matéria civil e comercial.

[94] É o caso da Convenção franco-portuguesa de 1983 de cooperação judiciária relativa à protecção de menores e da Convenção luso-luxemburguesa de 1992 relativa ao auxílio judiciário em matéria de direito de guarda e de direito de visita.

[95] Cfr. o Acordo luso-espanhol de 1997 sobre a cooperação judiciária em matéria civil e comercial.

[96] O mais importante dos quais é o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta de 2000 entre Portugal e o Brazil, que inclui (artigos 12.º a 22.º) um Estatuto de Igualdade entre Portugueses e Brasileiros. Para outros exemplos deste tipo de estatutos com outros países de expressão portuguesa, cfr. Moura Ramos, «Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa», *BFD:* Volume Comemorativo (2003) 691-715.

que a natureza deste novo sistema é em não poucos aspectos diferente do que resultava das disposições de direito português de fonte autónoma. Poderá de algum modo encontrar-se aqui a explicação para a renovação da importância da jurisprudência a que de algum modo se assiste na actualidade no direito internacional privado português[97] e que não é estranha ao relevo que neste sector do jurídico tem vindo crescentemente a ser assumido pela jurisprudência dos Tribunais Internacionais (designadamente o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos).

4. Direito Consuetudinário

25. A situação é bastante diferente no que diz respeito ao costume. A importância e o desenvolvimento das fontes legais, aliados à complexidade dos problemas envolvidos, deixam pouco espaço para esta fonte de direito, cujo relevo se limita às matérias de natureza comercial (no quadro de uma *lex mercatoria*) e a algumas questões em que se desenvolveram princípios e as regras de direito internacional (por exemplo, em matéria de imunidades dos Estados e dos seus órgãos, agentes ou entidades). Mas mesmo nestes domínios a tendência é para codificar no plano internacional (ou para introduzir no direito interno) as regras criadas por esses processos[98], desta forma reduzindo de algum modo a importância desta fonte de direito, enquanto tal.

---

[97] A propósito, cfr., por exemplo, e mesmo se apenas no limitado domínio do processo civil internacional, Moura Ramos, «Portugal», in Peter Kaye, ed., *European Case Law on the Judgments Convention*, Chichester: John Wiley & Sons, 1998, 795-811; e Idem, «Princípio do Reconhecimento Mútuo e Livre Circulação de Decisões Judiciais na Jurisprudência Portuguesa», *Boletim de Ciências Económicas* 66/III (2023) 2669-2703; e Tavares de Sousa, «A Convenção de Bruxelas de 1968 e a Convenção paralela de Lugano de 1988 na jurisprudência portuguesa (1993-1997)», in [Erik Jayme, Hrsg.], *Das Recht der lusophonen Lander. Tagungsreferate, Rechtsprechung, Gutachten* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, 29-41.

[98] Cfr., por exemplo, em matéria comercial o trabalho desenvolvido pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (uncitral). Também no domínio do direito internacional geral se nota a mesma tendência, de que é exemplo, entre outras, a matéria (referida em texto) das imunidades estaduais. Sobre este ponto, veja-se, por exemplo, Carmen Tiburcio, «Imunidades de Execução», in *Direito Internacional e Comparado: Trajetória e Perspectivas. Homenagem aos 70 Anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos* (*cit. supra*, nota 26), 113-135.

5. Direito Internacional Público

26. Como resulta das referências anteriores ao direito convencional (tratados multilaterais e bilaterais) e ao direito costumeiro[99], o direito internacional público ocupa um papel relevante na ordem jurídica portuguesa[100]. Note-se, neste sentido, que a Constituição Portuguesa dispõe que «as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português» (artigo 8.º, n.º 1) e que «as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português» (*ibidem*, n.º 2).

6. Direito da União Europeia

27. A importância e o significado do Direito da União Europeia é muito mais crucial, uma vez que Portugal se tornou membro das Comunidades Europeias a 1 de janeiro de 1986. Daí decorre que o direito daquela instituição se tornou aplicável na ordem jurídica portuguesa a partir desse momento, dispondo-se a este respeito na Constituição Portuguesa que «as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático» (artigo 8.º, n.º 4)[101].

28. No domínio do direito internacional privado, tal significa que as normas adoptadas após a União Europeia ter assumido competência

[99] Cfr., *supra*, n.ºs 23 e 25.

[100] Como de resto na grande maioria dos sistemas jurídicos. Sobre o ponto, entre nós, cfr. Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 348-368.

[101] A este propósito, cfr. Miguel Galvão Teles, «Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeias — Em particular sobre o artigo 8.º, n.º 4 da Constituição Portuguesa», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, v. II, Coimbra Editora, 2006, 295-331; Moura Ramos, «Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, v. I — Assun-

nesta matéria[102] vieram preterir as que integravam o direito conflitual português de fonte autónoma, quanto à competência, ao reconhecimento e à execução das decisões quer em matéria civil e comercial[103], quer em matéria matrimonial e de responsabilidade parental[104], obrigações alimentares[105], sucessões por morte[106], regime matrimonial[107] e efeitos patrimoniais das parcerias registadas[108], assim como à lei aplicável a estas quatro últimas matérias, e ainda às obrigações contratuais[109], extracontratuais[110], e ao divórcio[111], matérias que são presentemente total ou essencialmente regidas por estas fontes de direito[112].

29. A presença do direito da União Europeia no direito internacional privado português não se limita, porém, às regras criadas pelos regu-

tos Europeus e Integração Económica, Coimbra: Almedina, 2010, 1233-1244; e, sobretudo, o acórdão n.º 422/2020, de 15 de julho do Tribunal Constitucional português (para um comentário, cfr., entre outros, Maria José Rangel de Mesquita, «Comentário ao acórdão n.º 422/2020 do Plenário do Tribunal Constitucional», *e-Publica* 10/2 (2, novembro de 2023) 128-146.

[102] Isto é, desde a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão (1 de maio de 1999).

[103] Regulamento (CE), N.º 44/2001, do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, reformulado pelo Regulamento (UE), N.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012.

[104] Regulamento (CE), N.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de novembro de 2003, e que revoga o Regulamento (CE), N.º 1347/2000, também do Conselho, de 29 de maio de 2000, entretanto reformulado pelo Regulamento (UE), N.º 2019/1111, do Conselho, de 25 de junho de 2019, também relativo ao rapto internacional de crianças.

[105] Regulamento (CE), N.º 4/2009, do Conselho, de 18 de dezembro de 2008.

[106] Regulamento (UE), N.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012.

[107] Regulamento (UE), N.º 2016/1103, do Conselho, de 24 de junho de 2016.

[108] Regulamento (UE), N.º 2016/1104, do Conselho, de 24 de junho de 2016.

[109] Regulamento (CE), N.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008 (Roma I)

[110] Regulamento (CE), N.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007 (Roma II).

[111] Regulamento (UE), N.º 1259/2010, do Conselho, de 20 de dezembro de 2010 (Roma III).

[112] Deve mencionar-se que Portugal tem participado em todos os casos em que a adopção de regras de direito da União relativas ao direito internacional privado foi resultado de cooperações reforçadas. Cfr. os actos legislativos referidos *supra*, nas notas 107, 108 e 111.

lamentos, que são, como se dispõe no artigo 288.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), actos de caráter geral, obrigatórios em todos os seus elementos, e diretamente aplicáveis em todos os Estados-Membros. Como ocorre com os demais Estados-membros da União, tal influência resulta igualmente da transposição de um grande número de directivas[113], que têm sido adoptadas nas mais variadas áreas do direito privado e que contém disposições relativas ao respectivo âmbito de aplicação espacial.

30. Note-se, além disso, que a influência do direito da União Europeia sobre o direito internacional privado dos Estados membros[114] é bastante mais profunda, uma vez que, de acordo com o *case-law* do Tribunal de Justiça da União[115], os Estados-membros devem, mesmo em

---

Sobre o sistema de direito internacional privado da União, cfr. Gerte REICHELT / Walter H. RECHBERGER, Hrsg., *Europaisches Kollisionsrecht. Anwendbares Recht, Gerichtliche Zustandigkeit, Vollstreckung von Entscheidungen im Binnenmarkt*, Wien, 2004; MANZ, *Le Droit International Privé Européen en construction. Vingt Ans de travaux du GEDIP* [Marc FALLON / Patrick KINSCH / Christian KOHLER, ed.], Cambridge: Intersentia, 2011; Geert van CALSTER, *European Private International Law*, 2nd ed., Oxford: Hart Publishing, 2016; Stefan ARNOLD, herausg., *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts,* Tübingen: Mohr Siebeck, 2016; Stefan LEIBLE, ed., *General Principles of European Private International Law*, Alphen an den Rijn: Kluwer Law International, 2016; Michael BOGDAN / Marta Pertegás SENDER, *Concise Introduction to EU Private International Law*, 4th ed., Groningen: Europa Law Publishing, 2019; e, na doutrina portuguesa, Moura RAMOS, *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia* (*cit. supra*, nota 13); Maria Helena BRITO, *Direito Internacional Privado sob Influência do Direito Europeu*, Lisboa: Âncora Editora, 2017; e Elsa Dias OLIVEIRA, *Direito de Conflitos da União Europeia. Contributo para o estudo da Parte Geral* (*cit. supra*, nota 13).

[113] Actos que, de acordo com o n.º 3 do artigo 288.º do TFUE, vinculam o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. Sobre este ponto, cfr., por exemplo, Benjamin MATHIEU, *Directives Européennes et Conflits de Lois*, Paris: L.G.D.J., 2015.

[114] Fenómeno geralmente descrito como «europeização do» direito internacional privado. Sobre este ponto, na doutrina portuguesa, além dos trabalhos referidos supra, na nota 112, cfr. Lima PINHEIRO, *Direito Internacional Privado.* v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), p. 368-399; e António Frada de SOUSA, *A Europeização do Direito Internacional Privado*, Porto, 2012, Universidade Católica Portuguesa (Faculdade de Direito — Escola do Porto) (dissertação de doutoramento).

[115] Recorde-se que, de acordo com o artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa, «as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das

matérias da sua competência, respeitar os princípios do direito da União no exercício dessa competência[116]. Face a esta jurisprudência constantemente reafirmada, o Tribunal assegurou a influência desses princípios mesmo em matérias que exorbitam da competência da União[117].

7. Doutrina

31. Finalmente, a doutrina desempenha no sistema de direito internacional privado português uma função relevante como fonte auxiliar. Não só a codificação portuguesa resultou do trabalho de um dos expoentes dessa doutrina[118] como a excelência da reflexão produzida por alguns autores que deixaram uma marca impressiva no pensamento jurídico português em matéria de direito internacional privado tem sido objecto de reconhecimento generalizado[119].

---

suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União (cfr. *supra*, n.º 27) e que o Tribunal de Justiça garante o respeito pelo direito na interpretação e aplicação dos Tratados [artigo 19.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE)].

[116] Cfr. por exemplo, o acórdão de 2 de outubro de 2003, *Garcia Avello*, processo C-148/02, *Colectânea*, 2003, p. I-11635-11652, ponto 25.

[117] Como era o caso, na situação referida na nota anterior, em matéria de nome das pessoas.

[118] O professor Ferrer Correia, autor dos projectos (de 1951 e de 1964, este último com a colaboração de Baptista Machado) que influenciaram significativamente a versão final do Código Civil (cfr. *supra*, nota 8); a grande maioria das soluções propostas foram seguidas sem quaisquer alterações.

[119] Para além de Machado VILLELA, *Conflitos entre as Leis Portuguesas e as Leis Brasileiras (cit.* nota 7), e dos autores mencionados na nota anterior, o nome de Isabel de Magalhães Collaço não pode igualmente deixar de ser referido na galeria dos autores que no século XX se dedicaram a esta matéria.

Capítulo II. Os Conflitos de leis e o mecanismo utilizado na sua resolução (a Regra de Conflitos)

1. Regras de Conflitos

i) Diferentes tipos de regras de conflitos

32. A principal característica da norma típica de direito internacional privado[120] é a de que ela é concebida como uma regra que soluciona uma colisão, um conflito, entre diferentes sistemas jurídicos que têm a possibilidade de decidir, pela aplicação das suas respectivas regras jurídicas, uma determinada situação jurídico-privada que com elas se encontra em contacto (e que por isso se diz plurilocalizada). Tudo se passa como se as relações privadas plurilocalizadas não carecessem de uma solução específica, mas que, ao contrário, a sua regulação pudesse ser deixada às normas de um dos sistemas jurídicos em presença. E o problema de direito internacional privado, seria apenas o de escolher, em cada caso, qual o sistema que deverá ser aplicado. É assim um problema de escolha de lei (*choice-of-law problem*, *jurisdiction-selecting problem*). E é um problema que se coloca ao juiz a quem cabe decidir a particular questão jurídica presente na relação plurilocalizada em questão — o juiz do foro. Portanto, a regra que resolve este problema soluciona um conflito entre os diferentes sistemas em presença e é consequentemente considerada uma regra de conflitos, uma regra que opera uma escolha entre as distintas ordens jurídicas que poderiam ser aplicadas (*regra de conflitos*, *choice-of-law rule*, *règle de conflit de lois*, *Kollisionsnorm*, *regola di conflitto*).

33. A escolha da lei carece de um critério, e, no contexto do pensamento savigniano, este traduzia-se na eleição do sistema jurídico que apresentasse a ligação (ou conexão) mais significativa (ou relevante), com a situação em análise, independentemente da solução substantiva que por ele lhe é

[120] Estamos por agora a desconsiderar os demais tipos de regras também conhecidos dos sistemas de direito internacional privado, incluindo o português: regras materiais especialmente criadas para as situações plurilocalizadas (cfr. o exemplo dado *supra*, na nota 65), e as normas materiais espacialmente autolimitadas (cfr. *supra*, n.º 17 e nota 66).

dada. Nestes termos, a escolha obedece a um princípio de proximidade[121], e o objectivo da regra de conflitos traduz-se na localização num dado sistema jurídico da relação em causa[122]. Contrariamente a este entendimento, a escolha da lei pode ser inspirada pela intenção de conseguir um determinado resultado material, provavelmente o que for considerado preferível para uma situação dada, e o objectivo da regra de conflitos seria então a escolha daquele sistema que proporcionasse a melhor solução substantiva para a questão considerada[123].

34. Em princípio, a regra de conflitos era vista como uma regra rígida, no sentido de que indica claramente o direito considerado competente para a gama de casos prevista na sua hipótese legal. Mas nos tempos mais recentes tem-se cada vez mais advogado a adopção de regras flexíveis, que se limitam a dar ao juiz uma orientação (em princípio, a de aplicar a ordem jurídica que apresente a conexão mais estreita com a situação) que deverá inspirar o juiz na determinação em concreto da lei competente[124]. A mesma flexibilidade (mesmo se menos acentuada) pode ser atingida por uma cláusula de excepção (*escape clause*)[125], que permita ao juiz afastar a lei inicialmente considerada competente quando se verifique que, em concreto, ela apresente tão só uma conexão frágil com a situação a julgar, em favor de outra

[121] "Principe de proximité", na terminologia de Paul Lagarde. Cfr. *supra*, nota 63.

[122] Pode assim falar-se de uma "règle de conflit localisatrice", como a classificou Paolo Michele Patocchi. Cfr., deste autor, *Règles de conflit localisatrices et règles de conflit à rattachement matériel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève: Georg, 1985.

[123] A regra de conflitos seria por isso uma "règle de conflit à rattachement matériel", na terminologia do Autor citado na nota anterior. No sistema jurídico português, cfr., a propósito, os exemplos citados *supra*, na nota 27. A defesa da concepção que se encontra subjacente a este tipo de normas foi inicialmente feita no trabalho de David Cavers, «A critique of the choice-of-law problem», *Harvard LR* 47 (1933) 173-208.

[124] Na codificação portuguesa esta abordagem surge nos artigos 52.º, n.º 2, e 60.º, n.º 2, como solução de último recurso, apenas para os casos em que o legislador não esteve em condições de formular uma solução precisa.

[125] Cfr., a este respeito, a teorização de Claus Dubler, *Les Clauses d'exception en droit international privé*, Genève: Georg 1983.

ordem jurídica que com ela apresente uma conexão mais forte[126].

35. A regra de conflitos é assim vista em geral como uma *hard-and-fast rule*, que contém uma solução que oferece certeza e previsibilidade. Mas a função de determinar a lei competente pode ser concebida diferentemente, quer limitando a regra de conflitos à determinação do âmbito de aplicação espacial da lei do foro (caso em que é vista como uma regra de conflitos *unilateral*) quer quando determina, por aplicação do mesmo critério, a ordem jurídica (do foro ou estrangeira) que deve ser considerada competente (regra de conflitos *bilateral* ou *multilateral*). Nos nossos dias, esta diferença não implica uma consideração distinta dos objectivos do sistema conflitual, ambas as orientações podendo conseguir uma harmonia jurídica internacional. Como terceira categoria, fala-se ainda de *regras de conflitos imperfeitamente bilaterais*, quando a regra de conflitos bilateral apenas se aplica em situações que apresentem com a *lex fori* um particular contacto (e não a todas as relações).

36. O sistema português de direito internacional privado adoptou, tal como sucedeu com a imensa maioria dos demais sistemas conflituais, regras de conflitos bilaterais, mesmo se nele se pode igualmente dar conta da existência de algumas especiais regras de conflitos unilaterais (artigos 28.º, n.º 1, do Código Civil, e 3.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais) e regras de conflitos imperfeitamente bilaterais (artigo 51.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil). Por outro lado, algumas das regras de conflitos bilaterais encontram-se submetidas, na sua aplicação, a um condicionalismo particular (regras de conflitos condicionadas): é o caso dos artigos 28.º, n.º 3, 31.º, n.º 2, 36.º, n.º 1, 45.º, n.º 3, 47.º e 65.º, n.º 2, todos do Código Civil. A condição pode estar relacionada com a descrição da hipótese legal da regra (artigos 28.º, n.º 3, e 45.º, n.º 1), com a posição da lei estrangeira relativa à sua aplicação à situação em causa (artigos 31.º, n.º 2, e 47.º) ou com o conteúdo material da lei designada (ar-

[126] Esta situação apenas surgiu na ordem jurídica portuguesa com a recepção da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável aos contratos (artigo 4.º, n.º 5).

tigos 31.º, n.º 2, 36.º, n.º 1, e 65.º, n.º 2)[127].

ii) Elementos da Regra de Conflitos

37. A regra de conflitos contém três elementos. Um traduz-se na sua consequência jurídica, ou seja, na aplicação da *lex fori* (se estivermos perante uma regra de conflitos unilateral) ou na determinação da competência de um dado (o do foro ou um estrangeiro) sistema jurídico (no caso de uma regra de conflitos bilateral. Outro é o conceito-quadro, ou seja, a categoria jurídica referida na regra, a sua hipótese legal, a área do direito em relação à qual aquela consequência jurídica é operativa (*catégorie de rattachement* ou *Rahmenbegriff*), que é em princípio definida por referência a um certo domínio do direito, ou a uma questão jurídica. Finalmente, temos o elemento de conexão (*circonstance de rattachement*, *connecting factor*, *Anknupfungsgegenstand*, *criterio di collegamento*), isto é, o elemento presente na situação em questão que a liga a um determinado sistema jurídico. Se considerarmos, por exemplo, o artigo 50.º do Código Civil Português, que dispõe que «a forma do casamento é regulada pela lei do Estado em que o acto é celebrado», a consequência jurídica traduz-se na aplicação de um sistema jurídico, o conceito-quadro refere-se às formalidades que rodeiam a celebração do casamento, e o elemento de conexão é constituído pelo lugar da celebração do casamento. Esta estrutura repete-se em todas as regras de conflitos, no caso de regras de conflitos bilaterais ou multilaterais; no caso de regras de conflitos unilaterais, pelo contrário, a consequência jurídica é sempre a aplicação da lei do foro. Podemos assim dizer que a especificidade da regra de conflitos está em que ela determina a competência de um dado sistema jurídico para reger uma dada questão (a definida pelo conceito-quadro)[128], e que esta determinação é feita através de um elemento específico da regra (o elemento de conexão).

[127] Sobre o ponto, cfr., entre nós, Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*. v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 272-275.

[128] Que pode ser definida de forma mais lata ou mais estreita, dependendo do grau de especialização atingido pelo sistema de conflitos em questão.

2. Elemento de Conexão Relevante

38. Uma vez que a aplicação da regra de conflitos conduz sempre à aplicação de um dado sistema jurídico, e que o sistema conflitual encerra uma determinada ideia de justiça[129], pode dizer-se que esta ideia se exprime, em cada regra de conflitos, pelo elemento de conexão relevante[130], aquele que é tido em conta para a determinação da lei competente. E uma vez que a escolha deste elemento de conexão é em cada caso a expressão da justiça do direito internacional privado, ela depende da natureza do problema em questão e da concepção que o legislador se faz a esse respeito.

3. Elementos de Conexão

39. Seguindo o caminho também percorrido pelos outros sistemas jurídicos, o direito internacional privado português dá relevo a diferentes elementos de conexão.

i) Nacionalidade

40. A nacionalidade é o elemento de conexão mais utilizado na codificação portuguesa, sendo relevante em todas as matérias de natureza pessoal. A este propósito, o artigo 25.º do Código Civil consagra uma concepção ampla de estatuto pessoal[131], ao dispor que «o estado dos in-

[129] Cfr. *supra*, n.º 6.

[130] Neste sentido, cfr., Isabel de Magalhães Collaço, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado,* Coimbra: Editorial Império, 1964: «a justiça do direito de conflitos expressa-se na conexão» (p. 27).

[131] Sobre esta concepção, cfr. Nuno Ascensão Silva, «Do Estatuto Pessoal — Unidade e Dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 anos do Código Civil)», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, v. I — *Direito da Família e das Sucessões* (*cit. supra*, nota 9), 549-649, e, mais recentemente, Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «Unidade do estatuto pessoal? — A influência dos regulamentos europeus em matéria de estatuto pessoal sobre o Código Civil Português», *in Código Civil de 1966. Novos Desafios. Comemorações dos 50 anos do Código Civil*, Braga, 2017, Escola de Direito da Universidade do Minho, p. 15-48. Em desenvolvimento desta opção fundamental, a lei pessoal é expressamente referida como a

divíduos, a capacidade das pessoas, as relações de família e as sucessões por morte são regulados pela lei pessoal dos respectivos sujeitos», e o artigo 31.º, n.º 1, considera lei pessoal a da nacionalidade. Para além destas matérias, a nacionalidade é ainda relevante em questões de responsabilidade civil, uma vez que a lei da nacionalidade comum do agente e do lesado pode ser a lei competente se ambos se encontravam ocasionalmente em país estrangeiro no momento da lesão (artigo 45.º, n.º 3). E, mais recentemente, a lei (artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 201/98, de 10 de julho) referiu-se mesmo, a propósito dos direitos reais sobre os navios, à lei da nacionalidade[132] destes bens ao tempo da constituição, transmissão ou extinção do direito em questão. Em sentido contrário, note-se que a nacionalidade é praticamente desprovida de relevância nas questões jurisdicionais.

41. Esta utilização lata da nacionalidade como elemento de conexão foi severamente restringida na prática pela entrada em vigor dos regulamentos europeus[133], onde, na linha de convenções internacionais e das codificações mais modernas, a nacionalidade foi em certa medida substituída pela residência habitual. De facto, a nacionalidade como elemento de conexão determinante em matéria de estatuto pessoal tem vindo a ser sujeita a críticas, quer pelas dificuldades que acarreta nos casos de plura-

---

lei competente a propósito do início e termo da personalidade jurídica (artigo 26.º), dos direito de personalidade (artigo 27.º), da tutela (artigo 30.º), da capacidade para constituir direitos reais sobre imóveis quando a *lex situs* se não considerar ela própria a lei competente (artigo 47.º), dos direitos de autor, no caso da obra não se encontrar publicada (artigo 48.º, n.º 1), da capacidade para contrair casamento ou celebrar uma convenção matrimonial (artigo 49.º), das relações entre cônjuges (artigo 52.º), das convenções antenupciais e regimes de bens (artigo 53.º), da separação judicial de pessoas e bens e do divórcio (artigo 55.º), da constituição e efeitos da filiação (artigos 56.º e 57.º), da filiação adoptiva (artigo 60.º), das sucessões por morte (artigo 62.º), da capacidade de disposição (artigo 63.º), da interpretação das disposições, falta e vícios da vontade (artigo 64.º) e da sua forma (artigo 65.º).

[132] O artigo 3.º, n.º 1, desde Decreto-Lei dispõe que se consideram nacionais os navios cuja propriedade se encontra registada em Portugal, podendo naturalmente esta regra ser objecto de bilateralização em relação aos navios registados noutros países. Sobre o ponto, desenvolvidamente, cfr. Lima Pinheiro, «Temas de Direito Marítimo. II — O Navio em Direito Internacional», *ROA* 61/2 (Abr./Jun. 2011), 447-476 (455-460).

[133] Cfr. os instrumentos citados *supra*, nas notas 103 a 111.

lidade de nacionalidades[134], e de apatridia[135], quer pela sua falta de carácter localizador em situações em que os interessados vivem por muito tempo fora do seu país; além disso, nos Estados-membros da União Europeia tem-se discutido a conformidade deste elemento de conexão com alguns princípios do direito da União, designadamente o da não discriminação com base na nacionalidade[136]. Por outro lado, contudo, sublinhou-se que a sua utilização enquanto elemento de conexão está em linha com a promoção da identidade nacional e merece ser particularmente considerada no caso dos refugiados[137].

ii) Domicílio

42. O domicílio tem sido um elemento de conexão tradicionalmente presente em certos sistemas, tais como os escandinavos e o inglês[138], nas matérias de natureza pessoal, mas também perdeu parte da sua impor-

[134] Nestas situações, que são cada vez mais comuns na actualidade, o sistema português considera que, se alguém tiver duas ou mais nacionalidades e uma delas for portuguesa, só esta releva face à lei portuguesa (artigo 27.º da Lei da Nacionalidade — Lei n.º 37/81, de 3 de outubro); e, no caso de conflitos positivos de duas ou mais nacionalidades estrangeiras, o artigo 28.º da mesma lei dispõe que releva apenas a nacionalidade do Estado em cujo território o plurinacional tenha a sua residência habitual ou, na falta desta, a do Estado com o qual mantenha uma vinculação mais estreita.

[135] O artigo 32.º do Código Civil dispõe que a lei pessoal do apátrida é a do lugar onde ele tiver a sua residência habitual (n.º 1), ou, quando o apátrida seja menor ou quando seja maior acompanhado com domicílio legal determinado por sentença, a do seu domicílio legal (n.º 2).

[136] Cfr. os artigos 9.º do TUE e 18.º do TFUE. Sobre o ponto, cfr. Johan Meeusen, «Le droit international privé et le principe de non-discrimination», *in Recueil des Cours*, t. 353 (2011), p. 11-183.

[137] Cfr., por exemplo, Michael BOGDAN, «Refugees in private international law», in [Jonas GRIMHEDEN / Rolf RING, ed.], *Human Rights Law: From Dissemination to Application. Essays in Honour of Goran Melander* Leiden: Martinus Nijhhoff Publishers, 2006, 311-320.

[138] Onde o conceito de domicílio se reveste de uma natureza muito particular, incluindo diferentes realidades, como o domicílio de origem (*domicile of origin*) e o domicílio de escolha (*domicile of choice*); cfr., por exemplo, Peter STONE, *The Conflict of Laws*, Londres, 1995, Longman, 12-28. Para a situação noutros países de *common law*, cfr. com referência ao direito canadiano, J.-G. CASTEL, *Introduction to Conflict of Laws*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1998, 29-36; e no estadunidense, William M. RICHMAN / William L. REYNOLDS, *Understanding Conflict of Laws*, 2nd ed., Matthew Bender, 1993, 5-9 e 11-12.

tância nos últimos tempos, em favor da residência habitual. No direito português, a sua utilização tem sido limitada, em certas circunstâncias, ao caso dos apátridas[139], e, no domínio da representação voluntária, na situação em que o representante exerce profissionalmente a representação e esse facto é conhecido do terceiro contratante, caso em que a lei competente é a do domicílio profissional daquele (artigo 39.º, n.º 3).

iii) Residência habitual

43. A residência habitual tem vindo a ser crescentemente utilizada como elemento de conexão nos tempos mais recentes, especialmente em matérias de natureza pessoal, quando está em causa o centro dos interesses de uma determinada pessoa, o que igualmente se passa em sede de competência internacional. Esta utilização foi claramente desenvolvida nos regulamentos europeus de direito internacional privado, onde este elemento de conexão substituiu nitidamente a nacionalidade como o elemento de conexão por excelência nas matérias de natureza pessoal.

44. Na codificação portuguesa, a residência habitual determina a lei primariamente competente no que se refere aos apátridas (artigo 32.º), e a residência habitual comum do declarante e do declaratário é a competente para determinar quer o valor de um comportamento quer o do silêncio como declaração negocial (artigo 35.º, n.ºs 2 e 3). A residência habitual comum das partes num contrato constitui ainda a lei competente em matéria contratual quando as partes não fizeram uma válida *professio iuris*, e, como nos casos de nacionalidade comum[140] (e na falta desta), a residência habitual comum do agente e do lesado determinará a lei competente em matéria de responsabilidade civil se eles se encontrarem ocasionalmente nesse país no momento da lesão (*laesio*) (artigo 45.º, n.º 3). A residência habitual do declarante é também relevante em matéria de actos unilaterais (artigo 42.º, n.º 1), e, na representação, a lei do país da residência habitual do representado é competente, na representação voluntária, quanto à existência, extensão, modificação, efeitos e extinção dos poderes representativos, se o representante exercer os poderes re-

[139] Cfr. a situação referida *supra*, em último lugar, na nota 135.

[140] Cfr. *supra,* n.º 40.

presentativos em país diferente daquele que o representado indicou e o facto for conhecido do terceiro com quem contrate (artigo 39.º, n.º 2). Nas relações de família, a residência habitual comum substitui a nacionalidade comum, na falta desta, no caso das relações entre os cônjuges (artigo 52.º, n.º 2), das convenções antenupciais e do regime de bens (artigo 53.º, n.º 2), da separação judicial de pessoas e bens e do divórcio (artigo 55.º, n.º 1), da constituição da filiação (artigo 56.º, n.º 2) e das relações entre pais e filhos (artigo 57.º, n.º 1), assim como na constituição da relação adoptiva por pessoas casadas (artigo 60.º, n.º 2) e nas relações entre adoptante e adoptado (artigo 60.º, n.º 3). Para além deste carácter subsidiário, a residência habitual desempenha ainda no sistema português uma função significativa em casos em que uma nacionalidade existe e pode ser estabelecida. Na verdade, uma regra de reconhecimento consagrada no artigo 31.º, n.º 2, determina o reconhecimento, em Portugal, dos negócios jurídicos celebrados no país da residência habitual do declarante, em conformidade com a lei desse país, desde que esta se considere competente[141].

iv) Residência simples

45. O lugar da residência ocasional ou da simples presença é tomado em consideração, no caso dos apátridas, na falta de residência habitual (artigo 32.º, n.º 3, que remete para o artigo 82.º, n.º 2).

v) Sede

46. No que diz respeito às pessoas colectivas, e na ausência de uma real nacionalidade ou residência (no sentido utilizado para as pessoas físicas), a codificação refere-se à lei do Estado onde se encontra situada a sede principal e efectiva da sua administração como lei pessoal destas entidades (artigo 33.º, n.º 1), ainda que, no caso das sociedades comer-

[141] Sobre esta solução, *vide infra*, § 10 do Capítulo 3, n.ºs 93-95, e cfr., por exemplo, Moura Ramos, «Dos direitos adquiridos em direito internacional privado», *BFD* 50 (1974) 175-217. Deve ter-se em conta que tal acto será reconhecido mesmo se ele não for válido nos termos da lei do Estado da nacionalidade da pessoa em questão. Pode ver-se aqui uma (ainda que limitada) aplicação de uma *rule of validation* (*lex validitatis*).

ciais, o artigo 3.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais se desvie desta regra (ou a complete) para dispor que a sociedade que tenha em Portugal a sede estatutária não pode, contudo, opor a terceiros a sua sujeição a lei diferente da lei portuguesa. E aquele mesmo critério vale para as pessoas colectivas internacionais, quando nada se dispuser a este respeito na convenção que as criou ou nos respectivos estatutos (artigo 34.º).

vi) Lex Loci Actus

47. O lugar da celebração dos actos jurídicos é tomado em consideração para determinar o valor de um comportamento como declaração negocial quando os declarantes não possuam residência habitual comum (artigo 35.º, n.º 2)[142], e é igualmente relevante para determinar a lei competente em matéria de forma dos actos jurídicos (artigo 36.º, n.º 2)[143], e da substância e efeitos das obrigações, quando as partes não tenham celebrado uma válida *professio iuris* e não possuam residência habitual (artigo 42.º, n.º 2). A lei do lugar em que decorre a principal actividade do gestor é competente em matéria de *negotiorum gestio* (artigo 42.º), e a lei do Estado onde decorreu a principal actividade causadora do prejuízo é o elemento de conexão em princípio relevante em matéria de responsabilidade civil (artigo 45.º, n.º 1)[144]. Finalmente dispõe-se ainda expressamente que a *lex loci celebrationis* é competente em matéria de forma, quer

[142] Nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, o valor jurídico do silêncio é, nas mesmas circunstâncias, determinado pela lei do Estado em que a proposta foi recebida. Sobre este ponto, cfr. Elsa Dias de Oliveira, «A lei reguladora dos negócios jurídicos, da representação, da caducidade e da prescrição no Código Civil Português», *in Código Civil. Livro do Cinquentenário*, v. I — Homenagem ao Prof. Doutor Fernando Pessoa Jorge, Coimbra: Almedina, 2019, 463-486 (471-472).

[143] Salvo quando a lei reguladora da substância do negócio exigir, sob pena de nulidade ou ineficácia, a observância de determinada forma, ainda que o negócio seja celebrado no estrangeiro (artigo 36.º, n.º 1).

[144] Deve ter-se em conta, contudo, que quando a lei do Estado onde se produziu o efeito lesivo considerar responsável o agente, mas não o considerar como tal a lei do país onde decorreu a sua actividade, é aplicável a primeira lei, desde que o agente devesse prever a produção de um dano, naquele país, como consequência do seu acto ou omissão (n.º 2 do mesmo artigo).

do casamento (artigo 50.º)[145] quer das disposições por morte (artigo 65.º, n.º 1)[146].

vii) Lex Rei Sitae

48. Como acontece com a grande maioria dos sistemas nacionais de direito internacional privado, a codificação portuguesa também se refere à *lex situs* como a lei competente em matéria de regime da posse, propriedade e demais direitos reais, independentemente da natureza (móvel ou imóvel) dos bens a que eles se reportam (artigo 46.º)[147]. Apenas no caso dos imóveis, o mesmo elemento de conexão é também o relevante para as matérias relativas à capacidade para constituir direitos reais ou para dispor deles, desde que essa lei assim o determine (artigo 47.º)[148], e na representação voluntária, quando ela se refira à disposição ou administração de bens desta natureza (artigo 39.º, n.º 4).

49. A lei determina ainda em certos casos qual é a situação dos bens que é relevante para efeitos de determinação da lei competente, como ocorre com os bens *in transitu*, a propósito dos quais se dispõe que eles são tidos como situados no país do destino, quando estão em causa questões de constituição ou transferência de direitos reais sobre eles (artigo 46.º, n.º 2).

[145] Sem prejuízo do regime dos casamentos consulares previsto no artigo 51.º.

[146] Há que ter, contudo, em conta que se a lei pessoal do autor da herança no momento da declaração exigir, sob pena de nulidade ou ineficácia, a observância de determinada forma, ainda que o acto seja praticado no estrangeiro, essa exigência será respeitada (n.º 2). *Vide supra*, o lugar paralelo referido na nota 143.

[147] Prevê-se, contudo, uma regra especial relativa à constituição e transferência de direitos sobre os meios de transporte submetidos a um regime de matrícula (automóveis, navios e aviões): em tal caso, a lei competente é a lei do país onde a matrícula tiver sido efectuada (artigo 46.º, n.º 3). Esta lei aplica-se também aos actos realizados a bordo de navios ou aeronaves, fora dos portos ou aeródromos, sempre que for competente a lei territorial (artigo 24.º, n.º 1); para este efeito, os navios e aeronaves militares consideram-se como parte do território do Estado a que pertencem (artigo 24.º, n.º 2).

[148] Se tal não for o caso, é competente a lei pessoal.

viii) Lex Originis

50. A *lex originis* de um direito é competente em matéria de direitos de autor, onde a lei competente é a lei do lugar da primeira publicação da obra (artigo 48.º, n.º 1)[149], e, em matéria de propriedade industrial, que é regulada pela lei do país da sua criação (artigo 48.º, n.º 2).

ix) Professio Iuris *(Autonomia das partes)*

51. Em matéria de substância e efeitos dos negócios jurídicos, a codificação portuguesa refere-se, em primeiro lugar à lei que os respectivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista (artigo 41.º, n.º 1), com a limitação, constante do n.º 2, de se tratar de uma lei cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito internacional privado. Esta autonomia das partes manifesta-se igualmente em matéria de determinação da lei pessoal das pessoas colectivas internacionais (artigo 34.º), perfeição, interpretação e integração da declaração negocial (artigo 35.º, n.º 1), regimes de bens, no sentido de que quando for competente uma lei estrangeira e um dos nubentes tiver a sua residência habitual em território português, pode ser convencionado um dos regimes admitidos pelo direito interno português (artigo 53.º, n.º 3), e de interpretação das disposições por morte, na medida em que a lei pessoal do *de cujus* ao tempo da morte[150] pode ser afastada no caso de existir uma expressa ou implícita referência a outra lei [artigo 63.º, alínea *a)*].

52. A importância da autonomia das partes em direito internacional privado é crescente e o seu reconhecimento corresponde a um princípio geral desta área do direito. Este reconhecimento é particularmente alargado no direito internacional privado da União Europeia, no qual, além das obrigações contratuais, a autonomia das partes é igualmente relevante no domínio da competência internacional, das obrigações extracontratuais, das obrigações alimentares, do divórcio, das sucessões por

[149] Na inexistência de publicação, é competente a lei pessoal do autor (cfr. a disposição citada em texto).

[150] A lei primariamente competente nesta matéria.

morte, dos regimes matrimoniais e dos efeitos patrimoniais das parcerias registadas, mesmo se nestas quatro últimas matérias está apenas em causa uma autonomia limitada, que faculta apenas às partes a escolha de entre um limitado e pré-estabelecido conjunto de leis.

4. Alterações nos elementos de conexão e na *lex causae*

53. Como claramente resulta da exposição anterior, os elementos de conexão podem ser objecto de diferentes classificações. Podem ser de natureza pessoal (nacionalidade, domicílio, residência) ou real (situação dos bens, lugar da celebração de actos), consoante se refiram aos sujeitos ou ao objecto ou aos elementos da situação jurídica. Podem igualmente consistir em dados de carácter factual (lugar da situação de um bem, lugar da prática de um acto) ou normativo (nacionalidade de uma pessoa, lugar da execução de uma obrigação). E podem ter um carácter fixo (lugar da situação de um imóvel, lugar da realização de um acto jurídico ou da verificação de um dano) ou móvel (nacionalidade, domicílio, residência, autonomia das partes, lugar da situação de bens móveis, sede de pessoas colectivas). Finalmente, mesmo neste último caso, a lei pode cristalizar antecipadamente um elemento de conexão móvel, determinando o momento da sua relevância[151].

[151] Cfr., por exemplo, o artigo 53.º, nºs 1 e 2, do Código Civil, que se refere, em matéria de convenções antenupciais e regime de bens, à lei da nacionalidade comum dos nubentes (ou, na falta de uma nacionalidade comum, à lei da sua residência habitual comum) no momento da celebração do casamento (e, na ausência de tal residência habitual comum, à lei da primeira residência conjugal), o artigo 56.º, n.º 1, que, em matéria de constituição da filiação, se refere à lei pessoal do progenitor em questão, no momento do nascimento do filho (nos termos do n.º 3 deste artigo este mesmo momento releva no caso de filhos de progenitoras casadas, salvo se a dissolução do casamento for anterior ao nascimento, caso em que aquele momento é o relevante), o artigo 62.º, que em matéria de sucessões por morte designa a lei pessoal do *de cujus* no momento da morte, o artigo 63.º, n.º 1, que se refere, em matéria de capacidade para fazer, modificar ou revogar uma disposição por morte à mesma lei, mas no momento da disposição, e o artigo 65.º, n.º 1, que considera competente esta lei, naqueles dois momentos, em matéria de forma das disposições por morte.

54. Se considerarmos este último tipo de critérios, deveremos atentar na situação que ocorre quando o elemento de conexão se altera[152]. Em tais situações, e no caso de situações jurídicas duradouras, o problema surge porque mesmo se, *in abstracto*, o elemento de conexão é o mesmo, as condições factuais que constituem a base para a determinação da lei competente podem mudar (e tal mudança poderá conduzir à competência de diferentes sistemas jurídicos). O problema está então em determinar qual é o momento em que o elemento de conexão se materializa *(conflit mobile)*. Nalguns casos, a própria lei resolve o problema, dispondo que tal modificação é irrelevante[153], mas nos demais põe-se um problema de interpretação da concreta regra de conflitos, que deve ser resolvido por aplicação do sistema «parmi ceux qui entrent en considération, (…) dont l'application correspond le plus étroitement aux objectifs du système de conflits de lois du for»[154].

55. Outro problema decorrente dos efeitos no tempo em direito internacional privado é o das mudanças ocorridas na lei competente, que pode afectar igualmente as situações jurídicas duradouras. Neste caso, as alterações não têm lugar nos elementos[155] que constituem a base da determinação da lei competente, mas no conteúdo desta lei, que pode sofrer alterações. A questão da determinação da solução que deve ser adoptada no caso de uma situação jurídica duradoura (a da lei antiga ou

[152] Mobilidade que se encontra por definição excluída nas situações referidas na nota anterior.

[153] Cfr. o artigo 29.º do Código Civil que dispõe que a mudança da lei pessoal não prejudica a maioridade adquirida segundo a lei pessoal anterior, e o artigo 63.º, n.º 2, que, em matéria de capacidade de revogação de uma disposição por morte, dispõe que aquele que, depois de ter feito a disposição, adquirir nova lei pessoal conserva a capacidade necessária para revogar a disposição nos termos da lei anterior, mesmo se essa revogação não é permitida pela nova lei pessoal.

[154] Cfr. a resolução do Instituto de Direito Internacional adoptada na sua sessão de Dijon, a propósito do problema intertemporal em direito internacional privado, no seu ponto 2, *b), in Yearbook of* IIL 49/II (1981) 249; e, na doutrina portuguesa, Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34) 193-198. As soluções referidas na nota anterior podem ser consideradas uma aplicação deste critério.

[155] Factuais (por exemplo, o lugar da situação das coisas móveis) ou normativas (por exemplo, a nacionalidade de uma pessoa). Vide *supra*, n.º 53.

a da lei nova) deve em princípio[156] ser respondida de acordo com os princípios de direito intertemporal da *lex causae*, uma vez que este é o único critério que pode permitir a obtenção da harmonia jurídica internacional, um dos princípios essenciais do direito internacional privado[157]. De facto, a solução dada no Estado do foro à questão em análise só será idêntica à que prevalecerá no Estado cuja lei será competente por força do seu sistema conflitual se, no caso de um conflito de leis no tempo no interior dessa lei, o juiz do foro vier a aplicar os mesmos critérios que são aplicáveis na *lex causae*.

5. Combinação de elementos de conexão

56. As regras de conflitos podem conter um único elemento de conexão[158] ou apresentar uma natureza múltipla ou complexa, em que diferentes elementos de conexão se combinam numa mesma regra. Tal combinação pode apresentar-se com uma estrutura diversa, correspondendo a distintos objectivos. Ela terá uma natureza subsidiária quando duas ou mais ordens jurídicas diferentes são tidas em conta pela regra de conflitos tendo a aplicação de cada uma delas lugar apenas quando as demais não possam ser consideradas[159]; neste caso, a finalidade da combinação é a de assegurar uma solução total e completa do problema da determinação da lei competente. Mas a combinação pode apresentar uma natureza alternativa, quando os diferentes elementos de conexão se encontram em

[156] Em princípio, porque a resposta dada por aplicação destes princípios deverá ser afastada se ela contrariar a ordem pública ou a razão que esteve na base do reconhecimento da competência desta ordem jurídica pelo sistema conflitual do foro no seu conjunto. Neste sentido, a aplicação das regras de conflitos intertemporais da *lex causae* será excluída quando viole o princípio da não retroactividade (neste sentido, cfr. também Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 239.

[157] Neste sentido, cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 34), 192-193.

[158] Por exemplo, «a forma do casamento é regulada pela lei do Estado em que o acto é celebrado (artigo 50.º do Código Civil).

[159] Como acontece com o artigo 52.º do Código Civil, que considera que em matéria de relações entre os cônjuges a lei competente é a lei nacional comum dos cônjuges, na falta desta, a lei da sua residência habitual comum e, na falta desta, a lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexa.

pé de igualdade (não se apresentando de forma hierarquizada, como na situação anterior), tendo qualquer deles a capacidade de conduzir à determinação da lei competente[160]; a ser assim, o objectivo da combinação é claramente o de facilitar a obtenção de um dado resultado material[161], por isso fazendo da regra de conflitos em questão uma verdadeira regra de conflitos de conexão substancial (*règle de conflit à rattachement matériel*)[162]. E, também pode apresentar uma natureza cumulativa, quando implique que as leis indicadas pelos diferentes elementos de conexão sejam igualmente aplicadas na hipótese considerada[163], tendo assim o resultado oposto ao prosseguido pela combinação que se traduz numa alternativa.

57. A combinação de elementos de conexão pode ainda apresentar uma natureza distributiva, se as condições da produção de um determinado efeito jurídico deverem ser reguladas por leis diferentes, como ocorre com o artigo 49.º do Código Civil, nos termos do qual a capacidade para contrair casamento ou celebrar a convenção antenupcial é regulada, em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal, tornando assim mais fácil a celebração do casamento do que aconteceria se nos encontrássemos simplesmente perante uma conexão múltipla de natureza cumulativa. E é ainda possível falar em cumulação de conexões, quando a lei a aplicar necessita de ser indicada por mais do que um elemento de conexão, como acontece no artigo 52.º do Código Civil, que se refere, no domínio das relações entre cônjuges, à lei da nacionalidade de ambos.

---

[160] É o que se passa com o artigo 36.º do mesmo Código que dispõe que a forma da declaração negocial é regulada pela lei aplicável à substância do negócio, sendo, porém, suficiente a observância da lei em vigor no lugar em que é feita a declaração,

[161] No exemplo referido na nota anterior, tal resultado consistirá na válida celebração do contrato (*rule of validation*, *lex validitatis*).

[162] Cfr. *supra*, notas 64 e 123.

[163] Como acontece com o artigo 60.º do Código Civil, que dispõe que a constituição da adopção é regulada pela lei pessoa do adoptante (n.º 1) ou dos adoptantes (n.º 2), mas que as condições previstas na lei competente para regular as relações entre o adoptando e os seus progenitores devem igualmente ser respeitadas (n.º 4). E veja-se ainda o artigo 33.º, n.º 3, nos termos do qual a transferência, de um Estado para outro, da sede de uma pessoa colectiva não extingue a personalidade jurídica desta, se nisso convierem as leis de uma e outra sede.

58. Finalmente, a combinação pode ser de uma distinta natureza, ao apresentar um elemento de natureza condicional, quando a determinação da lei competente pela regra de conflitos do foro toma em conta a posição, a este respeito, do sistema de direito internacional privado da *lex causae*. O artigo 47.º[164] do Código Civil constitui um claro exemplo desta referência condicionada, em que o elemento de conexão da *lex causae* é tomado em consideração, mas a mesma tendência está igualmente presente, ainda que em menor medida, nos artigos 28.º, n.º 3, 31.º, n. º2, 36.º, n.º 1, *in fine*, 45.º, n.º 3, e 65.º, n.º 2, da codificação portuguesa.

Capítulo III. Questões fundamentais da parte geral do sistema das regras de conflitos

59. A codificação portuguesa de direito internacional privado é talvez uma das mais desenvolvidas no que se refere ao tratamento da parte geral desta disciplina[165]. No entanto, hoje deveremos assumir que as regras jurídicas constantes do Código Civil a este respeito apenas se aplicam quando as regras de conflitos portuguesas são as tidas em consideração para resolver as situações plurilocalizadas em questão. Pelo contrário, quando estas últimas se inserem no âmbito de aplicação dos instrumentos europeus de direito internacional privado[166] dever-se-á recorrer às regras contidas nestes textos a este propósito[167]. E o mesmo

[164] Ao dispor que a capacidade para constituir direitos reais sobre coisas imóveis ou para dispor deles é determinada pela lei da situação da coisa, desde que essa lei assim o determine.

[165] Cfr., a este propósito, Lima Pinheiro, «The Methodology and the general part of the Portuguese private international law codification: a possible source of inspiration for the European legislator?», 14 *Yearbook of Private International Law* (2013/2014) 153-172.

[166] Cfr. os instrumentos enumerados *supra*, nas notas 105 a 112.

[167] Cfr. os artigos 24.º a 26.º do Regulamento n.º 864/2007, 20.º a 22.º do Regulamento n.º 593/2008, 12.º a 17.º do Protocolo da Haia de 2007 sobre as obrigações alimentares (aplicável por força do artigo 15.º do Regulamento n.º 4/2009), 11.º a 16.º do Regulamento n.º 1259/2010, 34.º a 38.º do Regulamento n.º 650/2012, e 31.º a 35.º dos Regulamentos n.º 2016/1103 e 2016/1104. Sobre o tema, cfr., entre nós, designadamente, Elsa Dias Oliveira, *Direito de Conflitos da União Europeia. Contributo para o estudo da Parte Geral* (cit. supra, nota 13); e, em especial sobre a questão que trataremos em seguida no texto, Renata Steiner, «Qualificação no direito internacional privado e no di-

deve dizer-se a propósito das convenções internacionais, quando estes textos contenham regras sobre estas questões. Assim, os desenvolvimentos seguintes referir-se-ão apenas ao sistema de direito internacional privado português de fonte autónoma, excepto quando o contrário seja mencionado expressamente.

1. Qualificação

60. Como é bem conhecido, a qualificação é uma operação que se reveste de algumas especificidades em direito internacional privado, atenta a particular natureza da regra de conflitos[168]. A circunstância de nesta regra a hipótese legal (o conceito-quadro) ser descrita por conceitos jurídicos suscita problemas específicos quanto à sua interpretação e aplicação (e, por isso mesmo, quanto à interpretação e aplicação da regra de conflitos em si mesma). O problema essencial é a este respeito o de saber se, para determinar o conteúdo destes conceitos jurídicos, nos deveremos referir ao dos conceitos homólogos da *lex fori* ou da *lex causae*, ou se deveremos adoptar uma outra posição a este respeito.

61. Desde há muito[169], que a doutrina portuguesa parte da compreensão de que as linhas de força a ter essencialmente em conta a este respeito são constituídas pelos princípios da harmonia jurídica internacional (nos termos do qual cada sistema nacional de direito internacional privado deve preocupar-se em adoptar soluções que possam ser partilhadas pelos outros sistemas jurídicos em contacto com a situação em

reito comunitário: Lições para o Brasil», in [Gustavo Ferraz de Campos Monaco / Maria Rosa Loula, coord.], *Direito Internacional e Comparado: Trajetória e Perspectivas. Homenagem aos 70 Anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos* Volume I — *Direito Internacional Privado e Direito Privado Comparado* (*cit. supra*, nota 26), 519-535 (521-530).

[168] Cfr. *supra*, o n.º 37.

[169] Cfr. sobretudo os trabalhos de Isabel de Magalhães Collaço, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 130); Ferrer Correia, «O problema das qualificações em direito internacional privado», *RDES* 5 (1949-1950) 43-85, e Idem, «O problema da qualificação segundo o novo direito internacional privado português», *BFD* 44 (1968) 39-81; e Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 102-144. Na doutrina brasileira, veja-se, recentemente, Gustavo Ferraz de Campos Monaco, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas,* São Paulo: Quartier Latin, 2019.

causa) e da igualdade de tratamento (segundo o qual os diferentes sistemas jurídicos devem ser tratados em pé de igualdade, sem dar prioridade a qualquer um deles, designadamente ao do foro)[170]. Assim, a interpretação dos conceitos-quadro das regras de conflitos do foro não deverá ser feita recorrendo ao sentido que os conceitos homólogos possam ter na lei material do foro (ou mesmo da *lex causae*), mas, pelo contrário deve ser construída com autonomia em relação ao sentido destes conceitos[171], tendo em conta o objectivo das regras de direito internacional privado e a possibilidade de por elas ser determinada a aplicação de qualquer ordem jurídica estrangeira[172]. Concepção esta que foi fundamentalmente desenvolvida na doutrina germânica[173] e que inspirou o Código Civil Português, designadamente o seu artigo 15.º.

62. Esta disposição, que constitui um dos poucos exemplos de resposta legislativa ao problema da qualificação no direito internacional privado comparado[174], assume que a regra de conflitos reconhece a competência de um determinado sistema jurídico (o indicado pelo elemento de conexão) para reger uma determinada questão de direito (a individuali-

[170] A este propósito, cfr. Ferrer Correia, «Une codification nationale du droit international privé à l'épreuve du principe d'égalité: Le Code Civil Portugais de 1966 "revisited"» (*cit. supra*, nota 45).

[171] Cfr. Stefan Grundmann, *Qualification gegen die Sachnorm. Deutsch-portugiesische Beitrage zur Autonomie des Internationalen Privatrechts*, München: C.H. Beck, 1985; Ferrer Correia, «Le principe de l'autonomie du droit international privé dans le système juridique portugais», in *Festschrift fur Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, Stuttgart: Kohlhammer, 1987, 119-146.

[172] Dependendo da localização do elemento de conexão relevante.

[173] Na linha sobretudo dos trabalhos de Wilhelm Wengler. Deste autor, cfr., sobretudo, «Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht», in *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen: Mohr, 1952, 337-374; e *Internationales Privatrecht*, v. I, Berlim: Walter de Gruyter, 1981, 130-192. Posteriormente, e para uma compreensão global, vejam-se ainda as obras de Helmuth Weber, *Die Theorie der Qualifikation*, Tubingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1986; Hans Christian Heyn, *Die Doppel and Mehrfach Qualification im IPR*, Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1986; e Christoph Bernasconi, *Der Qualifikations Prozess im internationalen Privatrecht*, Zurich: Schulthess Polygraphisher Verlag, 1997.

[174] Cfr. outros exemplos *in* Eugénio Hernández-Breton, «An attempt to regulate the problem of "characterization" in private international law», in *Festschrift fur Erik Jayme*, v. II, München: Sellier. European Law Publishers, 2004, 331-338.

zada no seu conceito-quadro). E, no quadro deste entendimento, dispõe que «a competência [assim] atribuída a uma lei abrange somente as normas que, pelo seu conteúdo e pela função que têm nessa lei, integram o regime do instituto visado na regra de conflitos». A compreensão que subjaz a esta regra exclui assim a chamada qualificação primária, uma operação que estabeleceria definitivamente, e num primeiro momento, a natureza jurídica da relação em questão, nos quadros do direito material do foro, como um meio de, por aplicação da correspondente regra de conflitos do foro, determinar a (quer a do foro quer uma estrangeira) lei competente. Nos termos desta concepção[175], e não sendo aquele um passo absolutamente necessário, a competência de um dado sistema jurídico só é reconhecida para a particular questão jurídica enunciada na regra de conflitos que se referira a tal ordem jurídica e por isso apenas abrangeria as disposições que[176], nesse sistema, devem ser consideradas como regendo a matéria identificada na regra de conflitos que lhe reconhece competência para (nas relações plurilocalizadas) a regular[177].

63. Naturalmente, este reconhecimento da competência de uma determinada ordem jurídica (a designada pela regra de conflitos do foro)

[175] Que é seguida pela doutrina portuguesa. Cfr., mais perto de nós, Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 541-566; Dário Moura Vicente, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2001, 387-418; Maria Helena Brito, «A utilização do método comparativo em direito internacional privado. Em especial, o problema da qualificação», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra: Almedina, 2011, 103-133; Elsa Dias de Oliveira, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*, Coimbra: Almedina, 2011, 298-303; e Helena Mota, *Os efeitos patrimoniais do casamento em direito internacional privado. Em especial, o regime matrimonial primário*, Coimbra, 2012, 301-373.

[176] «pelo seu conteúdo e pela função que têm nessa lei».

[177] Seguindo esta *démarche*, o Supremo Tribunal de Justiça português decidiu [por acórdão de 14 de março de 1979, no processo n.º 67442, *BMJ* 285 (1979) 341-346] que a proibição constante do artigo 2181.º do Código Civil português do testamento de mão comum (um testamento em que duas ou mais pessoas fazem as suas disposições por morte, quer em proveito recíproco, quer em favor de terceiro, constitui uma regra relativa à forma do acto, e não à sua substância. Sobre este ponto, cfr. Ferrer Correia, «Naturalização. Testamento de Mão Comum (Anotação ao Acórdão da Relação de Coimbra de 6 de janeiro de 1948), in *Estudos Vários de Direito*, Coimbra: Por Ordem da Universidade, 1982, 421-473 (442-471).

para cada questão jurídica pode constituir em si mesmo uma fonte de problemas subsequentes, uma vez que os diferentes sistemas de direito material não seguem sempre a mesma opção quando inserem uma determinada regra material numa determinada categoria. Nestes termos, a aplicação das normas das diferentes ordens jurídicas cuja competência é reconhecida pelas diversas regras de conflitos pode traduzir-se em inconsistências valorativas, pois pode estar na origem de situações de dupla fundamentação (cúmulo jurídico) ou de ausência de fundamentação (vácuo jurídico) duma pretensão ou consequência jurídica (conflitos de qualificações). Nas situações de cúmulo, deverá escolher-se uma das qualificações conflituantes, reconhecendo assim a prevalência de uma das regras de conflitos em presença (conflito positivo). A doutrina portuguesa sublinha[178], nestes casos, a conveniência de estabelecer uma hierarquia das qualificações conflituantes, que dependeria da importância (o peso) dos interesses prosseguidos pelas regras de conflitos em questão[179], e, tal não sendo possível, harmonizar, combinar ou adaptar as diferentes soluções materiais (*Anpassung*) dos sistemas jurídicos em presença[180]. E esta última solução valerá também para os casos de lacunas jurídicas, em que a fragmentação decorrente das regras de conflitos impede a aplicação das regras materiais que fundamentam a pretensão, com o fundamento de que elas não integram a categoria jurídica enunciada na regra de conflitos que considera competente a ordem jurídica em que aquelas se integram.

[178] Cfr. Isabel Magalhães Collaço, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 130), 237-308; Ferrer Correia, *A Codificação do Direito Internacional Privado. Alguns Problemas* [separata do *BFD* 51, 52, 53 e 54], Coimbra, 1979, 166-172; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 130-144; e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 585-596.

[179] Nestes casos, a qualificação relativa à substância deveria prevalecer sobre a referente à forma, a uma qualificação de natureza real aconteceria o mesmo em relação a uma qualificação de carácter pessoal, e uma qualificação de natureza matrimonial teria precedência sobre uma outra de natureza sucessória. Cfr. os Autores e locais citados na nota anterior.

[180] Cfr. *infra*, n.ºs 77 a 79.

2. Questão Prévia

64. Sucede frequentemente que, defrontando-se um tribunal com uma dada questão jurídica (por exemplo, uma sucessão) regulada, nos termos das regras de conflitos do foro, por uma ordem jurídica estrangeira, a aplicação das regras deste ordenamento suscite (incidentalmente) outros problemas jurídicos, cuja solução se revele necessária para a decisão do primeiro (por exemplo, o da validade de um anterior casamento entre o *de cujus* e uma terceira pessoa). Esta última questão pode também surgir como uma questão principal (*Hauptfrage*), e, em tal caso, a determinação da lei competente para a reger caberá naturalmente à respectiva regra de conflitos do foro. Quando porém a questão (validade de um anterior casamento do *de cujus*) surja apenas como uma pré-condição necessária para a resolução da questão principal (a da sucessão daquele), tendo nessas condições uma natureza incidental (prévia), discute-se se esta questão prévia *(Vorfrage),* quando se revista igualmente de carácter plurilocalizado, deverá ser decidida tal como sucederia se ela tivesse sido suscitada a título principal[181], ou, pelo contrário, se deverá ser considerada no âmbito do ordenamento jurídico considerado competente para a questão principal (o da *lex causae*)[182]. A primeira solução asseguraria aquilo a que poderíamos chamar a harmonia material ou interna, uma vez que a solução seria então a mesma nas diferentes ocasiões em que o problema fosse considerado na ordem jurídica do foro (independentemente de tal ocorrer a título principal ou acidental). Diversamente, se se fizer aplicação do sistema conflitual da *lex causae* para determinar a lei competente para decidir a questão prévia ou incidental, esta questão será resolvida da mesma forma independentemente do sistema em que se suscite a questão principal, assim se promovendo, nesta matéria, a harmonia internacional das decisões.

65. A codificação portuguesa não tomou posição nesta matéria, apesar do interesse que ela mereceu à nossa doutrina[183]. Mas a maioria da doutrina in-

[181] E sendo por isso regulada pela ordem jurídica para o efeito considerada competente pelas regras de conflitos do foro.

[182] E sendo então regulada segundo o disposto na ordem jurídica considerada competente pelo sistema de regras de conflitos da *lex causae*.

[183] Cfr. os trabalhos de Manuel Cortes Rosa, *Da Questão Incidental em Direito Internacional Privado* Lisboa, 1960, [Suplemento à *Revista da Faculdade de Direito da Universidade*

clina-se para a posição referida em último lugar, com excepção de certos casos em que as questões prévias deveriam ser sempre reguladas pelo sistema de conflitos da *lex fori*[184]. Para além disso, foi igualmente sustentada, a este respeito, uma posição diferente, defendendo que o problema se não revestiria afinal de natureza conflitual, tendo pelo contrário um puro carácter material, relativo à interpretação do direito substantivo aplicável à questão principal[185]. Segundo este entendimento[186], se estamos a falar de efeitos ulteriores, não directos, de uma dada relação jurídica[187], a questão essencial surge como um *datum*, um mero problema factual que deverá ser considerado no contexto da interpretação da regra material aplicável à resolução da questão principal.

3. Reenvio

66. O problema do reenvio diz respeito, inquestionavelmente, à interpretação da consequência jurídica da regra de conflitos. E consiste na questão de saber, quando essa regra determina a competência de uma determinada ordem jurídica estrangeira[188], se a referência por ela feita se limita apenas às regras materiais desse ordenamento («referência material») ou, diferentemente, se ela compreende igualmente as suas regras de conflitos («referência global»),

de Lisboa]; Isabel de Magalhães Collaço, «Prefácio» (p. vii-xxiv) à obra anterior; Azevedo Moreira, *Da Questão Prévia em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1968; Ferrer Correia, «Da Questão Prévia em Direito Internacional Privado», in *Estudos Jurídicos — iii. Direito Internacional Privado*, Coimbra: Atlântida, 1970, 241-289; Baptista Machado, «Da referência pressuponente ou «questão prévia» na aplicação da lei competente», *BFD* 49 (1973) 201-256; e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. i — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 575-585.

[184] Cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, I (*cit. supra*, nota 34), 337-342.

[185] Neste sentido, na jurisprudência portuguesa, cfr. o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4 de maio de 2000, nos termos do qual «em matéria de sucessões, o direito português, mesmo que reconheça uma adopção, determinará sempre a relevância dessa adopção para efeitos sucessórios».

[186] Seguido sobretudo por Baptista Machado, «Da referência pressuponente ou «questão prévia» na aplicação da lei competente» (*cit. supra*, nota 183).

[187] Aqueles que resultam da aplicação de uma lei que regula uma relação jurídica diferente.

[188] O problema apenas se coloca, por isso, num sistema de regras de conflitos bilaterais.

constituindo assim uma referência para este sistema jurídico no seu conjunto (regras materiais e regras de conflitos). Caso se adopte a primeira posição, o problema cessa com a aplicação das regras materiais apropriadas da *lex causae*. Pelo contrário, se a referência é tida como englobando a ordem jurídica estrangeira no seu todo, deverá ter-se em consideração qual é a posição a este respeito tomada pelo sistema conflitual do ordenamento jurídico a quem a regra de conflitos do foro reconhece competência na matéria, o que poderá levar a um regresso à lei do foro (retorno) ou à competência de um outro sistema jurídico (transmissão de competência).

67. A codificação portuguesa contém diversas normas que tratam desta questão[189]. Como ponto de partida, o artigo 16.º consagra a regra nos termos da qual «a referência das normas de conflitos a qualquer lei estrangeira determina apenas, na falta de preceito em contrário, a aplicação do direito interno dessa lei». Entretanto, um conjunto de disposições[190] afasta-se desta orientação, tendo em conta o disposto nas regras de conflitos estrangeiras, essencialmente com o objectivo de promover a harmonia jurídica internacional, e, em certos casos, o *favor negotii*. Contudo, estas regras permanecem fiéis ao princípio da igualdade (no sentido de que não promovem a aplicação da lei do foro, tratando da mesma forma quer a referência a esta ordem jurídica quer a uma terceira, e constituindo por isso expressão do que foi reconhecido na doutrina[191], como um princípio altruísta).

68. No que diz respeito ao reenvio para a lei de um terceiro Estado (*Weiterverweisung*, *renvoi au deuxième degré*, *transmissão de competência*), o prin-

[189] Em geral sobre o problema do reenvio, nos anos mais recentes, cfr. Angelo Davi, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des Cours* 352 (2010) 9-522; Gian Paolo Romano, *Le dilemme du renvoi en droit international privé. La thèse, l'antithèse, et la recherche d'une synthèse*, Zurich: Schulthess, 2014; e W J. Kassir, «Le renvoi en droit international privé — technique de dialogue entre les cultures juridiques», *Recueil des Cours* 377 (2018) 9-120.

Sobre o sistema português, cfr., em geral, Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 265-320; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 178-221; e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 503-532 (515-532).

[190] Artigos 17.º, 18.º, 19.º, 36.º, n.º 2, e 65.º, n.º 1.

[191] Cfr. Alfred von Overbeck, «Les questions générales du droit international

cípio da harmonia jurídica internacional está presente no artigo 17.º, n.º 1, que dispõe que essa referência é aceite quando esta ordem jurídica se reconhece competente na matéria, e, no que toca ao reenvio para a lei portuguesa (R*ückverweisung*, *renvoi au premier degré*, *retorno*), no artigo 18.º, n.º 1, que o aceita quando o direito internacional privado da lei designada pela regra de conflitos portuguesa devolve para o direito interno português[192]. Nas duas circunstâncias mencionadas, tanto o terceiro sistema jurídico designado pelas regras de conflitos do ordenamento a que as regras de conflitos portuguesas reconhecem competência na matéria como o direito material português, respectivamente, constituiriam a ordenação aplicável por todos os sistemas em questão, o que garantiria a harmonia jurídica internacional.

69. No entanto, a própria lei limita estas soluções em matéria de estatuto pessoal[193], ao assumir que, neste domínio, as únicas leis verdadeiramente interessadas são a *lex patriae* e a *lex domicilli*, só podendo por isso falar-se de uma real harmonia jurídica internacional quando exista um acordo entre estes dois sistemas jurídicos. Tendo em conta estas considerações, as já referidas regras constantes do n.º 1 dos artigos 17.º e 18.º são afastadas se a *lex domicilli* não participa do acordo em questão.

privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours* 176 (1982-III) 9-258 (141-145).

[192] Cfr., por exemplo, os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de junho de 1992 (in *CJ*, 1992, II, 213-214), e de 19 de junho de 2016.

Discute-se na doutrina e na jurisprudência portuguesas se esta disposição pode também ser aplicada quando a lei estrangeira é o direito inglês e faz uma referência global à lei portuguesa. No sentido negativo, cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28 de outubro de 1993 (*CJ*, 1993, V, 276-278), e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de setembro de 1994 (*CJ, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Secção Cível*, III, 71-73), e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de março de 2017; e Lima PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 522-523. Em sentido contrário, cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2018; Baptista MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34) 202-204; e Moura RAMOS, «Relação sucessória plurilocalizada, sistemas jurídicos complexos e ordem pública internacional. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (1.ª Secção) de 16 de maio de 2018», *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 149/4020 (Janeiro-Fevereiro de 2020) 210-247 (241-244).

[193] Que inclui, como acima o mencionámos (*supra*, n.º 40), o «estado dos indivíduos, a capacidade das pessoas, as relações de família e as sucessões por morte».

Assim, o n.º 2 do artigo 17.º exclui a consequência jurídica do n.º 1 quando o interessado residir habitualmente em território português ou em país cujas normas de conflitos considerem competente o direito interno do Estado da sua nacionalidade; e o n.º 2 do artigo 18.º exige, como condição do reenvio determinado pelo n.º 1, que o interessado tenha em território português a sua residência habitual ou que a lei do país desta residência considere igualmente competente o direito interno português. Em ambos os casos, a ideia é assim a de tornar, como regra geral, a aceitação do reenvio, no domínio do estatuto pessoal[194], dependente do acordo da *lex domicilii*.

70. Nos casos de transmissão de competência, contudo, um novo elemento pode alterar este resultado e reafirmar a regra prescrita no n.º 1 do artigo 17.º, uma vez que, nos termos do n.º 3 deste artigo, só aquela regra deverá ser considerada nos casos de tutela e curatela, relações patrimoniais entre os cônjuges, poder paternal, relações entre adoptante e adoptado e sucessão por morte, se a lei nacional indicada pela norma de conflitos devolver para a lei da situação dos bens imóveis (*lex rei sitae*) e esta se considerar competente. Estamos aqui perante um efeito indirecto do princípio da maior proximidade *(Naherberechtigung),* uma vez que a falta de acordo entre a *lex patriae* e a *lex domicilii* é superada, nas matérias relativas a imóveis, pela aplicação da *lex situs*, quando esta lei se considere igualmente competente. A ideia de efectividade constitui assim a chave desta solução.

[194] Resultado que, uma vez que a lei competente nestas matérias é a da nacionalidade, seria a que resultaria do sistema conflitual desta ordem jurídica. A desarmonia existente entre os regimes legais dos n.ºs 2 dos artigos 17.º e 18.º seria consequência da preocupação de evitar um mal maior (a competência de um sistema que por nenhuma ordem jurídica seria reconhecida), caso se levasse a exigência do acordo entre a *lex patriae* e a *lex domicilii*, em matéria de transmissão de competência, às últimas consequências (como se faz no caso de retorno). Assim Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 204-211.

71. A propósito agora do princípio da conservação dos negócios jurídicos (*favor negotii*), recorde-se que ele nos surge na codificação portuguesa, nesta matéria, numa dupla perspectiva. Com um efeito limitativo do reenvio (constituindo uma restrição das regras anteriores que conduzem a esse resultado), na medida em que o artigo 19.º, n.º 1, prescreve a sua exclusão quando a sua aceitação conduzisse à invalidade ou ineficácia de um negócio jurídico que seria válido ou eficaz segundo a regra fixada no artigo 16.º (a regra que exclui o reenvio)[195], ou à ilegitimidade de um estado que de outro modo seria legítimo[196]. E com um efeito positivo, em matéria de forma dos actos jurídicos, quando o n.º 2 do artigo 36.º, em geral, e o n.º 1 do artigo 65.º, em matéria sucessória, admitem que esses actos podem igualmente ser formalmente válidos quando, em lugar dos requisitos da *lex loci celebrationis*, tiver sido observada a forma prescrita pelo Estado para que remete a norma de conflitos daquela lei. Nesta situação, o desejo de favorecer um dado resultado material (no caso referido, a validade formal dos actos jurídicos)[197] prevalece sobre a harmonia jurídica internacional, constituindo assim um *fundamento autónomo* do reenvio.

72. Encontramos ainda na codificação portuguesa uma última disposição relativa ao reenvio no artigo 19.º, n.º 2, que exclui o reenvio quando a lei estrangeira tiver sido designada pelos interessados, nos casos em que a designação é permitida[198]. Facilmente se compreende a razão de ser deste regime, uma vez que se o fundamento da competência da lei é a vontade das partes essa vontade haverá de ser respeitada, exigindo a irrelevância do que seja referido pela regra de conflitos do sis-

[195] Cfr. *supra*, n.º 67.

[196] Defendendo uma interpretação correctiva desta disposição, Baptista MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 217-219, sustenta que ela só deverá ser aplicada a situações que se encontrassem em contacto com a ordem jurídica portuguesa no momento da sua constituição. Só nessas circunstâncias, efectivamente, os interessados poderão ter uma confiança fundada na aplicação da lei cuja competência é determinada pela regra de conflitos portuguesa (que assim seria visto como uma verdadeira *regula agendi*).

[197] Daí que possamos falar a este respeito de uma *règle de conflit à rattachement matériel* (cfr. *supra*, n.º 33 e nota 123).

[198] Trata-se das hipóteses previstas nos artigos 34.º, 35.º, n.º 1, 41.º, 53.º, n.º 3, e 64.º, alínea *a)*.

tema jurídico designado (a menos que se pudesse pretender que a interpretação daquela vontade seria no sentido de que as partes teriam precisamente querido escolher essa outra ordem jurídica, mas em tal caso a solução decorreria directamente da interpretação da vontade das partes, e portanto da sua autonomia, e não da consideração da regra de conflitos do sistema designado).

73. Finalmente, merece ser recordado que o quadro de soluções relativas ao reenvio que acabamos de referir apenas releva quando estamos a lidar com a codificação portuguesa de fonte autónoma relativa ao direito internacional privado. Diversamente, nas matérias cobertas pelos regulamentos europeus, o reenvio é totalmente excluído em matéria de contratos[199], responsabilidade extracontratual[200], obrigações alimentares[201], divórcio[202], regimes matrimoniais[203] e efeitos patrimoniais das parcerias registadas[204]; e só é aceite, em matéria sucessória, num número limitado de situações[205]. E o mesmo sucede com a quase totalidade das convenções internacionais relativas à unificação das regras de direito internacional privado[206].

[199] Cfr. o artigo 20.º do Regulamento n.º 593/2008.

[200] Cfr. o artigo 24.º do Regulamento n.º 864/2007.

[201] Cfr. o artigo 12.º do Protocolo da Haia de 2007, aplicável por remissão do artigo 15.º do Regulamento n.º 4/2009.

[202] Cfr. o artigo 11.º do Regulamento n.º 1259/2010.

[203] Cfr. o artigo 32.º do Regulamento n.º 2016/1103.

[204] Cfr. o artigo 32.º do Regulamento n.º 2016/1104.

[205] Cfr. o artigo 34.º do Regulamento n.º 650/2012. Nos termos desta disposição, o reenvio é admitido quando conduza à aplicação da lei de um Estado-membro ou de um Estado terceiro, se neste último caso ela se considerar competente, salvo se a determinação da lei competente resultar do recurso à cláusula de excepção, de uma *professio iuris*, se estiver em causa a validade formal de disposições por morte feitas por escrito, ou se a lei competente o for por força dos artigos 28.º, alínea *b)* ou 30.º deste instrumento.

[206] Cfr. os exemplos dados *supra*, na nota 89.

4. O Grau de especialização do sistema conflitual: Regra de conflito geral ou regras de conflitos especiais

74. O sistema conflitual português conhece regras de conflitos com um distinto grau de generalidade, mesmo se o princípio que subjaz à sua estruturação procura seguir as divisões fundamentais do Código Civil de acordo com a tradição germânica. Contudo, o grau de especialização é muito diferente nas diversas áreas do direito privado. Dá-se uma grande importância às questões de natureza pessoal, partindo do âmbito do estatuto pessoal (artigo 25.º), e cura-se dos problemas de personalidade (artigos 26.º e 27.º), e capacidade jurídica (artigos 28.º a 30.º), assim como da determinação da lei pessoal, quer dos indivíduos (artigos 31.º e 32.º), quer das pessoas colectivas (artigo 33.º), mesmo das de natureza internacional (artigo 34.º). Seguindo a sistematização germânica, o Código Civil trata depois dos actos jurídicos [artigos 35.º a 40.º, ocupando-se separadamente da substância (artigo 35.º) e da forma (artigo 36.º) da declaração negocial, da representação (artigos 37.º a 39.º, distinguindo a propósito a legal, a orgânica e a voluntária[207]) e da prescrição e caducidade (artigo 40.º)][208]. No direito das obrigações[209] faz-se a distinção entre as obrigações provenientes de negócios jurídicos (artigos 41.º e 42.º)[210], a *gestiorum negotio* (artigo 43.º), o enriquecimento sem causa (ar-

[207] Cfr., a propósito, Helena Mota, «Algumas notas sobre a lei aplicável à representação voluntária no contrato internacional. Uma perspectiva comparada luso-espanhola», *Revista Eletrónica de Direito* 1 (Junho 2013) 1-12.

[208] Cfr. os trabalhos de António Carneiro da Frada de Sousa, *Conflito de Clausulados e Consenso no Comércio Internacional*, Porto: Universidade Católica Portuguesa (Porto), 1999, 202-219; e Elsa Dias de Oliveira, «A lei reguladora dos negócios jurídicos, da representação, da caducidade e da prescrição no Código Civil Português» (*cit. supra*, nota 142).

[209] Cfr., a propósito, Nuno Manuel Castello-Branco Bastos, «Das obrigações nas regras de conflitos do Código Civil», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, (*cit. supra*, nota 9), 651-685.

[210] Cfr. as dissertações de Isabel de Magalhães Collaço, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado. Aspectos Fundamentais*, v. I, Lisboa: Editorial Império, 1954; Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (*cit. supra*, nota 32); e Lima Pinheiro, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2003; e, posteriormente, Nuno Castello-Branco Bastos, *Da Disciplina do Contrato de Transporte Internacional de Mercadorias por Mar*, Coimbra: Al-

tigo 44.º), e a responsabilidade civil (artigo 45.º)[211], da mesma forma que os direitos das coisas são tratados de forma geral (artigo 46.º)[212], com uma menção especial aos problemas de capacidade para constituir e dispor de direitos sobre imóveis (artigo 47.º) e da propriedade intelectual (artigo 48.º). Já nas relações familiares ocorre uma maior especialização, distinguindo-se as relações matrimoniais [da constituição do estado de casado, a propósito da qual se tratam os problemas de capacidade (artigo 49.º)[213] e forma (artigos 50.º e 51.º), aos efeitos do casamento (artigos 52.º a 54.º, distinguindo os de natureza pessoal dos de carácter patrimonial)[214], e à extinção desta relação, incluindo o divórcio (artigo

medina, 2004; e Carlos Alberto Neves Almeida, *Do Contrato de Transporte Aéreo e da Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo*, Coimbra: Almedina, 2010, 159-355.

[211] Cfr. os trabalhos de Dário Moura Vicente, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 175); Elsa Dias de Oliveira, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado* (*ibidem)*; Carlos Alberto Neves Almeida, *Do Contrato de Transporte Aéreo e da Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo* (*cit. supra*, nota 210), 355-653; e Anabela Susana de Sousa Gonçalves, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado. A Mudança de Paradigma*, Coimbra: Almedina, 2013.

[212] Cfr., a propósito, Ferrer Correia, «Conflitos de leis em matéria de coisas corpóreas», *in Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 1989, 363-411; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 377-381; Afonso Patrão, *Hipoteca e Autonomia Conflitual. A escolha da lei aplicável à hipoteca como contributo para a construção de um mercado hipotecário europeu*, Coimbra, 2018, Gestlegal, 42-228; e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. II — *Direito de Conflitos. Parte Especial*, tomo II — *Negócio Jurídico, Obrigações, Direitos Reais, Insolvência, Direitos de Propriedade Intelectual, Relações de Família, Sucessões e Arbitragem Transnacional,* 5.ª ed. refundida, Coimbra: AAFDL Editora, 2023, 275-293.

[213] Cfr., a propósito, Miguel Teixeira de Sousa, «O casamento no direito internacional privado: Alguns aspectos», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. I, Coimbra: Almedina, 2005, 415-441; António Frada de Sousa, «Celebração de casamentos homossexuais por estrangeiros em Portugal — Uma singularidade portuguesa», *Lex Familiae* 7/13 (janeiro/junho 2010) 33-55; e João Gomes de Almeida, «Capacidade matrimonial e casamentos transnacionais: Termos de uma articulação entre o Código Civil e o Código de Registo Civil», in *Código Civil. Livro do Cinquentenário*, v. I — *Homenagem ao Prof. Doutor Fernando Pessoa Jorge* (*cit. supra*, nota 142), 779-794.

[214] Cfr. os trabalhos de Helena Mota, *Os efeitos patrimoniais do casamento em direito internacional privado. Em especial, o regime matrimonial primário* (*cit. supra*, nota 175); e Idem, *Casamento e Património nas Relações Privadas Internacionais*, Coimbra: Almedina, 2020.

55.º)[215]], à constituição (artigos 56.º e 61.º)[216] e efeitos (artigo 57.º) da filiação, e à adopção (artigos 60.º e 61.º, distinguindo igualmente a constituição[217] e os efeitos). E em matéria sucessória também se diferencia a sucessão legal (artigo 62.º)[218] da voluntária (artigos 63.º a 65.º, tratando também de forma distinta a capacidade, a interpretação e a forma das disposições por morte)[219].

75. Para ter uma visão completa deste sistema, há ainda que ter em conta as disposições especiais sobre a lei pessoal das sociedades (artigo 3.º do Código das Sociedades Comerciais), as questões laborais[220], os direitos de autor[221], os valores mobiliários[222] e a propriedade industrial[223], que definem o âmbito espacial de aplicação, nas situações heterogéneas, das codificações respectivas. E o conjunto de regras jurídicas que foram inseridas com a mesma finalidade em diversos regimes legais, desde o das cláusulas contratuais gerais[224], ao do contrato de agência[225], ao do estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada[226], ao do contrato de *timesharing*[227], e aos regimes jurídicos do navio[228], da adop-

[215] Cfr. João Gomes de Almeida, *O Divórcio em Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 77).

[216] Cfr. Nuno Ascensão e Silva, «O estabelecimento da filiação no direito internacional privado português», *BFD* 69 (1993) 647-698.

[217] Cfr. Nuno Ascensão e Silva, *A Constituição da Adopção de Menores nas Relações Privadas Internacionais: Alguns Aspectos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

[218] Cfr. João Gomes de Almeida, *Direito de Conflitos Sucessórios: Alguns Problemas*, Coimbra: Almedina, 2012.

[219] Cfr. Nuno Ascensão e Silva, «A sucessão testamentária no direito internacional privado: desenvolvimentos recentes», *Cadernos do CeNOR* 4 (2016) 119-215.

[220] Cfr. os Códigos do Trabalho de 2003 (Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto) e de 2009 (Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro).

[221] Cfr. o Código dos Direitos de Autor (Decreto-lei n.º 63/85, de 14 de março).

[222] Cfr. o Código dos Valores Mobiliários (Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro).

[223] Cfr. os Códigos da Propriedade Industrial de 2003 (Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março) e de 2018 (Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro).

[224] Cfr. o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

[225] Cfr. o Decreto-Lei n.º 176/86, de 3 de julho.

[226] Cfr. o Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de agosto.

[227] Cfr. o Decreto-lei n.º 275/93, de 5 de agosto.

[228] Cfr. o Decreto-Lei n.º 201/98, de 10 de julho.

ção[229], do apadrinhamento civil[230] e do maior acompanhado[231]. Podemos assim concluir que a especialização das regras de conflitos, que já se encontrava presente na codificação privatista de 1966 veio depois a ser posteriormente desenvolvida pelo legislador português.

76. Esta tendência viria também a ser posteriormente reforçada por algumas convenções internacionais em vigor na nossa ordem jurídica, designadamente as aprovadas no seio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado[232], em matéria de obrigações alimentares[233], competência das autoridades e protecção de menores[234], administração internacional de sucessões[235], contratos de intermediários e representação[236], aspectos civis do rapto internacional de crianças[237], adopção internacional[238], e protecção de adultos[239]. E este movimento, que tinha sido sobre-

[229] Desde o Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de maio à Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro.

[230] Cfr. a Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro (artigo 3.º).

[231] Cfr. a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

[232] Além destas, devem ainda ser mencionadas a Convenção de Munique, de 5 de outubro de 1980 sobre a lei aplicável aos nomes e apelidos, aprovada no seio da Comissão Internacional do Estado Civil, e a Convenção de Estrasburgo, de 24 de abril de 1986, sobre o reconhecimento da personalidade jurídica das organizações não-governamentais, promovida pelo Conselho da Europa.

[233] Cfr. as Convenções de 24 de outubro de 1956, 2 de outubro de 1973 [sobre esta, cfr., entre nós, o estudo de Fernando A. Ferreira Pinto, *Do Conflito de Leis em matéria de Obrigação de Alimentos (Estudo de DIP convencional)*, Lisboa: Livraria Petrony, 1992, 87-311] e 19 de outubro de 1996 e o Protocolo de 23 de novembro de 2007.

[234] Cfr. a Convenção de 5 de outubro de 1961, posteriormente substituída pela de 19 de outubro de 1996.

[235] Cfr. a Convenção de 2 de outubro de 1973.

[236] Cfr. a Convenção de 14 de março de 1978. Sobre este instrumento, cfr. Maria Helena Brito, «A representação em direito internacional privado. Análise da Convenção da Haia de 1978 sobre a lei aplicável aos contratos de intermediação e à representação», in *Estudos de Direito Comercial Internacional,* v. I, Coimbra: Almedina, 2004, 143-194.

[237] Cfr. a Convenção de 25 de outubro de 1980. Cfr., a propósito, Nuno Gonçalo da Ascensão e Silva, «A Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças — Alguns aspectos», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos* (*cit. supra*, nota 212), 443-556.

[238] Cfr. a Convenção de 29 de maio de 1993.

[239] Cfr. a Convenção de 13 de janeiro de 2000. Cfr., a propósito, Geraldo Rocha Ribeiro, «A Convenção de Haia de 2000 relativa à protecção dos Incapazes Adultos», *Revista do Ministério Público* 125 (Jan/Mar 2011) 13-87.

tudo dirigido a questões relevando da matéria do estatuto pessoal, estender-se-ia depois ao domínio dos contratos depois da adesão de Portugal às Comunidades Europeias, com a adesão à Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável aos contratos. A partir deste momento, os diferentes tipos de contratos ficaram submetidos, no sistema global de direito internacional privado em vigor em Portugal, a dois distintos regimes conflituais, um caminho que seria prosseguido com a transformação daquela convenção em regulamento europeu, no quadro da assumpção de competência por parte da União Europeia em matéria de direito internacional privado[240]. E o mesmo acontecera, entretanto, em matéria de obrigações extracontratuais com o Regulamento n.º 864/2007[241], que criou distintas regras de conflitos para os vários tipos de responsabilidade (fundada em acto ilícito, lícito, ou no risco)[242], além de uma nova regra para a *culpa in contrahendo*[243]. Algo de semelhante ocorreu depois no domínio das obrigações alimentares, com a diversificação das regras de conflitos constantes do Protocolo da Haia de 2007[244], e também no domínio das sucessões por morte (onde um novo instrumento[245] criaria regras para os pactos sucessórios[246]), do regime matrimonial e dos efeitos patrimoniais das parcerias registadas[247], onde alguns

[240] Cfr. o Regulamento n.º 593/2008 (*cit. supra*, nota 109). Cfr., entre nós, recentemente, Ana Sofia Gomes, *O contrato comercial internacional no Regulamento Roma I: conceito e regime geral*, Lisboa, 2019, Universidade Lusíada, dissertação de doutoramento.

[241] *Cit. supra*, nota 110. Sobre este instrumento, cfr., entre nós, J. C. Moitinho de Almeida, *O Regulamento Roma II. Lei Aplicável às Obrigações Extracontratuais*, Lisboa: Principia, 2017.

[242] Responsabilidade por produtos defeituosos, concorrência desleal e actos restrictivos da livre concorrência, danos ambientais, violação de direitos de propriedade intelectual, e acções colectivas. Cfr. o capítulo II deste acto legislativo (artigos 4.º a 9.º).

[243] Cfr. o capítulo 3 do mesmo acto (artigo 12.º), onde se incluem igualmente regras de conflitos para a *negotiarum gestio* (artigo 10.º) e o enriquecimento sem causa (artigo 11.º), não particularmente diferentes das contidas na codificação portuguesa de 1966.

[244] Este Protocolo é objecto de uma remissão por parte do Regulamento n.º 4/2009 (*cit. supra*, nota 105).

[245] O regulamento n.º 650/2012 (*cit. supra*, nota 106).

[246] Cfr. o artigo 25.º do acto legislativo referido na nota anterior.

[247] Matéria não objecto, até ao momento, de regras específicas por parte do sistema conflitual português de fonte autónoma. Sobre a questão, cfr. Geraldo da Cruz Almeida, *Da União de Facto. Convivência "More Uxorio" em Direito Internacional Privado*,

problemas especiais[248] foram objecto de tratamento pelos novos instrumentos da União[249]. Pode assim concluir-se que o impulso para a especialização do sistema de direito internacional privado português globalmente considerado foi sendo objecto de desenvolvimento, por efeito convergente de novas fontes de direito, nos planos estatal, internacional e europeu.

5. Adaptação

77. A circunstância de o processo normal de aplicação das regras de direito internacional privado poder atribuir diferentes aspectos de uma determinada relação jurídica a distintas ordens jurídicas pode estar na raiz de inconsistências, quando estiver em questão a aplicação destes diversos ordenamentos à mesma situação factual. Na verdade, a organização interna dos diferentes sistemas jurídicos é por vezes muito diferente, e a aplicação conjunta dos diversos sistemas em presença pode apresentar-se como problemática ou mesmo contraditória.

78. Por vezes, o próprio legislador previu o problema, como ocorreu com a situação referida no artigo 36.º, n.º 1, do Código Civil português[250]. Neste caso, o legislador admitiu, apesar de o respeito das condições da *lex loci celebrationis* ser em princípio bastante para assegurar a validade formal de um acto, que ele pudesse ser sancionado com a nulidade ou a ineficácia se a lei competente para a substância desse mesmo acto assim o exigisse quando certas formalidades nela previstas não fossem respeitadas (formalidades *ad substantiam*). A questão, apresentada na

---

Lisboa: PF, 1999; Sofia Oliveira PAIS / António Frada de SOUSA, «A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo — Uma análise de direito material e conflitual», *ROA* 59 (1999-II), 693-752 (721-752), e Helena Mota, «A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º 87/2010, de 19 de Junho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado», *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*, Coimbra, 2012, Almedina, p. 261-284 (271-274).

[248] A oponibilidade a terceiros e a adaptação dos direitos reais.

[249] Cfr. os artigos 28.º e 29.º dos Regulamentos n.º 2016/1103 (*cit. supra*, nota 107), e n.º 2016/1104 (*cit. supra*, nota 108).

[250] Cfr. também o artigo 65.º, n.º 2, em sede de validade formal das disposições por morte.

doutrina portuguesa como um caso de conflito de qualificações (entre a qualificação forma e a qualificação substância)[251], foi solucionado pelo legislador através do reconhecimento da prevalência da qualificação substância, ao dispor que nessas circunstâncias a pretensão da lei competente em matéria de substância do acto deve ser respeitada[252]. Contudo, nos casos em que uma tal relação de hierarquia não é possível, como sucede no conflito resultante de pretensões fundadas nos estatutos matrimonial e sucessório, a situação pode apresentar-se em termos de cúmulo ou de vácuo jurídicos.

79. A solução estará na busca de uma harmonização das diferentes soluções substantivas em presença, o que nos pode conduzir à sua mútua adaptação, isto é, à redução ou limitação de uma delas, na medida do necessário para possibilitar a aplicação da(s) outra(s)[253]. A consideração fundamental que neste contexto deverá ser mobilizada é constituída pelo princípio da unidade do sistema jurídico, que exige a coerência e a consistência das soluções dadas, a este particular propósito, às situações jurídicas heterogéneas.

6. Ordem Pública Internacional

80. Como acontece praticamente com a totalidade dos sistemas jurídicos, a codificação portuguesa consagra igualmente o princípio de que a aplicação das normas da lei estrangeira competente pode ser afastada «quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da

[251] Cfr. *supra*, n.º 63.

[252] Para um outro caso em que se verifica este ajustamento, no caso através do recurso a uma regra substantiva, cfr. a situação prevista no artigo 26.º, n.º 2, do Código Civil.

[253] Sobre este mecanismo, na doutrina portuguesa, cfr. Baptista Machado, «Problemas na aplicação do direito estrangeiro — Adaptação e substituição», *BFD* 36 (1960) 327-351; Marques dos Santos, «Breves Considerações sobre a Adaptação em Direito Internacional Privado», in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, 521-612; Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 568-575; e, em contextos particulares, Idem, *A Venda com Reserva de Propriedade em Direito Internacional Privado*, Lisboa: McGraw-Hill, 1991, 179-183; e Afonso Patrão, «A "adaptação" dos direitos reais no regulamento europeu das sucessões», *BFD* 92/2 (2016) 121-168.

ordem pública internacional do Estado português»[254]. Com esta disposição[255], o sistema reconhece a um tribunal a possibilidade, já assinalada por Savigny, de afastar a aplicação de uma disposição da *lex causae* estrangeira se os efeitos da aplicação dessa disposição num caso concreto puderem ser considerados contrários aos princípios fundamentais em que assenta o sistema do foro. Deve, no entanto, sublinhar-se que não são os méritos ou deméritos da lei estrangeira em si mesma que aqui para tanto relevam, como objecto de apreciação, mas os efeitos da sua aplicação ao caso concreto[256], pois são estes que há que considerar neste contexto. Por outro lado, a desconformidade que se encontra em causa não é analisada em relação com as regras do foro de natureza imperativa (muito embora a existência destas não deixe de ser tida em conta naquela apreciação), mas com os princípios fundamentais deste sistema; na doutrina e na jurisprudência portuguesas faz-se a este propósito uma distinção entre ordem pública interna[257] e ordem pública internacional, sendo esta última a única que é tida em conta para efeitos do artigo 22.º[258].

81. Além da sua excepcionalidade, a ordem pública internacional caracteriza-se também pela actualidade e pelo carácter nacional (os princípios fundamentais em questão são aqueles que vigoram no momento da decisão na ordem jurídica portuguesa) e pela sua imprecisão[259]. Não é

[254] Como se dispõe no artigo 22, n.º 1, do Código Civil.

[255] Que encontramos igualmente (ou numa formulação muito próxima) nos regulamentos europeus e nas convenções de unificação dedicadas ao direito internacional privado.

[256] Tal consideração constitui uma consequência do carácter excepcional deste mecanismo, decorrente de uma concepção aposteriorística da ordem pública.

[257] Aquela que pode ser identificada com o conjunto das disposições da *lex fori* de natureza imperativa.

[258] Cfr., neste sentido, Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 405-406; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 253-257; Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 623-632; Moura Ramos, «L'ordre public international en droit portugais», *BFD* 74 (1998) 45-62 (48-49); e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de janeiro de 2014.

[259] Neste sentido, cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 409-412; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 265-269; Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 633-637; e Moura Ramos, «L'ordre public international en droit portugais» (*cit. supra*, nota 258), 57-59.

possível, contudo, densificar de forma muito mais nítida o conteúdo desta noção, que constitui essencialmente um conceito funcional, cuja definição apenas é possível pela função que desempenha no sistema jurídico: evitar a aplicação, no Estado do foro, de disposições estrangeiras que, se aplicadas no caso concreto, teriam por consequência ofender os princípios fundamentais do sistema jurídico português. A determinação das situações em que um tal resultado seria atingido constitui uma tarefa do judiciário, que deve para o efeito tomar em consideração a natureza dos interesses envolvidos, o grau de diversidade entre as disposições portuguesas e as da lei estrangeira aplicável e o carácter imperativo das primeiras[260].

82. Contudo, sempre se podem avançar algumas indicações no sentido dessa determinação. Assim entende-se que a ordem pública actua com maior intensidade quando a ligação da situação à ordem jurídica

A circunstância de se falar do carácter nacional da excepção de ordem pública não constitui, porém, óbice à existência de um largo consenso, nos diversos sistemas jurídicos, sobre a construção deste instituto. A este propósito, veja-se o que escrevemos apud Moura Ramos, «Public policy in the framework of the Brussels Convention. Remarks on two recent decisions by the European Court of Justice», 2 *Yearbook on Private International Law* (2000), p. 25-39, e, mais recentemente, os trabalhos de Cláudia Perrone-Moisés, «A ordem pública no mundo globalizado: Direito Internacional Privado e Direitos Humanos», in *Direito Internacional e Comparado: Trajetória e Perspectivas. Homenagem aos 70 Anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos* (*cit. supra*, nota 26), 157-165; e Dário Moura Vicente, «A ordem pública internacional no Direito Luso-Brasileiro», *ibidem*, 181-203.

[260] Neste sentido, cfr. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 259-262. Já se decidiu, na jurisprudência portuguesa, que a falta de possibilidade de audição do trabalhador num processo disciplinar laboral viola a ordem pública internacional (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de abril de 2015), o mesmo acontecendo com o não reconhecimento de direitos sucessórios aos filhos nascidos fora do casamento (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de junho de 1978), com um acordo entre marido e mulher que se reconhecem mutuamente a totalidade dos direitos sucessórios (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de outubro de 2008) e com o desrespeito da reserva hereditária dos descendentes (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2018, e, a propósito, Moura Ramos, «Relação sucessória plurilocalizada, sistemas jurídicos complexos e ordem pública internacional. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (1.ª Secção) de 16 de maio de 2018» (*cit. supra*, nota 192), 236-241). Pelo contrário, a diferença relativa ao valor da reserva hereditária (legítima) não foi considerada desconforme com a ordem pública internacional (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de junho de 2013).

portuguesa é mais estreita, sendo possível adiantar que é necessária a existência de um contacto entre a situação e o Estado do foro para que o recurso à excepção de ordem pública se torne possível (*Binnenbeziehung*, *Inlandsbeziehung*, *effet atténué*), e que essa intensidade é menor quando tratamos apenas de efeitos indirectos de uma situação (por exemplo, os de natureza sucessória) que em si mesma seria considerada contrária à ordem pública[261] (como pode ser o caso com as consequências de um casamento poligâmico celebrado no estrangeiro)[262]. Para além disso, deve sublinhar-se que o grau de intervenção da ordem pública será menor quando a situação é consagrada por uma sentença estrangeira e desenvolveu já os seus efeitos jurídicos essenciais nesse país[263].

83. Em qualquer caso, deve também notar-se que o efeito da excepção de ordem pública pode ser de natureza permissiva (quando a lei es-

[261] Cfr. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 262-265; Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 412-416; Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 635-637; e Moura Ramos, «L'ordre public international en droit portugais» (*cit. supra*, nota 258), 54-56.

Decidiu-se na jurisprudência portuguesa (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2018) que a aplicação da lei estrangeira que permite ao testador dispor da totalidade do seu património em detrimento dos filhos contraria a ordem pública internacional quando a situação apresenta ligações significativas com a nossa ordem jurídica, designadamente a nacionalidade e o domicílio dos descendentes, a residência do *de cuius* e o lugar da situação dos bens. *Vide* também a anotação citada *supra*, na nota anterior, *in fine*.

[262] Na prática jurisprudencial portuguesa, cfr. os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de outubro de 2007 [a este propósito, veja-se Marina Silva Dias, «O reconhecimento do repúdio pelo ordenamento jurídico português: a excepção de ordem pública internacional», *Julgar* 23 (maio-agosto de 2014), 293-315]; e de 6 de julho de 2023 [sobre esta decisão, cfr. Moura Ramos, «Reconhecimento do Talak (Repúdio Islâmico) e Ordem Pública Internacional (Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (6.ª Secção) de 6 de Julho de 2023)», *Lex Familiae* 20/40 (2023) 89-109.

[263] Cfr. o primeiro dos acórdãos citados na nota anterior. Fora proposta nos tribunais portugueses uma acção visando obter o reconhecimento de uma decisão judicial marroquina que tinha confirmado um acto de repúdio praticado por um marido português contra a sua mulher marroquina, sendo ambos domiciliados em Marrocos. O tribunal considerou que o repúdio unilateral como meio de obtenção do divórcio era apenas permitido ao marido, pelo que constituía uma violação da ordem pública. No entanto considerou que o que estava em causa não era o acto de repúdio em si,

trangeira cuja aplicação ao caso é recusada impediria a constituição de uma relação jurídica ou de um estado) ou proibitiva (quando a disposição cuja aplicação é excluída permitiria a criação de uma relação jurídica ou de um estado), mesmo se, quer num quer noutro caso, esse efeito se apresenta sempre da mesma forma, isto é, afastando a aplicação de uma regra substantiva estrangeira. Em tal caso, e de acordo com a lei portuguesa (artigo 22.º, n.º 2), são aplicáveis as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente[264], ou, subsidiariamente, as regras do direito interno português. O facto de a lei do foro ser apenas aplicável como solução de último recurso, um *consilium desperationis*, constitui um corolário do princípio da igualdade entre a lei do foro e as leis estrangeiras[265].

7. Direito Público Estrangeiro

84. No ordenamento jurídico português, a natureza publicística de uma disposição material de direito estrangeiro não constitui razão para excluir a sua aplicação quando ela se integre no sistema jurídico que, de acordo com as regras de conflitos do foro, vê reconhecida a sua competência na matéria. Naturalmente, tal disposição não deverá ser aplicada se essa aplicação for considerada contrária à ordem pública, mas a mera circunstância de se tratar de uma disposição de direito público não é bastante para excluir a sua consideração no âmbito da lei competente. Este entendimento, que corresponde a uma tendência que recolhe hoje um aplauso generalizado[266],

mas uma decisão estrangeira que tinha confirmado a dissolução do casamento após um processo em que a mulher se não tinha oposto a este resultado. Nestas circunstâncias, e tendo em conta que o divórcio por exclusiva vontade de um dos cônjuges é actualmente permitido pela lei portuguesa e que a mulher se não tinha oposto à dissolução do casamento, o tribunal concluiu que, *in concreto*, não existia violação da ordem pública internacional portuguesa.

[264] Por exemplo, se se considera que uma regra da lei competente estrangeira que consagre um prazo especial de prescrição é contrária à ordem pública, por este ser demasiado curto e não permitir o exercício do direito a agir em justiça, poder-se-á aplicar a regra geral sobre a prescrição prevista nesse sistema jurídico.

[265] Sobre este princípio, cfr. *supra*, n.º 12, e nota 45.

[266] Cfr. a resolução do Instituto de Direito Internacional apresentada na sessão de Wiesbaden (1975) sobre a aplicação do direito público estrangeiro, e, na doutrina portuguesa, Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (*cit. supra*,

é consistente com a importância que o direito português reconhece ao princípio da harmonia jurídica internacional.

8. Fraude à Lei (*Fraus Legis*)

85. A fraude à lei constitui outra forma de afastar a lei material cuja aplicação decorreria da determinação das regras de conflitos do foro. Neste caso, contudo, não se trata do conteúdo desta lei, ou antes, dos efeitos da sua aplicação à situação concretamente em causa, que estão na origem de tal exclusão. Pelo contrário, tal resultado é agora a consequência do comportamento dos interessados, que se considera ser guiado pelo objectivo de impedir a aplicação de um dado sistema jurídico. Como se dispõe no artigo 21.º do Código Civil, «na aplicação das normas de conflitos são irrelevantes as situações de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente».

86. O objectivo é pois o de sancionar uma conduta que foi apenas determinada pelo propósito de frustrar a lei, fugindo à aplicação da ordem jurídica que normalmente[267] seria a competente. Nestas circunstâncias, a consequência jurídica deste comportamento será a sua irrelevância: o sistema jurídico desconsidera estes actos, procede como se eles não se tivessem verificado. O comportamento fraudulento deixa assim de ser interessante para os sujeitos jurídicos, porque ficam impedidos de dele poder tirar partido. Neste sentido, encontramo-nos perante um mecanismo comum à teoria geral do direito.

87. Há, contudo, certas particularidades no caso do direito internacional privado, para além dos requisitos da intenção fraudatória e do comportamento fraudulento. O essencial é que o objecto da fraude não é aqui constituído por uma disposição substantiva, como em geral ocorre nas demais áreas do direito, mas pela própria regra de conflitos. Uma vez que nos encontramos perante regras de conflitos bilaterais, temos como possíveis distintas consequências jurídicas, dependendo da

nota 32), 264-322.

[267] Isto é, na ausência da actividade fraudulenta dos interessados em questão.

concretização do elemento de conexão relevante. O comportamento fraudulento dos indivíduos é assim dirigido à criação da situação factual necessária para provocar a aplicação das normas de um determinado ordenamento, desta forma escapando ao sistema jurídico que de outra forma seria o competente. O objectivo da fraude é assim escapar à aplicação da regra de conflitos na medida em que ela determinava a competência deste último, conseguindo esse resultado ao criar a situação factual que, simultaneamente, afasta essa competência e legitima a aplicação das regras do primeiro[268].

88. Resulta do que acaba de dizer-se que o problema é o de saber se a actividade dos interessados envolvidos na situação tem natureza fraudulenta, ou, se, pelo contrário, a poderemos considerar legítima. A resposta parece simples nas questões de natureza contratual, uma vez que a autonomia das partes é um princípio reconhecido nesta matéria, sendo nessa medida difícil conceber que a fraude tenha lugar neste domínio. Será igualmente difícil falar de fraude no âmbito do direito societário, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União relativa à lei aplicável às sociedades[269]. E a ideia de liberdade de escolha da lei competente que hoje prevalece em muitos sectores do sistema jurídico

[268] Para uma mais detalhada explanação deste mecanismo, cfr., na doutrina portuguesa, Baptista MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 273-286; Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 421-425; e Lima PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 533-540.

[269] Cfr. a jurisprudência *Centros* [acórdão de 9 de março de 1999, processo C-212/97, e também os acórdãos Ü*berseering* (acórdão de 5 de novembro de 2002, processo C-208/00), *Inspire Art* (acórdão de 30 de setembro de 2003, processo C-167/01), e *Cartesio* (acórdão de 16 de dezembro de 2008, processo C-210/06)] do Tribunal de Justiça. Sobre este tópico, cfr. na doutrina portuguesa, António Frada de SOUSA, *A company's cross-border transfer of seat in the* EU *after Cartesio*, New York University School of Law, 2009; e Rui Pereira DIAS, «O acórdão *Cartesio* e a liberdade de estabelecimento das sociedades», *Direito das Sociedades em Revista* 2/3 (Março de 2010) 215-236; e, tomando já em conta a jurisprudência posterior [os acórdãos *VALE* (acórdão de 12 de julho de 2012, processo C-378/109 e *Polbud-Wykonawstwo* (acórdão de 25 de outubro de 2017, processo C-106/16)], Lima PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, v. II — *Direito de Conflitos — Parte Especial.* Tomo I — *Introdução, Pessoas Singulares e Colectivas e Princípios Gerais de Direito dos Estrangeiros*, 5.ª ed. refundida, Coimbra: AAFDL Editora 2023, 201-209, e 228-233.

reduz largamente a aplicação deste mecanismo.

89. Os tribunais portugueses recorreram a esta excepção nalguns casos. Num acórdão de 18 de junho de 2013, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que a feitura de um testamento num consulado brasileiro por um cidadão português domiciliado em Portugal e possuindo bens no Brasil constituía fraude à lei[270], no sentido do artigo 21.º do Código Civil, uma vez que a intenção do testador era frustrar a aplicação do valor da quota hereditária reservada aos seus descendentes em Portugal (dois terços da herança), uma vez que de acordo com o direito brasileiro essa parte era de apenas metade da herança[271]. E o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 2 de dezembro de 2014 considerou que a deslocação de uma criança de Portugal para o Brasil, por exclusiva iniciativa da mãe e em violação das regras acordadas entre os progenitores, envolvia uma fraude às regras de competência internacional dos tribunais portugueses, uma vez que se destinaria a estabelecer uma nova conexão jurisdicional, que era desprovida de alcance para afastar a competência internacional dos tribunais portugueses.

9. Referência a um Ordenamento Plurilegislativo

90. Como o ordenamento jurídico a que o sistema português de regras de conflitos reconhece a competência pode ter uma natureza complexa[272], isto é, ser um sistema compósito onde se encontram em vigor diversas ordenações, pode suscitar-se a questão de saber qual destas deverá ver aplicadas as regras respectivas. O problema é tratado no artigo 20.º do Código Civil, que considera a este respeito um conjunto de situações diferentes. Em primeiro lugar, sublinha-se no n.º 1 o princípio fundamental, nos termos do qual «quando, em razão da nacionalidade de

[270] O testamento continha uma doação a uma filha no valor de metade da herança.

[271] Neste caso, a invocação da fraude não tem significado, uma vez que a questão da validade essencial do testamento é regulada, de acordo com a lei portuguesa, pela lei pessoal do *de cujus*, ou seja, pela lei portuguesa. Nestas circunstâncias, o comportamento do autor da sucessão não era apto a provocar o efeito por ele pretendido.

[272] Sobre esta questão, cfr. Alegria Borràs, «Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel», *Recueil des Cours* 249 (1994-V) 145-368.

certa pessoa, for competente a lei de um Estado em que coexistam diferentes sistemas legislativos locais, é o direito interno desse Estado que fixa em cada caso o sistema aplicável». A solução permite a obtenção da harmonia jurídica internacional e é a mesma que é adoptada a este propósito pelos regulamentos europeus relativos ao direito internacional privado[273]. Na ausência de regras de direito interlocal, o n.º 2 do mesmo artigo refere-se às regras de direito internacional privado do mesmo Estado, e, se tal não bastar, considera-se como lei pessoal do interessado a lei da sua residência habitual[274]. Tem-se discutido na doutrina portuguesa se este critério deverá ser sempre aplicado[275], ou se o deverá apenas ser nas situações em que o interessado tenha residência habitual no Estado de que ele ou ela é nacional[276].

91. Após considerar a questão dos conflitos interterritoriais que podem surgir num ordenamento jurídico complexo, o mesmo artigo 20.º,

[273] Cfr. os artigos 25.º do Regulamento n.º 864/2007, 22.º do Regulamento n.º 593/2008, 16.º e 17.º do Protocolo da Haia de 2007, aplicáveis por força do Regulamento n.º 4/2009, 14.º e 15.º do Regulamento n.º 1259/2010, 36.º do Regulamento n.º 650/2012, e 33.º e 34.º dos Regulamentos n.º 2016/1103 e 2016/1104. Sobre o ponto, veja-se, na nossa doutrina, Helena Mota, «A remissão a um ordenamento plurilegislativo de base territorial no direito internacional privado da União Europeia: Uma oportunidade perdida?», in *Direito Internacional e Comparado: Trajetória e Perspectivas. Homenagem aos 70 Anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos* (*cit. supra*, nota 26), 283-307.

[274] Diferentemente, os regulamentos europeus de direito internacional privado referem-se, nesta hipótese, ao sistema jurídico ou ao conjunto de normas com o qual a situação tenha uma ligação mais estreita.

[275] Neste sentido, cfr. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 237-242; Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 399-404, tendo esta interpretação sido recentemente confirmada pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2018. Sobre esta decisão, cfr. Moura Ramos, «Relação sucessória plurilocalizada, sistemas jurídicos complexos e ordem pública internacional. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (1.ª Secção) de 16 de Maio de 2018» (*cit. supra*, nota 192), 233-236.

[276] Cfr. Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 495-502, seguindo uma posição anterior de Isabel Magalhães Collaço.

Estes Autores sustentam que em tal hipótese (de o interessado não ter residência no Estado da nacionalidade) nos encontramos perante uma lacuna. Lacuna que, em sua opinião, deveria ser preenchida por aplicação do sistema com o qual o interessado tinha uma ligação mais estreita. Esta é também a solução seguida em geral pelos regu-

trata, no n.º 3, o problema dos conflitos interpessoais de leis, dispondo a propósito que «se a legislação competente constituir uma ordem jurídica territorialmente unitária, mas nela vigorarem diversos sistemas de normas para diferentes categorias de pessoas, observar-se-á sempre o estabelecido nessa legislação quanto ao conflito de sistemas»[277]. A solução segue o mesmo padrão das anteriormente referidas e tem os mesmos méritos que aquelas apresentavam: a obtenção da harmonia jurídica internacional constitui claramente a finalidade prosseguida.

92. A codificação portuguesa não trata das demais situações, daquelas em que o elemento de conexão que necessita de ser concretizado não é a nacionalidade. Mas nestas situações esse elemento de conexão apontará directamente para um certo lugar, e é geralmente aceite que, em tais casos, a referência deverá ser entendida como feita para a ordem jurídica que se aplica no lugar indicado pelo elemento de conexão[278].

10. Reconhecimento de direitos (ou situações jurídicas) adquiridos(as) no estrangeiro

93. Por último, importa fazer referência a uma outra disposição da codificação portuguesa que, apesar da sua localização sistemática, dificilmente pode deixar de ser considerada como integrando a parte geral do direito internacional privado português, tal como contida na codificação empreendida pelo Código Civil de 1966. Trata-se da regra constante do

lamentos europeus nesta matéria, como se referiu *supra*, na nota 273.

[277] Cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 403-404; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 242; e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 501. Encontramos também esta solução nos regulamentos europeus relativos ao direito internacional privado, que também inserem, como em relação aos casos de conflitos inter-territoriais, uma regra subsidiária que faz aplicação da lei com a qual o interessado tenha uma ligação mais estreita.

[278] Cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 403; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 240; e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 501-502.

n.º 2 do artigo 31.º[279] deste diploma, nos termos da qual «são, porém, reconhecidos em Portugal os negócios jurídicos celebrados no país da residência habitual do declarante, em conformidade com a lei desse país, desde que esta se considere competente». O texto, que remonta ao projecto inicial de 1951[280], consagra assim o que pode designar-se como uma norma de reconhecimento[281], e com ele se permite o reconhecimento de determinados direitos ou situações constituídos no estrangeiro à face de um sistema jurídico a que o nosso sistema conflitual não reconhece competência para o efeito, mas que se entende que, em nome da garantia da continuidade e da estabilidade da vida dos indivíduos, deverão poder produzir, no nosso ordenamento, os efeitos jurídicos intencionados pela sua criação.

94. Esse reconhecimento é pensado para os negócios jurídicos, ou seja, para as situações em que a vontade dos indivíduos intervém decisivamente na modelação dos efeitos jurídicos pretendidos, e a letra do preceito limita-o aos relativos à matéria do estatuto pessoal, exigindo-se, porém, como já se salientou[282], que aquele negócio houvesse sido celebrado no país da residência habitual do declarante, de acordo com essa lei, e que esta última se considerasse competente. A doutrina e a jurisprudência viriam, no entanto, a aceitar uma versão menos rigorosa deste princípio, dispensando a reunião das três condições referidas quando se pudesse dizer que o acto havia produzido os seus efeitos jurídicos no país da residência habitual do declarante, independentemente da lei que havia presidido à sua constituição e do lugar onde esta se havia verificado[283]. Quer nesta versão menos exigente quer na que directamente de-

[279] Que ganha em ser lida conjuntamente com o n.º 1 do mesmo artigo, nos termos do qual «a lei pessoal é a da nacionalidade do indivíduo».

[280] Cfr. *supra*, na nota 8. Cfr., a propósito, e para a (limitada) evolução sofrida pelo seu enunciado, Moura Ramos, «O Método do Reconhecimento no Interior do Sistema Conflitual: O Artigo 31.º, n.º 2, do Código Civil Português de 1966», *in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito* (*cit. supra*, nota 34), p. 453-474 (464-465).

[281] Assim Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 275-277.

[282] Cfr. *supra*, no n.º 93.

[283] Neste sentido, cfr. Ferrer Correia, «La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales», in *Multitudo Legum. Ius Unum*, *Festschrift fur Wilhelm Wengler*, Vol. II — Kollisionsrecht und Rechtsvergleichung, Berlin: Interrecht,

corre do teor literal da disposição legal referida, o direito português faz-se assim eco de uma ideia-força que de algum modo pode parecer surpreendente no quadro de um sistema de regras de conflitos bilaterais e nos termos da qual «la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger en application de la loi reconnue compétente dans l'État où elle a été créée n'est pas subordonnée à la conformité de cette situation à la loi qu'aurait désignée le système de droit international privé de l'État de la reconnaissance»[284]. Ideia-força a que outros sistemas jurídicos têm sido da mesma forma sensíveis, consagrando mecanismos diversos, como a *exception géné-*

1973, 285-320; e Idem, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 388-398; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, nota 34), 156-178 (175-178); Moura Ramos, «Dos direitos adquiridos em direito internacional privado» (*cit. supra*, nota 141), 215-217; Manuel Fernandes Costa, «Direitos Adquiridos e Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras (Da interpretação da alínea *g)* do art. 1096.º do Código de Processo Civil)», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, v. I, Coimbra, 1984, 121-186; e Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, v. I — *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral* (*cit. supra*, nota 26), 449-470 (467-470). Cfr. também, mais recentemente, os trabalhos de Dário Moura Vicente, «La reconnaissance au Portugal des situations juridiques constituées à l'étranger», in *Droit International Privé*, Année 2014-2016, Paris: Éditions A. Pedone, 2017, 263-286; e Lima Pinheiro, «O "método de reconhecimento" no direito internacional privado. Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito* (*cit. supra,* nota 34), 413-452.

Como ilustração do resultado a que se pode chegar por aplicação deste mecanismo, veja-se a hipótese referida por Moura Ramos, «Reconhecimento em Portugal de acto (escritura pública) declaratório de união estável de direito brasileiro», *Lex Familiae* 18/35 (Janeiro-Junho de 2021) 105-123 (121-122); sobre esta categoria de actos, cfr., entre nós, Dulce Lopes, *Eficácia, Reconhecimento e Execução de Actos Administrativos Estrangeiros*, Coimbra: Almedina, 2018, 283-294.

[284] Assim Paul Lagarde, «La reconnaissance mode d'emploi», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris: Dalloz, 2008, 481-501 (490). Sobre a noção de reconhecimento e a teoria da ordem jurídica, veja-se o ensaio de José de Sousa e Brito, «Fontes de direito, ordem jurídica e reconhecimento», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II — *Direito Constitucional Comparado, Direito Constitucional Aplicado, Direito Internacional Privado, Direito Público, Vária: do Direito Internacional à História,* Coimbra: Almedina, 2016, 1231-1250.

rale de reconnaissance[285] (também designada por *exception de prévisibilité*[286] quando se atenta na teleologia que a informa), que se encontra hoje presente no artigo 9 da lei de 19 de maio de 2011 que aprovou o Livro 10 (relativo ao direito internacional privado) do Código civil holandês[287].

95. Quando se compara a solução portuguesa com esta última, não deixará de se notar que, em lugar de consagrar uma espécie de aplicação da *lex originis*, fundada na necessidade de impedir uma lesão intolerável do princípio da confiança, aquela se mantém mais próxima do paradigma conflitual clássico, ao não prescindir do controlo (na perspectiva do direito internacional privado do foro) da conexão que liga a situação jurídica em questão ao sistema jurídico em que ela por assim dizer se cristalizou e ao materializar esse controlo através de uma regra cuja estrutura se não afasta particularmente da utilizada pela norma de conflitos comum cujos efeitos aquela limita em certo sentido, ainda que apenas no caso das situações já constituídas[288].

[285] Cfr. Louis D'Avout, «La reconnaissance dans le champ des conflits de lois», in *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Année 2014-2016, Paris: Éditions Pedone, 2017, 215-262 (232).

[286] Cfr. Gerard Goldstein, «L'exception de prévisibilité. Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois?», *Rev. crit. DIP* 107 (janvier-mars 2018) 3-29.

[287] Nos termos desta disposição, «Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un État étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaissance de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique». Para o contexto em que surgiu esta disposição, cfr. A. (Teun) V. M. Struycken, «*Locus regit actum*, un nouvel avatar hollandais», in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le Droit International Privé: Esprit et Méthodes*, Paris: Dalloz, 2005, 765-779.

[288] Neste sentido, cfr. Moura Ramos, «O Método do Reconhecimento no Interior do Sistema Conflitual: O Artigo 31.º, n.º 2, do Código Civil Português de 1966» (*cit. supra*, nota 280), 471-474.

RESUMO: O presente texto constitui uma breve apresentação do sistema português de direito internacional privado na actualidade, considerado no seu conjunto, na variedade dos seus processos de regulação, mas com particular ênfase na codificação empreendida em 1966. Nas considerações introdutórias, referem-se os princípios fundamentais e as características deste sector do jurídico, dá-se um particular destaque aos problemas de aplicação do direito estrangeiro, e apresentam-se as formas de regulação da matéria a que esta área do direito se reporta (as situações privadas plurilocalizadas), mencionando-se a forma como elas se mantiveram na evolução subsequente, e o elenco de questões abarcadas pela disciplina. Posteriormente, considera-se a Parte Geral da disciplina, sendo referidos os princípios gerais que regem a técnica dos conflitos de leis, as fontes da disciplina, a caracterização da estrutura e elementos das regras de conflitos, com particular destaque para o elemento de conexão e suas combinações e vicissitudes, e os problemas que essencialmente surgem na sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: *sistema português de direito internacional privado; conflitos de leis; parte geral do sistema de conflitos de leis*

Introduction to the Principles and General Part of Portuguese Private International Law

ABSTRACT: The text embodies a brief presentation of present Portuguese system of private international law considered as a whole, in the variety of its means of regulation, but focused mainly on the 1966 codification. In the preliminary considerations, the fundamental principles and features of this area of law are mentioned, the problems relating to the status of foreign law are considered, and the main types of regulation of this subject matter (international private relationships) are referred, with a view to their onward evolution and the sum of questions dealt by this area of law. Afterwards, the general part of conflicts process is considered, with reference to the general principles governing the conflicts technique, the sources of this area of law, the structure and elements of conflicts rules, especially the connecting factor and its combinations, and the problems arising when applying choice of law rule.

KEYWORDS: *Portuguese private international law system; conflict of laws; choice of law process in general*

ESTADO DE DERECHO Y ESTADO FISCAL [*]

José Casalta Nabais

Para comprender la relación verdaderamente esencial entre el Estado de Derecho y el Estado fiscal, debemos aludir en primer lugar al significado y alcance de la idea de Estado de Derecho como Estado que, inherente al concepto occidental de Constitución, se basa y fundamenta en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, materializados en la primacía de la persona humana en relación con la organización de las comunidades estatales, en un marco de actuación compatible con una economía libre o de mercado y que se preocupa también por las generaciones futuras. A continuación, nos ocuparemos del Estado fiscal como soporte financiero del Estado, que se basa en la existencia y funcionamiento de una economía libre y, en consecuencia, del Estado de Derecho como Estado de derechos fundamentales, centrado en la primacía de la persona humana en relación con la organización económica y política del Estado. Por último, es importante mencionar la relación verdaderamente intrínseca entre el Estado de Derecho y el Estado fiscal[1].

[*] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito.

Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho (Aula Fernando Sainz de Bujanda) de la Universidad Complutense de Madrid el 29 de febrero de 2024.

[1] Al respeto, véase José Casalta Nabais, *Estado de Direito, Estado Fiscal e Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra: Almedina, 2024.

I. EL ESTADO DE DERECHO

Dado que en el mundo occidental el Estado de Derecho es la realidad estructural y perenne de todo el edificio organizativo en términos económicos, sociales y políticos del Estado contemporáneo, del que el Estado fiscal constituye una dimensión indispensable, es preciso empezar por reflexionar sobre el significado y alcance profundos de la idea de Estado de Derecho que, como es natural, no puede sino coincidir con el significado y alcance de la idea de Estado fiscal. Nos referimos al Estado de Derecho como un Estado de derechos fundamentales que pone el acento en la primacía de la persona humana, en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios en una economía libre o de mercado y en una comprensión y respeto a las generaciones futuras.

Por lo tanto, en este contexto, el Estado de Derecho se fundamenta en la primacía de la persona humana en relación con la sociedad y en la primacía y separación de la sociedad de la esfera del Estado; siendo ello consecuencia de la ordenación jurídico-constitucional de las comunidades humanas basada en la idea de una constitución material en la que el Estado de Derecho constituye una de las adquisiciones más importantes de la Civilización Occidental en los siglos XIX y XX; Civilización que, en la segunda mitad del siglo pasado, alcanzó su apogeo con el Estado Democrático y Social de Derecho con el que culminó la larga tradición histórica y espiritual del concepto occidental de Constitución, sobre la que llama la atención con notable perspicacia el Profesor *Rogério Ehrhardt Soares* [2].

Por eso, en estas sencillas reflexiones, vamos a fijarnos en la primacía de la persona humana y en la primacía de la sociedad y su separación del Estado, encargándose la sociedad de la distribución primaria y el Estado de la distribución secundaria de la renta, los bienes y la riqueza que es algo que no puede dejar de entenderse en su dimensión intergeneracional. No debe extrañar la influencia directa y decisiva que estas ideas fundacionales tienen en la concepción del Estado fiscal.

[2] Rogério Ehrhardt SOARES, "O conceito ocidental de Constituição", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 119 (1986/87) 36-39 y 69-73.

1. La necesidad de aclarar el significado del Estado de Derecho

La primera reflexión sobre el Estado de Derecho se centra en la necesidad de aclarar qué significa realmente esta expresión, ya que su significado literal no parece ser más que una fórmula *passe-partout* para referirse a un Estado sometido al Derecho. Por lo tanto, es necesario aclarar de qué Derecho estamos hablando, porque si se trata del Derecho estatal puro y duro, como mero Derecho producido por el Estado, no tendremos más que un Estado que, al fin y al cabo, está sometido al propio Estado. Evidentemente, esto no encaja con el Estado de Derecho del que estamos hablando, es decir, con el concepto de Estado de derecho material, que es una adquisición de nuestra Civilización Occidental, apoyada en el mencionado concepto material de Constitución. Por eso el Derecho al que está sujeto el Estado es algo que está antes y más allá del Estado, trascendiéndolo en gran medida. Es decir, un conjunto de valores, principios y derechos intrínsecamente relacionados con la persona humana, que hacen del Estado de Derecho un efectivo Estado de derechos fundamentales, o mejor, dada la erosión y expansión de esta expresión, un Estado de derechos humanos.

Esto significa que el Estado de Derecho no es otra cosa que un Estado sometido al reconocimiento previo de los derechos fundamentales de la persona humana de acuerdo con el respectivo pacto o contrato social inscrito y registrado en la Constitución. Pacto o contrato social que, aunque obviamente no tiene por qué ser uniforme e inmutable y, por lo tanto, puede ser muy diverso, tanto en el tiempo como en el espacio, atendiendo a las especificidades de la comunidad correspondiente, no puede dejar de respetar las bases fundacionales de las comunidades nacionales o estatales ancladas en el reconocimiento previo de los derechos inherentes a la persona humana.

Por ello, es importante destacar que se trata de un Estado que no concede ni atribuye derechos fundamentales a los seres humanos, sino que se limita a *reconocer* estos derechos fundamentales en las *personas* respetando su eminente *dignidad*. Un reconocimiento que, como es fácil adivinar, tiene diversas y variadas expresiones o concreciones, tales como: la primacía de la persona humana frente a la organización económica, social y política del Estado; la separación esencial entre la esfera de la sociedad, la esfera de la economía libre o de mercado y la esfera del Es-

tado o esfera de la política en la que tiene lugar la formación democrática y la puesta en práctica de la voluntad política conformada en elecciones libres; y el respeto a las generaciones futuras en la medida más adecuada y eficaz posible para que también ellas puedan disfrutar de una vida que pueda considerarse digna de ser vivida, conforme a los estándares actuales del Estado de Derecho [3].

2. La primacía de la persona humana y de sus derechos fundamentales

Es evidente que la infraestructura fundacional del Estado de Derecho desarrollada en Occidente implica un cierto orden de prioridades, que encarna una determinada forma de producción y distribución primaria de bienes, servicios, riqueza y bienestar, cuya característica básica se sustenta en una idea inequívoca de libertad económica y social de los miembros de la comunidad nacional. Un marco de realización humana en el que corresponde a cada individuo conseguir los medios de subsistencia y realización personal por sí mismo, o como parte de grupos primarios (familia, asociaciones civiles, sociales, económicas, etc.). Esto no es más que el derecho más elemental que exige la inminente dignidad de la persona humana y, al mismo tiempo, el deber inherente a todo individuo como ser libre y responsable[4]. Este derecho y deber se antepone

[3] Durante mucho tiempo esta idea estuvo lejos de ser aceptada, como se pone de manifiesto en el debate que tuvo lugar durante el siglo XIX y parte del XX sobre si las declaraciones de derechos y libertades debían formar parte del texto de la Constitución. Este fue un debate especialmente vivo en Francia, donde sólo con la referencia en la Constitución de la IV República (1946) y en la Constitución de la V República (1958) a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se llegó al consenso de que, según jurisprudencia firme y consolidada del Consejo Constitucional francés, debía formar parte de la Constitución en sentido amplio o bloque de constitucionalidad.

[4] Sobre la dignidad de la persona humana, véase Ingo Wolfgang SARLET, *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1.ª ed., 2019; Mário Reis MARQUES, "A dignidade humana como *prius* axiomático", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Vol. IV, 2009, 541-566, y "A dignidade humana: *minimum* invulnerável ou simples cláusula de estilo?", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. 2, Coimbra Editora, 2012, 407-429; Aharon BARAK,

obviamente a las acciones de la sociedad y, más aún, a las acciones del Estado, basándose precisamente en el siguiente orden o cadena de prioridades: individuo (persona) → sociedad → Estado.

Esta idea se afirma de forma superlativa en la Constitución portuguesa de 1976, donde esta cadena de prioridades se manifiesta claramente en la sistematización de las materias en el propio texto constitucional conforme al siguiente orden: después del pórtico (Principios fundamentales — Artículos 1 a 11), la "constitución de la persona" (Parte I — Derechos y deberes fundamentales — Artículos 12 a 79), la "constitución económica" o "constitución de la sociedad" (Parte II — Organización económica — Artículos 80 a 107) y la "constitución política" o "constitución del Estado" (Parte III — Organización del poder político — 108 a 276). A la que se añade la cuarta constitución que es la "constitución de la constitución" (Parte IV — Garantía de la constitución — Artículos 277 a 299)[5].

Puesto que la prioridad de la constitución de la persona, reflejada en la primacía y en el previo reconocimiento constitucional de los derechos y deberes fundamentales de la persona humana, se concreta en el reconocimiento de un importante elenco de derechos fundamentales (en forma de "derechos, libertades y garantías fundamentales"), al individuo como persona, como miembro de la comunidad política y como miembro de la comunidad económica libre o de mercado; es decir, derechos personales, derechos políticos y derechos de libertad económica y social. A los que hay que añadir los derechos económicos, sociales y culturales que son también derechos fundamentales de la persona humana, pues, aunque no estén directa e inmediatamente relacionados con la libertad de acción de la persona, están al servicio de su realización personal a través de la acción económica y social, de carácter prestacional, del Estado y demás entes públicos o con responsabilidades públicas.

Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitution, Cambridge University Press, 2015; João Carlos Loureiro, "Human dignity in Portugal", *Handbook of Human Dignity in Europe*, Springer International Publishing, 2019.

[5] Véase los estudios de José Casalta Nabais, "Uma futura revisão constitucional?", in Idem, *Por um Estado Fiscal Suportável — Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, Vol. v, 2018, 201-217, e "Do lugar dos deveres fundamentais na constituição", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 148 (2018/19) 348-369.

Esto significa que la producción, distribución, comercialización y consumo de los bienes y servicios necesarios para la realización de la persona humana parte ineludiblemente de una separación esencial: por un lado, entre la esfera de la sociedad que sustenta la existencia y funcionamiento de una economía libre de mercado, resultante de la libertad de acción de cada individuo en un marco de cooperación o colaboración económica y social entre todos los miembros de la comunidad; y, por otro lado, el ámbito de actuación del Estado, como el soporte de la organización y funcionamiento político de la comunidad en una economía libre, que habrá de intervenir económica y socialmente para orientar a los sujetos que actúan en ese entorno hacia la consecución de los fines y valores comunitarios. Esta actuación del estado deberá concretarse en los programas políticos del gobierno democráticamente elegido, manteniendo siempre esa separación esencial que es el verdadero presupuesto del Estado de Derecho, como demuestra plenamente la historia del Estado moderno occidental de los siglos XIX y XX.

3. Producir, distribuir y consumir en una economía libre

Lo que acabamos de decir tiene debidamente en cuenta la distinción entre producir, distribuir y consumir en una sociedad basada en la idea de libertad económica y social. En tal marco, la producción de bienes y servicios y la distribución primaria de las rentas y patrimonios corresponde al mercado, cuya existencia y funcionamiento debe asegurar la libertad económica de los individuos y sus organizaciones, especialmente las empresas, como partícipes cooperativos o colaborativos del proceso de producción y distribución, en el que cada uno ofrece el correspondiente factor o medio de producción o de organización a cambio de su respectiva contraprestación (salarios, rentas, intereses y beneficios), de forma que se alcance el adecuado equilibrio entre la participación de cada uno en la actividad económica y la correspondiente contraprestación.

Por eso, el Estado o, más precisamente, la Unión Europea[6], tiene en este ámbito un papel decisivo de regulación y no tanto de intervención,

[6] Al que se ha transferido esencialmente la "constitución económica" en los países miembros de la Unión Europea — véase José Casalta Nabais, "Reflexões sobre a consti-

para hacer efectiva una economía libre o de mercado y no una economía totalitaria o autoritaria, que no se parece en nada a un mercado, en la medida en que uno o unos pocos participantes en la producción se quedan con las contrapartidas económicas de todos los demás. No es de extrañar, pues, que cuanto más equilibrada y equitativa sea esta distribución primaria de la renta y de los bienes, especialmente en la contrapartida pagada a los trabajadores (salarios), menor será el espacio y, al mismo tiempo, la demanda al Estado de la distribución secundaria o de la redistribución de la renta y de bienes. Esto significa, ante todo, una regulación estatal fuerte y eficaz del mercado y de su funcionamiento, con el fin de orientar el comportamiento de los agentes económicos hacia la búsqueda y realización material de valores y fines jurídicamente relevantes (que, de otro modo, no se alcanzarían con el funcionamiento del mercado sin los límites adecuados), así como para evitar que alguno o algunos de los participantes en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios obtengan ventajas excesivas o desproporcionadas en relación con su contribución, obteniendo puras rentas o ganancias injustificadas *(windfall gains*, *windfall profits*), sin una conexión mínimamente aceptable con su respectiva participación en la actividad económica. Un resultado que, en la medida en que no pueda producirse o no vaya a producirse, por no haberse prevenido y/o evitado eficazmente mediante la regulación, deberá corregirse incluso mediante una fiscalidad adecuada.

Por tanto, en este marco de funcionamiento de las comunidades estatales, la financiación del Estado se basa en el resultado positivo de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios proporcionados en la economía libre de mercado. Un resultado que, por supuesto, no es sino la consecuencia directa del papel activo del Estado en su acción reguladora que debe ser lo suficientemente contundente frente a los agentes económicos para evitar las mencionadas manifestaciones económicas de carácter totalitario o autoritario. Ello nos revela, de una parte, lo efectiva y decisiva que resulta la interdependencia entre la regulación económica y social y la forma en que el Estado se financia a sí mismo; y, de otra, las importantes limitaciones del poder del Estado para actuar en ambas dimensiones.

---

tuição económica, financeira e fiscal portuguesa", in IDEM, *Por um Estado Fiscal Suportável — Estudos de Direito Fiscal*, vol. IV, Coimbra: Almedina, 2015, 157-185.

Lo anterior pone de manifiesto que el modelo y la forma de financiación del Estado debe ser compatible con la idea de Estado de Derecho que acabamos de exponer: el Estado no debe financiarse de forma *autónoma* como productor, distribuidor y consumidor (como sucedía y sucede en los Estados patrimoniales o en los Estados empresariales), sino de forma *heterónoma*, exigiendo parte del resultado positivo que proporciona la economía de mercado; es decir, obteniendo parte de la contraprestación que recibe cada uno de los proveedores de los medios o factores de producción (renta), o bien del valor de los bienes y servicios cuando se producen, se poseen, se consumen o se transmiten. En otras palabras, el Estado se financia como Estado fiscal, como "Estado parásito" de la economía de mercado, es decir, fundamentalmente a través de impuestos u otros tributos unilaterales[7].

II. EL ESTADO FISCAL

Veamos ahora cómo se materializa el Estado fiscal como forma de financiación del Estado que sea, al menos, compatible con la idea de Estado de Derecho. Para ello será preciso concretar, por un lado, en qué se materializa el Estado fiscal; y, por otro, habrá que descartar como irrealizables las falsas alternativas que a veces se plantean. Una realidad que, desde la perspectiva de quienes soportan la carga del Estado fiscal, exige partir de la ineludible centralidad de los contribuyentes en las relaciones tributarias, tanto en lo que respecta a la generación actual como a las generaciones venideras.

[7] Para más desarrollos, véase José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal Contemporáneo,* Almedina: Coimbra, 1998, 191-221.

1. Idea y significado del Estado fiscal

Como se ha mencionado en el primer punto de estas reflexiones, el Estado de Derecho implica una financiación del Estado de carácter heterónomo, que no ponga en peligro la separación esencial y estructural entre la esfera de la sociedad y la esfera del Estado; es decir, el rechazo de un Estado propietario o de un Estado empresarial. Esta idea, sin embargo, no requiere necesariamente un Estado fiscal, ya que esta forma de financiación estatal podría satisfacerse con una financiación basada esencialmente en tributos con una estructura bilateral, es decir, a través de tasas y contribuciones financieras a favor de entidades públicas, que se configuraría como un Estado básicamente "tasador"[8]. Sin embargo, esto no es más que una falsa alternativa que sólo tiene cabida en teoría y de forma muy parcial o limitada.

De hecho, el "*Estado tasador*" ha sido una idea que ha entusiasmado a algunos autores, no para aplicarla a todos los tributos y a todos los gastos del Estado, sino a determinados sectores o segmentos de la actividad más reciente del Estado, como por ejemplo la protección del medio ambiente. De hecho, en el ámbito de la protección del medio ambiente, hay quien defiende que el gasto medioambiental puede y debe financiarse a través de tributos bilaterales; es decir, a través de eco-tasas y no de eco-impuestos.

Sin embargo, esto no significa que las tasas y otros tributos bilaterales no estén abiertos a la internalización de externalidades negativas y positivas en la determinación de su cuantía, relacionada con el coste del servicio público al que corresponden como contraprestación. Así, la cuantía de estos tributos puede ser, por supuesto, mayor o menor porque el servicio público al que corresponden incluya dichas externalidades, como ocurrirá con las tasas de urbanización más elevadas para las edificaciones situadas en zonas urbanas de alta densidad o presión urbana y más reducidas para las zonas urbanas de baja densidad, en el que todo tiene que ver con el *quantum* de las tasas, íntegramente relacionado con los costes específicos del servicio público, por lo que el aumento o disminución de estas tasas no constituye ninguna expresión de extrafis-

[8] "Estado tasador" una expresión que se debe a Sergio Vasques, *Princípio da Equivalência como Critério da Igualdade Tributária*, Coimbra: Almedina, 2008, 15 y ss.

calidad en el sentido de una penalización fiscal en el primer caso y de un beneficio fiscal en el segundo.

Si analizamos este problema de forma más específica, debemos señalar que ni en términos de financiación general del Estado, ni en términos de financiación específica para la protección del medio ambiente, las tasas y otros tributos bilaterales están en condiciones de presentarse como el principal apoyo financiero del Estado en nuestro tiempo. En términos generales, tal opción está descartada porque existe toda una serie de bienes, *los bienes públicos*, cuyos costes no pueden repartirse entre los respectivos usuarios, sino que deben ser financiados por todos los ciudadanos; es decir, por la generalidad de los contribuyentes. Entre tales bienes públicos tenemos, por un lado, los que se corresponden con las funciones clásicas del Estado (las funciones del Estado *tout court*), como son la defensa nacional, la política exterior, la política económica, la política financiera, la seguridad y protección policial, etc., que, por tratarse de bienes públicos cuyos costes no pueden ser divisibles entre quienes se benefician de ellos, no podrán ser financiados con tasas, sino mediante *contribuciones generales*, es decir, con *impuestos*. Son bienes públicos *por naturaleza* y, por lo mismo, sólo financiables con impuestos.

Por otro lado, en el Estado de bienestar tenemos un conjunto de bienes públicos que, aunque sus costes puedan ser distribuidos entre sus usuarios, como son los relativos a la justicia, la sanidad, la educación, la vivienda, la seguridad social (es decir, los relativos a los derechos sociales), lo cierto es que, por exigencia de las propias Constituciones, estos derechos deben extenderse a todos los ciudadanos, incluso a quienes no puedan participar en el funcionamiento de la economía de mercado. Toda una serie de bienes que no son públicos por naturaleza, sino *por imposición* constitucional. Por lo tanto, en virtud de la Constitución, los costes de estos bienes para quienes no estén en condiciones de adquirirlos onerosamente en el mercado, tendrán que ser soportados por la generalidad de los contribuyentes.

Esto también se aplica en el ámbito de la protección del medio ambiente. Es cierto que el principio estructurador del derecho medioambiental, el *principio de que quien contamina paga*, parece ir claramente en la dirección de un "Estado tasador", en el que cada cual soporte y pague la contaminación que produce, financiando el gasto público correspon-

diente mediante tasas ecológicas en lugar de impuestos. Pero ésta es una forma bastante superficial de verlo, ya que la materialización de este principio tropieza con importantes obstáculos en lo que respecta a la determinación del contaminador y/o a la imputación exacta de los costes de la contaminación a los respectivos contaminadores[9].

Obstáculos que, hay que reconocerlo, pueden mitigarse o limitarse en alguna medida con el desarrollo tecnológico que facilita la identificación del contaminador y la medición del grado de contaminación que pueda atribuírsele; en cuyo caso la figura tributaria de la tasa recobra su potencialidad como tributo con especial vocación medioambiental, cuya utilización no debe descartarse. Sin embargo, ello no elimina en esencia la idea de que, incluso cuando se trate de proteger el medio ambiente, la vía de un "Estado tasador" tendrá un alcance limitado.

2. La dimensión subjetiva del Estado fiscal

Mirando ahora al otro lado del Estado fiscal, a quienes lo sustentan, es decir, a los contribuyentes, debemos aludir a los vínculos entre el deber fundamental de pagar impuestos y el poder tributario del Estado, la centralidad de los contribuyentes en las relaciones tributarias y la dimensión intergeneracional de toda esta realidad.

2.1. El deber fundamental de pagar impuestos

Como ya dijimos a propósito de la primacía de la persona, el texto de la Constitución portuguesa se distribuye y organiza en cuatro ámbitos que conviene tener presentes. Sin embargo, parece obvio que el poder tributario, como uno de los poderes más importantes del Estado, forma parte naturalmente de la "constitución política", de la "constitución del Estado" o de la "organización del poder político". Sin embargo, teniendo en cuenta la ordenación de las materias en la Constitución y la

[9] Véase, con respecto al tema, José Casalta Nabais, "Da sustentabilidade do Estado fiscal", in Idem / Suzana Tavares da silva, coord., *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Coimbra: Almedina, 2011, 11-56.

forma en que ésta establece, por un lado, la primacía del individuo y de la sociedad en relación con el Estado y, por otro, el deber fundamental de pagar impuestos, resulta evidente que la legitimidad del poder tributario no puede referirse únicamente a la constitución política, sino que debe contemplarse también desde la perspectiva de los destinatarios constitucionales de este poder. En otras palabras, el poder tributario también debe verse en relación con la "constitución de la persona", que incluye el deber fundamental de pagar impuestos, el cual, como suele ocurrir con los deberes fundamentales autónomos, se configura como un límite inmanente a los derechos fundamentales[10].

Una comprensión de los deberes fundamentales que está en total sintonía con el planteamiento del Profesor *António Castanheira Neves*, para quien el significado axiológico de la persona en la comunidad tiene dos consecuencias normativas inmediatas: las derivadas de un principio de igualdad, de una parte; y, de otra, las propias de un principio de responsabilidad que reconoce que la persona, en virtud de su dignidad axiológica como sujeto ético, no sólo es titular natural de derechos, sino también correlativamente sujeto natural imputable de responsabilidad, siendo los deberes tan originarios como los derechos. Porque si los derechos te dan un espacio de autonomía, a través de la realización, el disfrute y la participación, ello está en una dialéctica irreductible con la responsabilidad[11].

Pero dejando a un lado la relación entre los deberes fundamentales autónomos y los derechos fundamentales y su significado profundo[12], que naturalmente comparte el deber fundamental de pagar impuestos, es importante examinar algunos aspectos específicos de este deber fundamental.

En este marco conviene subrayar el significado jusfundamental del deber fundamental de pagar impuestos. Lo que resulta particularmente visible en el artículo 103 de la Constitución portuguesa, que contiene la

[10] Véase José Casalta Nabais, "Direitos fundamentais e a tributação", *Boletim da Faculdade de Direito* 96/2 (2020) 667-695.

[11] António Castanheira Neves, "Uma reconstituição do sentido do direito — na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto* 1/1 (2012) 15.

[12] Véase José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 117-126.

"constitución fiscal", cuyo apartado 3 establece: "Nadie podrá ser obligado al pago de impuestos que no hayan sido creados en los términos de la Constitución, que tengan carácter retroactivo o cuya liquidación y recaudación no se realicen en los términos de la ley". Un deber fundamental formulado constitucionalmente de manera negativa, a partir de un derecho fundamental a no pagar impuestos distintos de los que se ajusten a las exigencias de este precepto constitucional.

Dentro de este marco constitucional, el deber fundamental de pagar impuestos está rodeado de derechos igualmente fundamentales, a saber: 1) el derecho *a no pagar impuestos* distintos de los que hayan sido creados en los términos de la Constitución, que no tengan carácter retroactivo y que se liquiden y recauden en los términos de la ley; 2) el derecho *a exigir* que todos los demás miembros de la comunidad contribuyan también a su sostenimiento financiero, lo que implica para el Estado que todos los miembros de la comunidad se hagan destinatarios de este deber (tarea del legislador) y también que todos ellos estén efectivamente obligados a cumplirlo (tarea de la administración tributaria y de los tribunales); 3) el *derecho a un gasto público eficiente*, que significa que el deber fundamental de contribuir sólo estará contenido dentro de sus límites si el gasto público asegura un adecuado retorno a la sociedad del importe de los impuestos mediante la prestación, en cantidad y calidad, de los correspondientes servicios y políticas públicas[13].

Luego, la autorización constitucional en bloque al legislador para establecer, a través del ejercicio del poder tributario, los límites inmanentes a los derechos, libertades y garantías derivados del deber fundamental de pagar impuestos, está lejos de ser una autorización en blanco o incluso una autorización menos estricta que la que implican las leyes que establecen restricciones o límites a los derechos, libertades y garantías fundamentales. Y es que el ejercicio del poder tributario debe cumplir con los diversos y exigentes requisitos de la "constitución fiscal" que, al fin y al cabo, no distan mucho de los de las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías fundamentales.

En efecto, en estas exigencias tenemos dos importantes conjuntos de principios constitucionales, a saber: los *principios generales*, aplicables a

[13] Un requisito que está expresamente recogido en el artículo 31.2 de la Constitución española.

todos y cada uno de los impuestos que integran el sistema fiscal, entendido como el conjunto de impuestos u otros tributos que deben ser considerados impuestos dada su estructura; y los *principios especiales* que se refieren a cada impuesto o tipo de impuestos tal y como aparecen en su mención constitucional.

En cuanto a los primeros, podemos citar los que establecen límites de carácter formal, relativos a *quién* puede tributar, *cómo* tributar y *cuándo* tributar, en los que se encuentran los principios de legalidad fiscal e irretroactividad de los impuestos, y los que establecen límites de carácter material, relativos a *qué* y *cuánto* tributar, en los que destaca, por encima de todos, el principio de la igualdad fiscal a calibrar por la capacidad contributiva o capacidad económica.

En lo que se refiere a estos últimos, en Portugal contamos con un conjunto de principios contenidos en el artículo 104 de la Constitución que, habiendo comenzado como un auténtico programa constitucional de reforma fiscal, hoy en día constituye, tras la aplicación por etapas de esta reforma, un marco paramétrico para el legislador tributario con el siguiente contenido normativo: "1. El impuesto sobre la renta personal visa reducir las desigualdades y será único y progresivo, teniendo en cuenta las necesidades y la renta de las familias; 2. La tributación de las empresas incidirá fundamentalmente en su renta real; 3. La tributación del patrimonio debe contribuir a la igualdad entre los ciudadanos; 4. La tributación del consumo tiene por objeto adaptar la estructura del consumo a la evolución de las necesidades del desarrollo económico y de la justicia social, y penalizará el consumo de lujo".

Un parámetro constitucional que, debemos subrayar, en la parte en la que realmente tiene mayor fuerza normativa — lo dispuesto en el referido apartado 1, que exige que el impuesto sobre la renta personal sea único y progresivo — ha sido ampliamente ignorado por el legislador tributario, sin que ello haya desencadenado consecuencias reales en materia de control de constitucionalidad, principalmente por parte del Tribunal Constitucional.

2.2. La centralidad del contribuyente en las relaciones tributarias

Una de las consecuencias más visibles de lo anteriormente dicho es la centralidad del contribuyente en las relaciones de derecho fiscal. Esto ocurre en las tres relaciones en las que se desarrolla la relación tributaria en sentido muy amplio, a saber: la relación constitucional, la relación administrativa y la relación obligacional.

Dicho de otro modo, tenemos la relación de *derecho constitucional* entre el Estado, titular del poder tributario, y los contribuyentes, que son destinatarios del deber fundamental de pagar impuestos, contribuyendo a los gastos públicos de acuerdo con su capacidad contributiva, puesta de manifiesto en el correspondiente hecho imponible; la relación de *derecho administrativo* entre la Administración tributaria y los contribuyentes o sujetos pasivos, en la que la Administración está dotada del correspondiente poder administrativo (un poder funcional) para aplicar las normas tributarias, practicando los correspondientes actos administrativo-tributarios (en particular, los actos de liquidación); y la relación de *derecho obligacional* entre el acreedor (la Hacienda Pública) y los deudores tributarios, una relación de naturaleza *paritaria*, en la que la Hacienda Pública carece de poder de autoridad, aunque es titular de un derecho de crédito que se caracteriza, en comparación con los derechos de crédito ordinarios, por estar rodeado de garantías especialmente reforzadas.

Esta centralidad se concreta en el papel nuclear y decisivo que desempeñan los contribuyentes en el nacimiento y desarrollo de las relaciones tributarias, mediante la realización del correspondiente hecho imponible. Es por ello que la no realización del hecho imponible supone inevitablemente dejar sin base de sustentación la actuación del actor tributario que le sigue, es decir, de la Administración tributaria. En consecuencia, la actuación de la Administración tributaria, que se concreta en la emisión del correspondiente acto administrativo-tributario, se verá irremediablemente comprometida.

Ello implica tomar en consideración, por un lado, el significado y alcance de la distinción entre hecho imponible y acto tributario, una vez que mientras el hecho imponible da lugar a la relación tributaria, constituyéndola, el acto tributario se limita a comprobar si se ha producido o no y, en caso afirmativo, extraer las correspondientes consecuencias jurí-

dicas, traducidas en la liquidación (en sentido amplio) del impuesto que comporta identificar al sujeto pasivo y realizar las diversas operaciones para determinar el *quantum* del impuesto a ingresar.

Lo importante aquí es el paradigma o parámetro de validez del hecho imponible y del acto tributario, porque, como hemos dicho, son muy distintos en cada caso. En efecto, mientras que en relación con el hecho imponible (una actuación del contribuyente específicamente delimitada en la norma tributaria) nos encontramos ante algo propio del *derecho constitucional*, sometido a una disciplina jurídica especialmente estricta por imperativo constitucional, en relación con el acto tributario (un acto administrativo que identifica a un contribuyente concreto y determina una determinada cuota tributaria) nos encontramos ante algo propio del *derecho administrativo*.

2.3. La dimensión intergeneracional

Pero este estado de cosas que acabamos de mencionar debe contemplarse también en términos diacrónicos, es decir, según una idea de responsabilidad o solidaridad intergeneracional. Así, en este marco de sostenibilidad económica y financiera heterónoma del Estado, el momento presente, la generación presente, debe articularse con el futuro; es decir, con la generación o generaciones futuras. Por ello, es importante señalar que cuando decimos que el Estado fiscal se sostiene financieramente a través de los impuestos, tenemos detrás una perspectiva diacrónica, que nos lleva a precisar que el Estado fiscal se sostiene financieramente a través de los impuestos actuales y de los impuestos futuros, ya que el otro ingreso efectivo del Estado, el recurso al crédito público (la Deuda Pública) mediante la contratación de préstamos, en cualquiera de sus formas y sofisticación financiera, se traduce inequívocamente en impuestos futuros, es decir, en impuestos a las generaciones futuras.

De hecho, los ingresos públicos son siempre impuestos de hoy (impuestos) o impuestos de mañana (préstamos), ya que los verdaderos impuestos son, en definitiva, siempre gastos públicos, puesto que el recurso al crédito tiene casi siempre como consecuencia que la comunidad estatal actual ejerza su poder tributario sobre las generaciones futuras.

Por lo tanto, el recurso al crédito público sólo tiene sentido en la medida en que los gastos que deben cubrirse con esos ingresos públicos repercutan beneficiosamente en esas generaciones, de modo que pueda decirse que existe una anticipación real y no una pura transferencia de gastos, constituyendo así una inversión en el futuro que debe ser soportada también por la generación o generaciones futuras. Los gastos que sólo o principalmente benefician a los miembros de la generación actual deben, por tanto, sufragarse con ingresos procedentes de los impuestos de hoy, puesto que cubrirlos con préstamos, especialmente a largo plazo, supondría una transferencia inaceptable de cargas a las generaciones futuras. Esta situación no es más que una auténtica "hipoteca sobre el futuro", como advierten algunos autores preocupados por garantizar de manera efectiva (y no ficticia) los derechos de las generaciones futuras.

Por esta razón, hay que combatir la utilización del crédito público por la generación actual, destinada única o básicamente a sus gastos corrientes porque, en esta situación, la generación o generaciones futuras acabarán soportando los gastos inherentes a un crédito público que les son totalmente ajenos. Se trata de una realidad que es preciso combatir, dado el grado de iniquidad, cuando no de crueldad, que constituye para con la generación o generaciones futuras. Algo que es seriamente cuestionado por la superlativa narrativa (internacional, constitucional y legal) que, desde hace algunos años, se dirige a proteger los derechos fundamentales de las generaciones futuras. En definitiva, el sostenimiento financiero del Estado es heterónomo, constituido fundamentalmente por impuestos: impuestos a la generación presente e impuestos a las generaciones futuras.

III. RELACIONES ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y EL ESTADO FISCAL

Veamos ahora, a modo de consideraciones finales, las relaciones entrelazadas entre el Estado de Derecho y el Estado fiscal, la primera y más importante de las cuales es que estas dos realidades son, a su manera, las dos caras de una misma moneda, que garantiza la separación

esencial entre la esfera de la sociedad y la esfera del Estado resultante de la primacía de la persona humana en la organización social, económica y política de las comunidades estatales modernas.

De hecho, el Estado de Derecho, como Estado de derechos fundamentales postulado por la primacía de la persona humana, se compromete a garantizar que todos los miembros de su comunidad puedan desarrollar su potencial y su capacidad de realización humana. Esto presupone que el Estado no es propietario de la economía, sustituyendo la economía libre o de mercado por una economía estatal, y es inherente a la salvaguarda del mercado y de sus bases de funcionamiento para mantener un entorno económico libre y competitivo.

Esto también es inherente al Estado fiscal que, como hemos dicho, pretende evitar que la autonomía de la esfera de la sociedad se vea ahogada por la financiación de la comunidad nacional y, en consecuencia, esterilizada la esfera de libertad económica y social de cada una de las personas de la comunidad nacional. Para que nos encontremos ante un Estado fiscal efectivo, no basta con la exclusión directa de un Estado propietario o de un Estado empresarial, ni con la adopción de una financiación estatal basada en la figura de impuestos o gravámenes unilaterales. De hecho, la idea de un Estado fiscal implica que se trata de un Estado limitado en los ámbitos económico y social, para evitar que se convierta en un Estado propietario de la economía a través de (o con el pretexto de) financiarla con impuestos.

Se trata de impedir que el Estado fiscal actúe de manera que pueda conducir a cualquier estrategia, más o menos velada, de cambio estructural efectivo de la economía libre o del sistema de mercado, de lo que ya nos advertía en 1930 el gran experto fiscal *Albert Hensel*, que se preocupaba por la posibilidad de una *socialización en frío*, un socialismo a través de la fiscalidad, en el que el aumento incesante de los impuestos sería "el caballo de Troya del socialismo en el Estado de derecho burgués" que podría conducir a la transferencia de los principales medios de producción al Estado sin recurrir a la nacionalización masiva o a la expropiación, como proponía el socialismo de la época[14].

Esto es algo que tiende a ocurrir en países como Portugal, donde la presión y el esfuerzo fiscales son cada vez más humanamente insoporta-

[14] Véase Albert Hensel, "Verfassugsrechtliche Bindung der Steuergesetzgebers.

bles y social y económicamente insostenibles, acercando el actual sistema fiscal portugués a un verdadero expolio o confiscación que deja a las fuerzas económicas y sociales exhaustas y a una gran parte de los trabajadores al borde de la pobreza. Este es el resultado, por un lado, de la debilidad económica estructural resultante, en gran medida, de la propia acción económica del Estado, que se refleja tanto en la omnipresencia del dirigismo o regulación (en relación con los pequeños y medianos agentes económicos) como en la deficiencia o incluso ausencia de su acción (en relación con los grandes, especialmente con las empresas multinacionales).

Esta realidad tiene algunas implicaciones especiales que es necesario mencionar en este ámbito de las relaciones entre el Estado de Derecho y el Estado fiscal, como soporte de la existencia y funcionamiento mínimamente logrado de un necesario equilibrio entre las esferas relativamente autónomas de la sociedad y del Estado. Se trata del carácter limitado que deben tener tanto el fenómeno de la extrafiscalidad como los tributos con estructura bilateral.

Por lo que respecta a la extrafiscalidad, es importante señalar que tiene en cuenta aquellas situaciones en las que el principal objetivo o finalidad del legislador tributario es modelar el comportamiento económico y social de los contribuyentes a través de los impuestos, ya sea para favorecerlos o para desincentivarlos. Ello se concreta, por un lado, en beneficios fiscales a conductas y acciones (que forma el amplio campo de los beneficios fiscales) y, por otro, en penalizaciones fiscales a conductas y acciones constituidas por impuestos extrafiscales o incrementos extrafiscales de impuestos.

Así, existe todo un sector de intersección entre el derecho fiscal y el derecho de la actividad económica del Estado y de otros entes públicos o encargados de funciones públicas que, a nuestro juicio, constituye un ámbito de relativa autonomía tanto del derecho fiscal como del derecho público económico. Se trata precisamente de lo que venimos denominando "derecho económico fiscal", que busca la armonización jurídica a

Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit — Gleichheit vor dem Gesetz", in *Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht* 4 (1930) 482; e K. M. Hettlage, "Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung", *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehre* 14 (1956) 5.

través de una adecuada concordancia práctica entre los rígidos principios constitucionales del derecho fiscal y los más flexibles y adaptables principios constitucionales del derecho público de la economía, es decir, entre la "constitución tributaria" y la "constitución económica"[15].

Sin embargo, la extrafiscalidad, en sus diversas formas y matices, debe tener un tamaño y un peso limitados, para no subvertir el sentido y el alcance de la idea de Estado fiscal como dimensión fundamental de la estructura fundacional del Estado de Derecho. Lo mismo cabe decir de los tributos bilaterales, cualquiera que sea su denominación (impuestos, tasas, contribuciones financieras, etc.)[16]. Esto se debe al hecho de que, al basarse en relaciones estructuralmente bilaterales, estos tributos constituyen un intercambio efectivo de utilidades económicas, asumiendo, desde el principio, un determinado carácter económico y social, lo que no ocurre con los tributos de estructura unilateral o impuestos, basados en una imposición política por parte del legítimo poder del Estado.

En efecto, la utilización de los tributos por el Estado u otros entes públicos o encargados de funciones públicas para financiar los correspondientes servicios públicos que deben ser soportados económicamente por quienes los solicitan, se benefician de ellos o los originan, no puede dejar de tener presentes las limitaciones estructurales a la institución y funcionamiento de un "Estado tasador". Ello no se contradice con la más reciente versatilidad que han mostrado las tasas y otros tributos de estructura bilateral, a saber, en el hecho de que su cuantía o *quantum* puede variar algo sin poner en peligro su estructura bilateral, siempre que guarde relación con los costes directos e indirectos del servicio público al que sirve de contraprestación. En particular, esta cuantía puede ser, desde luego, superior o inferior por el hecho de que el servicio público al que corresponda implique externalidades negativas o externalidades positivas, respectivamente, como vimos que sucede con las tasas urbanísticas.

---

[15] Para mayores desarrollos, véase los libros de José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 397-421; y *Problema Nucleares de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2020, 193-226.

[16] Que se trate en realidad de tributos bilaterales, y no sólo de una denominación para encubrir impuestos o gravámenes unilaterales — véase, en este sentido, José Casalta Nabais / Marta Costa Santos, "Contribuição Extraordinária sobre o Setor Energético — um imposto sob outro nome", *Revista Portuguesa de Dereito Constitucional* 2 (2022) 41-80.

RESUMEN: Para determinar el sentido de la relación entre el Estado de Derecho y el Estado fiscal, el autor comienza por precisar el significado del Estado de Derecho, identificándolo con el Estado que, basado en la primacía de la persona humana, está sujeto al reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales. Una visión del Estado que, en cuanto a su financiación, implica un Estado fiscal. Un estado que se financia con la correspondiente economía libre o de mercado y básicamente a través de los impuestos y no de otros tributos. Esto se basa en el deber fundamental de pagar impuestos y en la centralidad de los contribuyentes, que limitan así significativamente el poder tributario del Estado.

PALABRAS-CLAVE: *primacía de la persona humana; Estado de Derecho; Estado fiscal; centralidad de los contribuyentes; deber fundamental de pagar impuestos*

Estado de Direito e Estado Fiscal

RESUMO: Para determinar o sentido das relações entre o Estado de Direito e o Estado fiscal, o autor começa por esclarecer o significado do Estado de Direito, identificando-o com o Estado que, fundado no primado da pessoa humana, se encontra submetido ao reconhecimento e respeito dos direitos fundamenais. Uma visão do Estado que, em sede da sua financiação, implica um Estado fiscal. Um Estado que se financia junto da correspondente economia livre ou de mercado e, basicamente, através de impostos e não de outros tributos. O que tem por base o dever fundamental de pagar impostos e a centralidades dos contribuintes que, assim, limitam significativamente o poder tributário do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: *primado da pessoa humana; Estado de Direito; Estado fiscal; centralidade dos contribuintes; dever fundamental de pagar impostos*

Rule of Law and the Tax State

ABSTRACT: To determine the relationship between the rule of law and the tax state, the author begins by clarifying the meaning of the rule of law, identifying it with the state which, founded on the primacy of the human person, is subject to the recognition and respect of fundamental rights. This view of the state implies a tax state in terms of its financing. A state that finances itself from the corresponding free or market economy and, basically, through taxes and not other levies. This is based on the fundamental duty to pay taxes and the centrality of taxpayers, which thus significantly limits the power of the State to impose taxes.

KEYWORDS: *primacy of the human person; rule of law; tax state; centrality of taxpayers; fundamental duty to pay taxes*

GUERRA JUNQUEIRO EM COIMBRA: O ESTUDANTE DE DIREITO E O POETA

Rui Manuel de Figueiredo Marcos*

Das muitas e grandes figuras ligadas à Faculdade de Direito de Coimbra em que esse sorrateiro maestro que é o destino me colocou de turno como orador, Guerra Junqueiro, fora de dúvida, é aquele a quem me sinto mais próximo desde que me conheço. É aquele cujo nome escrevi e soletrei milhares de vezes. E a razão não se apresenta de um intrigante vislumbre. É que sempre vivi e espero continuar a viver até àquela viagem de onde não há regresso no número 65 da Rua Guerra Junqueiro, em Coimbra[1], uma artéria inaugurada em 1927, ou seja, escassos quatro anos volvidos após a morte de Guerra Junqueiro.

Por vicissitudes que escapavam a um gesto de vontade, a imagem de Guerra Junqueiro cada vez mais se imprimiu na minha memória e o coração se encarregou de a guardar zelosamente.

Recordo o meu talentoso professor de português Veiga e Moura que, no Liceu D. João III, em Coimbra, se emocionou na aula, dizendo a poesia *Regresso ao Lar* de Guerra Junqueiro. Corriam-lhe as lágrimas à medida que parecia ele próprio reviver uma tormentosa saudade.

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito.

[1] Conferência realizada na Sala do Senado da Universidade de Coimbra, em 15 de Dezembro de 2023, por ocasião do Centenário da Morte de Guerra Junqueiro.

> Ai, há quantos anos eu parti chorando, Deste
> meu saudoso, carinhoso lar!...
>
> Foi há vinte?... há trinta… Nem eu sei já quando!... Minha velha ama que
> me estás fitando,
>
> Canta-me cantigas para me eu lembrar!...

Ainda outro elo me tem prendido a Guerra Junqueiro ao longo dos anos. Eu era um frequentador, até pela minha encadernação física, do reino das loiras e acabei por casar com uma morena. Uma bonita doutorada em Economia que, decorada, apenas recitava uma poesia e precisamente da autoria de Guerra Junqueiro. De feição que me vejo assiduamente atormentado pela composição de Guerra Junqueiro intitulada *Morena*, ouvindo recitar vezes sem conta:

> Não negues, confessa Que tens certa pena
> Que as raparigas Te chamam morena.
>
> Moreno era Cristo. Vê lá depois disto Se ainda tens pena
> Que as mais raparigas Te chamem morena.

As minhas palavras não irão além do voto de fazer rebrilhar a ligação de Guerra Junqueiro a Coimbra e à Universidade, o que parece ter passado um tanto despressentido ao esplendor das oficiais comemorações junqueirianas que se realizam por ocasião do centenário da sua morte. Mas *res ipsa loquitur*. A realidade fala por si própria.

Guerra Junqueiro tornou-se estudante da Universidade de Coimbra em 1866. Não ingressou, de imediato, na Faculdade de Direito. Antes disso, rumou ao Curso de Teologia que frequentou durante dois anos. Ou porque não sentisse crescer em si o fervor religioso ou porque simplesmente lhe fenecesse a vocação, abandonou as lides teológicas para se dedicar ao Direito.

De feição que Abílio Guerra Junqueiro, filho de José António Junqueiro, natural do Freixo d'Espada à Cinta, distrito de Bragança, só foi admitido à matrícula do primeiro ano de Direito aos 2 dias do mês de Outubro de 1868, com "Certidão d'Idade, e aos Exames de Instrução Primária, Tradução de Francez, Latinidade, Philosofia Racional e Moral, Oratoria, Historia, Geometria e Introdução à Historia Natural dos Três

Reinos". Sem dúvida, um conjunto de saberes de largo espectro que se exigia para habilitação na entrada da Faculdade de Direito[2].

Ficamos a saber, por carta passada pelo velho Reitor da Universidade de Coimbra, Júlio Máximo de Oliveira Pimentel, exibindo a sua completa *intitulatio*, de Visconde de Villa-Maior, Par do Reino, Sócio Efectivo da Academia das Ciências de Lisboa, Comendador da Ordem de Nossa Senhora da Conceição de Villa Viçosa, Oficial da Ordem de Torre e Espada de valor, lealdade e mérito, e da de Legião de Honra, que Guerra Junqueiro, havendo já obtido o seu grau de Bacharel na Faculdade de Direito, frequentou e ouviu as lições de preceito por mais de um ano, habilitando-se assim à prova de Formatura em 4 de Junho de 1873. Um acto em que Guerra Junqueiro logrou pleno sucesso, conquistando a aprovação *nemine discrepante*.

Dos Mestres da Faculdade de Direito, de acordo com os Livros de Exames, Actos e Graus recolhidos no Arquivo da Universidade de Coimbra, que intervieram como examinadores de Guerra Junqueiro, contam-se, designadamente, os Doutores Lentes Arguentes, nas disciplinas do terceiro ano, António dos Santos Pereira Jardim, Presidente do Júri, e Manuel Emídio Garcia. No exame das disciplinas do quarto ano, enfrentou os Lentes Arguentes João de Sande Mexia Salema, Presidente do Júri e Bernardo da Serpa Pimentel. No exame das disciplinas do quinto ano, Guerra Junqueiro teve de suportar as arguições do Presidente Doutor António Luiz Henriques Secco e do Doutor Joaquim José Paes da Silva Junior.

Este elenco de Mestres examinadores mostrava à saciedade um dos traços característicos da Faculdade de Direito de Coimbra. Radicava na imposta *peregrinatio* académica por um florilégio de cadeiras. António dos Santos Pereira Jardim regeu Direito Romano, Teoria do Processo, Direito Eclesiástico Português, Economia Política e Estadística, e, finalmente, Direito Civil Português entre 1869 e 1877. Manuel Emidio Garcia deambulou pelo Direito Administrativo, Direito Civil, Filosofia do Direito, Princípios Gerais da Administração Pública, Processos Civis Especiais e Direito Eclesiástico. Por seu turno, João de Sande Magalhães Mexia Salema viu-se como timoneiro de Direito Natural, Direito Romano, Her-

[2] A título de curiosidade coimbrã, regista-se o facto de Guerra Junqueiro ter anotado em diversas cartas: "P.S. Moro nos Palácios Confusos, nº 46."

menêutica Jurídica, Direito Civil Português e Medicina Legal, Direito Eclesiástico e Economia Política, Estadística e Legislação da Fazenda.

No seu último ano, Guerra Junqueiro deparou-se com dois dos Mestres mais conhecidos do século XIX coimbrão. António Luís Henriques Secco, que foi Administrador do Concelho e Governador Civil de Coimbra, Deputado às Cortes por diversas vezes, Presidente da Câmara Municipal de Coimbra, Conselheiro e Par do Reino Vitalício, assumiu as cadeiras de Direito Natural e das Gentes, Enciclopédia Jurídica, Direito Romano, História Geral da Jurisprudência, Direito Criminal e Medicina Legal, e Princípios Gerais de Direito Penal.

O segundo professor foi Joaquim José Pais da Silva, que saltitou entre as cadeiras de Direito Romano, História do Direito Civil, Direito Criminal, Direito Administrativo, Direito Comercial e Marítimo, História Geral da Jurisprudência e Hermenêutica Jurídica. Sucedeu-lhe ser demitido de funções, por Carta Régia de 1834, fundada em motivos políticos, e reintegrado, oito anos mais tarde, como lente da Faculdade de Direito.

Como não se desconhece, a Faculdade de Direito de Coimbra no século XIX sofreu a impiedosa concorrência de outros palcos mais visíveis. Homens da envergadura de Martens Ferrão, Barjona de Freitas e Dias Ferreira, distraídos por actividades de outra ordem, deixaram de votar ao ensino o melhor do seu talento. Alguns lentes abandonaram mesmo muito cedo o magistério universitário. Exemplo paradigmático disso mesmo foi António Cândido, considerado, a justo título, o fundador da ciência política portuguesa.

A grande inimiga da Faculdade de Direito de Coimbra foi quase sempre a política. As suas teias de encantamento entreteciam-se de modo invisível e as luminárias viçosas da capital lisboeta fascinavam os nossos Mestres. É certo que isso não era mau para o País. Daqui saíram homens competentes e probos. A política, como sentenciou Almeida Garrett, precisa dos melhores, mas depois não os sabe melhorar. Na actualidade, talvez fosse preferível dizer que a política precisa dos melhores, mas depois não os sabe despiorar. Em todas as épocas, surgem certos políticos que, ao mesmo tempo, não são capazes de nada e são capazes de tudo.

Um aspecto que não tem captado a atenção dos estudiosos diz respeito à importante participação dos lentes de Direito de Coimbra de Coimbra, ao longo da segunda metade de oitocentos e já entrada a cen-

túria seguinte, na administração autárquica, principalmente na nossa Lusa Atenas. Na verdade, professores da grandeza de Henriques Secco, lente examinador de Guerra Junqueiro, Dias da Silva e Marnoco e Souza notabilizaram-se como Presidentes da Câmara Municipal de Coimbra. Foi, aliás, Marnoco e Souza um estrénuo construtor, defensor e executante, como sagaz autarca, da doutrina do chamado socialismo municipal em que, perante a quietude arrepiante do Estado liberal, sufragava e praticava um extraordinário activismo municipal em prol dos mais pobres e vulneráveis. Como proclamou Teixeira de Pascoaes numa célebre conferência sobre Guerra Junqueiro proferida no Teatro Amarantino, "basta a miséria dum desgraçado para que todos sejamos miseráveis".

Conservando eu uma indisfarçável *devotio* pela evolução do ensino jurídico em Portugal, mal seria, na circunstância que passa, se não retratasse o magistério na Faculdade de Direito de Coimbra pelo tempo em que Guerra Junqueiro frequentou os bancos dos Gerais. Como não se ignora, por ditame da ditadura setembrista de Passos Manuel, aliás, antigo aluno de Direito de Coimbra, ocorreu a fusão das Faculdades Jurídicas tradicionais, a Faculdade de Leis e a Faculdade de Cânones, dando origem à moderna Faculdade de Direito de Coimbra. O lance imperial de Passos Manuel teve lugar em 1836.

O sentido da reforma setembrista não se afigura de um intrigante vislumbre. Embora sem avistarem a derradeira consequência, os Estatutos Pombalinos da Universidade de 1772 haviam dado o primeiro passo no sentido da unificação, ao estabelecerem um núcleo de cadeiras comuns a legistas e a canonistas. No seio da política liberal, esta opção afeiçoou-se ao propósito de desvalorizar o ensino do direito canónico e eclesiástico.

Com a reforma setembrista, o estudo do direito pátrio transformou-se no objectivo quase exclusivo dos últimos três anos do curso, desdobrando-se em direito público, direito civil, com duas cadeiras, direito comercial e direito criminal. A economia política inaugurou a sua carreira nas Faculdades de Direito. A medicina legal tornou-se obrigatória para os quintanistas. Ainda no século XIX, deve referir-se a criação de uma cadeira de direito administrativo e princípios de administração e de uma cadeira de finanças.

Entretanto, ocorreram diversos afinamentos nos estudos jurídicos de Coimbra. Guerra Junqueiro, no arco temporal estudantil, conheceu um novo plano curricular aprovado em 1865 e que acabaria por vigorar até 1902. Para dar cumprimento a uma Portaria de 21 de Janeiro de 1864, o Conselho da Faculdade, em Congregação de 11 de Fevereiro, designou uma comissão integrada pelos Doutores Pais da Silva, Bernardo de Serpa e Barjona de Freitas. Este último viria depois a ser rendido pelo Doutor Dias Ferreira.

Após alteradas e acaloradas discussões, como é de preceito na nossa Faculdade, o projecto saído da dita comissão acabou por ser aprovado, com algumas alterações, em 5 de Junho se 1865. Dois pontos aqueceram o debate. O primeiro tocava a hipótese de se reduzir a uma só as duas cadeiras de Direito Romano. O segundo, de idêntico teor, tocava o Direito Eclesiástico.

Quanto ao Direito Romano, as duas cadeiras concentraram-se numa só. Perspectiva oposta triunfou relativamente ao Direito Eclesiástico. Conservaram-se assim as duas cadeiras existentes.

Ainda se aproveitou o ensejo para se debater a possibilidade de se ampliar o leque dos estudos jurídicos oferecidos. No entanto, a tradicional penúria dos cofres públicos impediu tal intento. Por outro lado, mais cadeiras redundava em mais sacrifício para os estudantes, optando-se pela redistribuição de matérias pelo número de cadeiras existentes. Eram elas quinze e, dentro daquele propósito, decidiu-se abolir a velha Enciclopédia Jurídica em prol de um superior espacejamento dado à História do Direito e aos Princípios Gerais de Direito Civil. Concedeu-se também autonomia lectiva ao Direito Financeiro. Em boa verdade, o primeiro ano, como sublinhou Dias Ferreira, representava uma introdução histórica e filosófica a todo o Curso Jurídico, através de três cadeiras.

Eis o plano de estudos vigente a partir de 1865:

1.º Ano:

1.ª cadeira — Filosofia do Direito e História do Direito Constitucional Português (em curso bienal com a 4.ª cadeira);
2.ª cadeira — Exposição Histórica do Direito Romano acomodada à Jurisprudência

Pátria;
3.ª cadeira — História e Princípios Gerais do Direito Civil Português.

2.º Ano:

4.ª cadeira — Princípios Gerais de Direito Público, Interno e Externo, e Instituições de Direito Constitucional Português;
5.ª cadeira — Economia Política e Estadística;
6.ª cadeira — Direito Civil Português (curso bienal com 9.ª cadeira).

3.º Ano:

7.ª cadeira — Princípios Gerais e Legislação Portuguesa sobre Administração Pública, sua organização e Contencioso Administrativo;
8.ª cadeira — Ciência e Legislação Financeira;
9.ª cadeira — Direito Civil Português.

4.º Ano:

10.ª cadeira — Direito Eclesiástico Comum e Privativo da Igreja Portuguesa, com seu respectivo processo (em curso bienal com a 13.ª cadeira);
11.ª cadeira — Direito Comercial Português;
12.ª cadeira — Organização Judicial, Teoria das Acções, Processo Civil Ordinário, compreendendo a Execução de Sentenças.

5.º Ano:

13.ª cadeira — Direito Eclesiástico Português;
14.ª cadeira — Princípios Gerais de Direito Penal, e Legislação Portuguesa;
15.ª cadeira — Processos Civis Especiais, Sumários, Sumaríssimos e Executivos; Processo Comercial e Criminal, e Prática Judicial e Extrajudicial.

Na época de Guerra Junqueiro, o ensino jurídico coimbrão apresentava traços bem vincados. Um deles radicava na supremacia da corrente do positivismo jurídico. A juridicidade identificava-se com a legalidade.

Repare-se que Guerra Junqueiro entra na Faculdade, apanhando em cheio o embate da onda codificadora do liberalismo jurídico português. Convirá destacar que o primeiro código português foi o Código Comercial de Ferreira Borges de 1833, o primeiro Código Penal data de 1852 e o grandioso primeiro Código Civil Português, o Código do Visconde de Seabra, conheceu a luz do dia em 1867, precisamente no ano anterior ao ingresso de Guerra Junqueiro na Faculdade de Direito de Coimbra.

À míngua de manuais de Direito devidamente consonantes com as reboadas normativas do movimento codificador português, a tendência dos Mestres de Coimbra foi a de enveredar pela explicação exegética dos códigos nas suas aulas. Um pouco à imagem daquele Mestre de Direito da Universidade de Paris que, ainda inebriado pelo Código Civil Napoleónico de 1804, proclamava, sem rebuço: *Je ne suis pas professeur de droit civil, je suis professeur de Code*. E porquê? Porque considerava, ao abrigo do princípio da plenitude lógica do ordenamento jurídico, que, no Código, se encontrava todo o direito. Nada para além do Código.

Uma outra característica saliente do ensino na nossa Faculdade de Direito consistia na preponderância da influente doutrina francesa, muito à custa da projecção das codificações napoleónicas, *maxime* o *Code Civil* de 1804 e o *Code de Commerce* de 1807. Compreende-se assim, e de que maneira se compreende, a tirada jocosa dos estudantes de Coimbra que repetiam de modo altissonante: "O que o Mestre diz vem de Paris". Um francesismo que também havia tomado conta da nossa literatura, como bem o mostrou a pena de Eça de Queirós.

No capítulo do pensamento jurídico oitocentista, merece uma subida menção a circunstância de ter sido na Faculdade de Direito de Coimbra que se gerou o movimento Kantiano-Krausista português, o qual abriu um novo período de reflexão filosófica e filosófico-jurídica em Portugal. Iniciada a partir do ensino de Vicente Ferrer Neto Paiva (1843), esta corrente desenvolveu-se e alargou-se através de figuras como Dias Ferreira, Levy Maria Jordão e Costa Lobo. Ao ponto de ver muitas das suas propostas acolhidas pelo Visconde de Seabra que viria a ser um marco importante da Escola de Coimbra. Aludimos ao Código Civil de 1867, começado a ensinar ao tempo em que Guerra Junqueiro estanciava na nossa Faculdade de Direito.

A condição de poeta surgiu precocemente em Guerra Junqueiro. E nasceu em Coimbra, aos 12 anos de idade, num sarau literário do Teatro Académico de Coimbra, presidido pela figura olímpica do sumo pontífice das letras António Feliciano de Castilho.

Recorde-se que Guerra Junqueiro chegou precisamente a Coimbra em 1862 e com os tais doze anos de idade. Haveria de permanecer em Coimbra quase outros tantos. De 1862 a 1866, frequentou o Liceu. Ingressou na Universidade de Coimbra para a Faculdade de Teologia, onde ficou dois anos, de 1866 a 1868. Transitou depois para a Faculdade de Direito, diplomando-se ao cabo de cinco anos. Aí se manteve de 1868 a 1873.

Coincidiu com o lustre da sua formatura em Direito a fase poética coimbrã de Guerra Junqueiro. E, praticamente, preencheu a vida do prestigioso jornal literário *A Folha, microcosmos literário*. Este espraiou-se por cinco séries, uma por cada ano, entre Dezembro de 1868 e Abril de 1873. Ao longo destas cinco séries, Guerra Junqueiro assinou quarenta e um textos sob a forma de poesia e um em modo de conto, *O Conde Rodrigo*, em prosa.

A Folha, *microcosmos literário*, encontrava-se sediada aqui ao lado, na Rua Couraça de Lisboa, 97, 1.º andar. Rapidamente venceu os acanhados limites da Lusa Atenas. À venda no Porto, Braga e Lisboa, contava com colaboradores e assinantes em muitos lugares do nosso país.

A Folha reuniu um florilégio de colaboradores de enorme envergadura literária. Destacavam-se os nomes de Cândido de Figueiredo, José Simões Dias que, aliás, morou bem perto de nós, no Colégio da Trindade, Frederico Laranjo, Gonçalves Crespo e Guerra Junqueiro.

Dirigia *A Folha* o poeta João Penha de um modo implacável. Recusava escritores aplaudidos e aceitava outros ainda sem créditos firmados. Não publicava composições que pecassem pela forma ou se mostrassem vulgares na ideia. Um nome obscuro era tido em tanta conta como um dos que o vulgo decorava, desde que a composição preenchesse os seus requisitos. A sentença de Penha resumia-se no seguinte: "Não pensem que o poeta nasce, como dizem uns tais críticos: o poeta faz-se".

A Folha revelou-se, passados três anos depois da tormentosa Questão Coimbrã, de 1865, como um palco literário de grande abertura, longe de prismas unissonantes. Logo no descerrar do número inaugural, João Penha reconhecia a existência de duas correntes literárias, ambas

dignas de consideração, pois "o belo é sempre belo revista que forma revestir". Admitia, sem o mínimo rebuço, que pudessem conviver, lado a lado, a poesia de cariz individualista e a poesia de pendor socialista, a poesia do sentimento e a poesia da ideia empenhada. A significar que *A Folha* se levantou do chão e começou a voar sob o signo do eclectismo.

Para muitos escritores, *A Folha* funcionou, diríamos hoje no moderno linguajar, como uma verdadeira *start up*. E, para Guerra Junqueiro, representou uma providencial incubadora de talento.

Não poucas das crenças de Guerra Junqueiro germinaram na *Folha,* espreitando a oportunidade de serem mais tarde retomadas e desenvolvidas. Assim veio a acontecer. Há poesias da verdura coimbrã que surgiram recriadas, nomeadamente, em *A Morte de D. João,* em *A Musa em Férias* e em *A Velhice do Padre Eterno*.

Agora que estamos em plena semana do Advento, do *ad venire*, convirá não esquecer alguns vislumbres adventícios do pensamento maduro de Guerra Junqueiro no *microcosmos literário* coimbrão.

Desde logo, o anticlericalismo junqueiriano irrompeu, já exuberante, na 1.ª série de *A Folha*, como o evidenciava a composição *O Livro de um Doido*, na qual Guerra Junqueiro usou o pseudónimo de Vasco Hermínio

> "Padres! Eu já nem sei o que este nome seja! São homens de sotaina e crânios tonsurados, Que descem do bordel para ir gritar à Igreja,
> Que a troco do metal nos livram dos pecados!!!
>
> O padre é o que consola, o padre alma que voa, Da terra para o céu contente, imaculada;
> O padre é o que sorri, o padre é que perdoa,
> Mais padre é quem mais crê, as vestes não são nada".

Relanceando a obra de Guerra Junqueiro com o olhar de jurista, encontram-se duas linhas de força que vieram a alcançar tradução legislativa pouco tempo depois. Uma decorre do seu feroz anticlericalismo extremo em *A Velhice do Padre Eterno* e em *A Morte de D. João* que surtiram efeito, designadamente, na fracturante "Lei da Separação do Estado das Igrejas" de 20 de Abril de 1911 e no diploma que impôs o Registo Civil Obriga-

tório[3], também de 1911. A outra preocupação obsidente de Guerra Junqueiro assentava no seu ódio à monarquia que impulsionou a instauração do republicanismo político e jurídico-constitucional no nosso país.

A voz anticlerical de Guerra Junqueiro trovejou, como nenhuma outra, em *A Velhice do Padre Eterno*. Um conjunto de 50 poesias em forma de dardo com que dardejou impiedosamente a Igreja Católica.

Até o Direito e a Justiça lhe serviram para o ataque sem freio. "Que o Direito se ordene, e que a Justiça queira/ Ir a Roma tomar, contrita, / o véu de freira".

Um livro de 1885, que, segundo o Padre José Simões Correia, "só o génio mau, o génio de Satanás, podia conceber e inspirar". Mas o diabo é que os livros de Guerra Junqueiro, como acentuava, Jayme Magalhães Lima, "têm não sei quê de diabólico estes livros de Junqueiro, na facilidade com que trepam acima da mesa de trabalho do homem honesto, sequioso de amor e de justiça, para logo saltarem à banca do amanuense, e daí, com uma agilidade prodigiosa, se insinuarem pela alcova dos amantes e pelas frestas da residência do prior".

Mais tarde, Guerra Junqueiro, em *Prosas Dispersas* de 1921, autoflagelou-se, sem subterfúgios: "Eu tenho sido, devo declará-lo, muito injusto para com a Igreja. *A Velhice do Padre Eterno* é um livro de mocidade. Não o escreveria já aos quarenta anos. Animou-o e ditou-o o meu espírito cristão, mas cheio ainda de um racionalismo desvairador, um racionalismo de ignorância, estreito e superficial. Contendo belas coisas, é um livro mau, e, muitas vezes, abominável. Há na grandiosa história do catolicismo páginas de horror, mas a Igreja com os Evangelhos cristianizou e salvou o mundo".

Uma subida menção é seguramente devida ao poema de poucas páginas intitulado *Finis Patriae*. Gerou-se no clima exaltado do *Ultimatum* apresentado pela Inglaterra ao nosso país, em 11 de Janeiro de 1890. Como declarou Guerra Junqueiro, estava de luto pesado a alma nacional. Sofrera o mais cobarde dos insultos. Recebera a mais aleivosa das afrontas. *Finis Patriae* logo constituiu um estrondoso sucesso editorial, vendendo-se, em quatro dias, nada menos de cinco mil exemplares.

[3] Ver os artigos 1.º e 2.º do Decreto com força de lei de 18 de Fevereiro de 1911, que aprovou o Código do Registo Civil.

Guerra Junqueiro não destoava da corrente dominante favorável à conservação do nosso Império. "Portugal é um país que felizmente tem colónias. Portugal sem colónias não seria nada". São estas palavras bem expressivas de Guerra Junqueiro.

O *Ultimatum* constituiu um golpe demolidor da Monarquia portuguesa. *Finis Patriae* não teve apenas um efeito devastador e alarmante no seio dos prosélitos monárquicos. Traçou, do mesmo passo, a agonia de um Estado que não conseguia dar satisfação às necessidades colectivas essenciais.

E se Guerra Junqueiro estivesse ainda entre nós o que diria? Destacaria certamente o que destacou, lastimando a dramática crise hospitalar, a indisfarçável crise no ensino e a não menos notória crise do património nacional.

Mas ouçamos um pouco os lamentos dolentes de Guerra Junqueiro:

"FALAM OS HOSPITAIS:
Tossi, tossi pul-
mões desfeitos,
Em vielas lôbre-
gas sem ar!
Nos dormitórios faltam
leitos… Tossi, pulmões,
nos magros peitos,
Tossi, que a Morte quer
jantar!"

"FALAM AS ESCOLAS EM RUÍNAS:
A alma da infância é um pas-
sarinho: Gorjeia o ninho e a
escola chora:
Na infância cai a noite; e o ninho
Tem sobre as plúmulas d'arminho a aurora

Tu fazes, Pátria,
as almas cegas,
Prendendo a in-
fância num covil.
Aves não cantam

nas adegas;
Se a infância é flor, por-
que lhes negas Abril?!".

"FALAM OS CONDENADOS:
Faminto, nu, sem
mãe, sem leito,
Roubei um pão.
Quem vai além de farda e de grã-cruz ao peito

— Um ladrão!
Viola, seduz, furta, assassina, Milhão! És Rei!

Que prostituta está cantando àquela esquina?
— A Lei".

"FALAM OS MONUMENTOS ARRASADOS:
Claustros, abó-
bodas, arcadas,
Muros batidos
de tufão, Cam-
pas partidas e
violadas,
Crânios de reis, poeiras
d'ossadas, Tudo no
chão!".

Valerá a pena recordar que o Ultimato de 11 de Janeiro de 1890 acabou por vitimar a carreira política de um outro grande professor da Faculdade de Direito de Coimbra. O velho General João Crisóstomo de Abreu e Sousa havia confiado a António Cândido a pasta do Reino em 13 de Outubro de 1890. Em malsinada hora, aceitou António Cândido a incumbência, porquanto, volvidos alguns dias, os céus enegrecidos do Porto desabavam em tempestade, com a Revolta de 31 de Janeiro de 1891.

Perante o desenlace alteroso, António Cândido, o ministro a quem cabia velar pela ordem pública, viu-se cercado de violentas críticas por todos os lados. Para uns, não conseguiu prevenir a revolta, convencendo-se que, na capital do Norte, reinava a quietude serena. Para outros, o Ministro revelara insuportável fraqueza e frouxidão na resposta aos revoltosos.

Emídio Navarro, na altura director do jornal *As Novidades,* apelidou António Cândido de ministro de farófias e contumélias. Considerava que António Cândido se encontrava em perene adoração de si próprio. Via em tudo a sua pessoa e só a sua pessoa. "É como as mulheres enfeitiçadas da própria beleza que passam a vida a remirar-se ao espelho", atirava Emídio Navarro.

Também o terrível António Feliciano de Castilho não o poupou, poetando ironicamente:

> "Dorme, dorme
> António Cândido E
> tu, fuso, fia, fia.
> Que eu vou con-
> tar-te a história
> D'um homem
> que nada via".

Guerra Junqueiro viu isto, viu mais e viu mais longe o fim da pátria. Mas o fim que entreviu foi o ocaso da pátria monárquica.

João Penha tornara-se condiscípulo de Guerra Junqueiro na Faculdade de Direito de Coimbra e, bem vistas as coisas, simbolizava um certo modelo na tipologia dos estudantes da Universidade.

Como não se ignora, ao longo da sua permanência em Coimbra, Guerra Junqueiro colaborou assiduamente no periódico conimbricense *A Folha*. O seu Director e Amigo de Guerra Junqueiro João Penha também ele foi um prestigioso poeta e também ele se licenciou na Faculdade de Direito de Coimbra, com a maravilhosa idade de 35 anos.

João Penha foi avançando no seu curso jurídico, ora reprovando, ora perdendo o ano. O amor ao estudo parecia-lhe um quase nada quando o amor à poesia lhe parecia um quase tudo. A sua dedicação ao exigente curso da boémia coimbrã não consentia nem hesitações, nem paranças. Segundo soava, João Penha não faltava uma noite aos seus variados compromissos que o esgotavam.

Acode-me à lembrança o exemplo de Eça de Queirós que, na condição de estudante da Faculdade de Direito de Coimbra, confessou que apenas abrira um livro e com infinita repugnância. Tratava-se da Novíssima Reforma Judiciária.

A alusão ao boémio amigo de Guerra Junqueiro permite-me fazer um lançamento palavreiro dirigido à comunidade estudantil coimbrã daquele tempo. Apresentava-se deveras radioso, porquanto aliava uma efervescente e originalíssima dimensão poética e cultural a um puro *dandysmo* académico e a uma ânsia confessa de mudança de costumes.

Das minhas leituras vadias, retirei, um apontamento assaz curioso. Já muito andado o último quartel do século XIX, um grupo de estudantes da Faculdade de Direito oriundos do Porto, à falta de um ambiente de cultura física a que vinham habituados, decidiu arrendar a velha Igreja do Colégio da Trindade e transformá-la em ginásio, com a almejada feição acrobática e atlética.

Debelada a lacuna em matéria de educação física, um outro lamento de um desses alunos de Direito permaneceu sem remédio, como decorre da sua magoada e triste confissão: "Em 1887 e nos anos que se lhe seguiram não existia em Coimbra, a não ser para pouquíssimos estudantes, naturais da própria cidade e que nela viviam com as suas famílias, a menor, note-se bem, a menor, possibilidade de vida em sociedade de convivência com as senhoras. Eu tenho a absoluta certeza de que nunca falei com uma senhora de Coimbra durante os cinco anos que aqui andei. As meninas bonitas da terra eram pouquíssimas — pelo menos as visíveis. Eram pouquíssimas e célebres. A gente via-as de longe, e de longe a longe. Aos domingos, depois da missa, e no Jardim Botânico podíamos, durante meia hora ou três quartos de hora, passar por elas e admirá-las um pouco mais de perto, mas ainda assim, e do ponto de vista psicológico ou afectivo, como seres raros, extraordinários e longínquos. Era o contrário, exactamente o contrário, do que acontece nas universidades norte-americanas, onde, segundo se diz, os estudantes procuram, não principalmente a ciência, mas, antes de mais nada, convívio, sociedade, mundanismo, maneiras".

Em sucessivas gerações, os estudantes de Direito de Coimbra ofereceram aos seus Mestres um bem precioso. A vida para além da vida.

Há, na verdade, uma dádiva traduzida em tempo memorioso que os estudantes de Direito oferecem aos seus Mestres. Mesmo quando o nome de um Mestre acaba por ser apenas um nome e a distância tão remota que já não consente a reconstituição do seu perfil psicológico ou até curricular e biográfico, eis que surge a lenda, o mais das vezes cons-

truída por alunos, a preencher esse vazio, elaborando e reelaborando a presença física, moral e espiritual do Mestre.

São as asas da fama que os estudantes transportam que ora enaltecem os professores de Direito, ora lhes dão carinhosas alfinetadas. Aqui ficam os contornos de um alfinete cheio de brilho gracioso. Contemporâneo em Coimbra de Guerra Junqueiro, o Doutor José Pereira de Paiva Pitta viria a ser professor de Economia e Estadística e de Direito Eclesiástico Português. Os estudantes consideravam-no um professor intelectualmente fulgente. Mas, com muito caminho andado, foi perdendo pelo caminho algum fulgor. Passou então a ser designado como "fósforo ardido".

São esplendentes os diamantes que esmaltam a rubra pedra preciosa que é a emblemática unidade espiritual da Faculdade de Direito de Coimbra. Uma unidade alheia a resvaladiços prismas políticos, sociais e religiosos.

O curioso é que, nas contendas do século XIX, os juristas de Coimbra alfinetavam-se com elevação, mas, via de regra, fora das muralhas da Universidade. Ainda há pouco, o Senhor Presidente da Academia das Ciências de Lisboa, grande especialista em Manuel Fernandes Thomaz, exumou, no espólio privado da família, uma tirada que o autor conservava em reserva retórica e que dizia: "Os lentes, fora de Coimbra, perdem o engenho, porque não bebem as águas do Mondego". Em idêntica perspectiva no sentido de circunscrever o seu valimento ao recinto universitário, Trindade Coelho definia o lente como aquele que conhece toda a gente e toda a gente o conhece, mas só até à Figueira da Foz.

Sou dado a tentações e a única maneira de vencer uma tentação é cair nela. E eu caí, com o episódio que vou relatar e que ouvi, de viva voz, ao Presidente da República Mário Soares na Academia das Ciências de Lisboa.

A história fora-lhe transmitida pelo Senhor seu Pai, o Dr. João Soares, aliás, diplomado em Teologia pela Universidade de Coimbra. Ao círculo de Amigos de João Soares pertencera Bernardino Machado, o verdadeiro arauto do episódio. A cena passa-se na casa de uma senhora nobre de Coimbra, ao jantar. Entre os comensais, estavam o Doutor Bernardino Machado e um lente da Faculdade de Direito de Coimbra. A senhora, fazendo género, perguntou a Bernardino Machado se gostava

dos sorrisos da aurora, ao que o futuro presidente da República respondeu "Sim, gosto, mas aprecio mais os sorrisos de Vossa Excelência".

Entretanto, da requintada ementa faziam parte coxas de rã. A Senhora gentilmente perguntou ao lente de Direito. "Gosta o Senhor Doutor de coxas de rã"? Gosto, mas aprecio mais as coxas de Vossa Excelência".

É este apenas mais um exemplo da simpática maledicência coimbrã daquela época cheia de graça e de ornato.

Sendo esta uma intervenção dedicada a Coimbra, mal ficaria se não relatasse o comportamento nobilíssimo da mocidade académica de Coimbra, "feita de sentimentos puros, síntese admirável de bondade e de justiça" nos funerais que tiveram honras de Estado, de Guerra Junqueiro, em Lisboa.

Ergueu-se uma questão de protocolo fúnebre, muito sensível para os estudantes de Coimbra. Fernandes Martins deu voz à pretensão:

> "Somos os representantes da mais velha e gloriosa Universidade de Portugal. A Academia de Coimbra é composta não só pelos estudantes de hoje, como também por todos aquêles que em tempos ali passaram, estudantes como nós. Êsses irmãos mais velhos estão presos pelo coração e pelo sentimento a Coimbra. Morreu Guerra Junqueiro um dos nossos mais velhos irmãos. Não podemos prescindir, portanto, de sermos só nós a transportar a urna sagrada que contém os seus restos mortais".

Os ânimos agitaram-se e seguiram-se conferências com o Ministro da Instrução. Os estudantes de Coimbra desenvolviam a sua tese e proclamavam de modo altissonante:

> "Encorporar-nos-hemos no cortejo em homenagem a Junqueiro, mas num logar distinto, caso nos não atendam, mas em Coimbra, na Sala dos Capêlos, protestaremos perante o país inteiro contra aqueles que não querem satisfazer essa nossa aspiração!
>
> Posta a questão nêstes termos, aguarda-se cêrca de meia hora. Por fim, depois de uma conferência em que tomou parte o sr. Ministro da Instrução, o sr. Lúcio d'Almeida, presidente da A.A. e o senhor Zagalo Fernandes, da F. A. de Lisboa, ficou o incidente resolvido. O primeiro turno seria composto unicamente por estudantes da velha e gloriosa Universidade de Coimbra. Os outros dois seriam formados por quatro estudantes de cada Universidade. Foi assim que, aos hombros da Academia de Coimbra, o cadáver de Junqueiro saiu do Palacio da Nação."

Aqui ficam mais dois apontamentos da ida da comunidade estudantil coimbrã aos funerais de Guerra Junqueiro. Na comovida solenidade, "Os estudantes de Coimbra vincaram em Lisboa a sua personalidade inconfundível. Todos se apresentaram trajando rigoroso luto, o que provocava com frequência olhares e exclamações de admiração aos lisboetas.

A gloriosíssima bandeira da Academia de Coimbra, quando os estudantes em cortejo, a levaram para o Congresso foi respeitosamente saudada pela multidão que se descobria. Alguns oficiais do exército fizeram-lhe continência.

Uma frase dum velho, tipo de homem do povo:

> — Olhem! Aqueles são de Coimbra, são da minha terra! E de chapéu na mão, olhos razos de água, exclamou:
> — São sempre os mesmos! Conhecem-se em toda a parte!

Todos de negro, capas em funeral, os estudantes de Coimbra, deram no enterro de Junqueiro aquela nota triste de melancolia que nós tantas vezes temos presenciado, quando algum estudante vai a enterrar"!

No número único intitulado "Na Morte de Guerra Junqueiro. Homenagem dos Estudantes de Coimbra", recolheram-se depoimentos de vários alunos. Um deles, da autoria de Francisco de Araújo, datado de 10 de Junho de 1923, ilustra bem a personalidade invulgar de Guerra Junqueiro.

Guerra Junqueiro, na altura de 1880, vira-se nomeado Secretário-Geral do Governo Civil de Viana do Castelo. Foi à mesa do Velho Café Maria da Luz, o centro social da terra, que escreveu boa parte do que constaria do livro *A Velhice do Padre Eterno*.

Francisco de Araújo, mostrando quanto era singular a alma do poeta, narrou:

> "Eu conheço, por felicidade minha, um caso da vida de Junqueiro que, se outro não houvesse, bastaria para fazer dele o exemplo da singeleza e do desprendimento, características que quási sempre acompanham aqueles que se impõem unicamente pelo seu altíssimo talento.
>
> Tinha eu seis anos apenas, quando, um dia, passeava pela mão de meu pai junto ao jardim público de Viana, à margem do rio Lima. Notei que o meu pai respeitosamente cumprimentava alguém, que, assentado no chão, formando como que um novelo muito negro, de guarda chuva aberto, se defendia de uma onda de poeira que o vento fizera levantar. Êsse alguém

> erguera-se para corresponder ao cumprimento dirigido. Era êle um cavalheiro pronunciadamente baixo, de barbas até ao peito, fazendo sobressair contra o negro das barbas e do vestuário, a côr de cera do rosto.
>
> — Talvez lhe cause estranheza o facto de eu estar aqui assentado no chão, como um mendigo…
>
> — Ó Sr. Doutor, Vossa Excelência não precisa de dar satisfação dos seus actos, respondeu o meu pai.
>
> — Eu explico-lhe a razão da minha posição:
>
> Esta terra, muito bonita indiscutivelmente, tem a prejudicá-la um vento constante que me irrita. Você nunca me viu, numa atitude defensiva, a atirar murros ao ar? É que eu tenho, por vezes, em plena rua, lutas pessoais com o vento… Acredite! Mas hoje, sinto-me cansado, porque trabalhei até tarde, e como não estou para questões, resolvi assentar-me no chão, à espera que o vento passe, para depois seguir o meu passeio.
>
> Meu pai despediu-se.
>
> Só quando nos separamos, eu soube que aquele cavalheiro era o Dr. Guerra Junqueiro, em que tantas vezes tinha já em casa ouvido falar.
>
> Olhei ainda para trás, não sei se movido pela curiosidade, se num movimento instintivo de adoração por aquele que um dia me havia de fazer quedar de admiração, perante a sua alma grandiosa, e ajoelhar com respeito no momento da sua morte".

Deveras impressionante foi o extraordinário desabafo, em forma de genial lágrima, que Teixeira de Pascoaes deixou cair no *Diário de Notícias* de 9 de Junho de 1923. Absorto no adormecimento contemplativo de uma vida solitária e campesina, Teixeira de Pascoaes, declarou-se surpreendido pela morte de Guerra Junqueiro. Uma triste notícia que lhe chegou através de uma mensagem telegráfica do seu amigo Augusto de Castro.

Teixeira de Pascoaes considerava a morte um fenómeno inverosímil, um absurdo. Então, atreveu-se a formular a perturbadora e terrível interrogação:

> "E a morte de um homem como Guerra Junqueiro? Um homem que viveu a vida infinita e divina, que foi um eleito da Vida?
>
> A Vida elevou-o à sua maior altitude, ao ponto mais distante da morte, apenas para o lançar, de mais alto, no abismo negro e sem fumo? Como a vida é cruel para os seus eleitos! Eis aí um mistério, o mesmo mistério que escurece o drama do Calvário. Se houve um poeta que pertencesse à vida, que amasse a vida e a glorificasse, foi Guerra Junqueiro. Junqueiro foi o poeta da vida, como Antero foi o poeta da morte e João de Deus o poeta do amor. A divina Trindade! Junqueiro foi o poeta da vida; rezou a alma dos simples, o mesmo que rezar a alma da terra; e, por último, rezou a luz, a *alma mater* de todas as cousas.
>
> Depois de rastejar cá em baixo, no inferno das paixões políticas, libertou-se das trevas; foi subindo na luz até ao deslumbramento estático e infinito, até à expressão harmoniosa da claridade, até à *Oração* à *Luz*, que é já a voz de Deus a rezar em português - uma das raras maravilhas da inspiração humana, como o *Cântico ao Sol*, de S. Francisco; aquele pobrezinho de Assis que repousa, em imagem, sobre o esquife do Poeta.
>
> Mas o *Cântico ao Sol* e a *Oração* à *Luz* são agora o mesmo canto imortal, entoado pelos Anjos, para além das estrelas e dos mundos"…

Abeiro-me vertiginosamente dos últimos suspiros da minha intervenção.

Estudantes houve da Faculdade de Direito de Coimbra que ultrapassaram de longe os seus Mestres em sucesso e em glória nacional. Um deles foi seguramente Guerra Junqueiro.

Guerra Junqueiro contou com o favor das multidões. Como sublinhou Vitorino Nemésio, Junqueiro representa "o exemplo acabado de perfeita combinação entre o talento pessoal e o gosto público com vista a uma reputação retumbante". Serviu de "espelho e de bandeira a um País", acrescentou.

As grandes obras são como as grandes montanhas. De longe veem-se melhor, sentenciou um dia Guerra Junqueiro.

À distância de um século, a monumentalidade da obra do poeta refulge ainda mais imponente. Foi essa monumentalidade transportada pelas asas da fama soprada ao futuro que a todos nos trouxe aqui, nesta tarde radiosa de Dezembro de 2023.

Sala do Senado, 15 de Dezembro de 2023.

RESUMO: O artigo trata da vida e da obra do poeta Guerra Junqueiro, especialmente no tocante ao seu relacionamento com Coimbra e a sua Faculdade de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: *Guerra Junqueiro; Faculdade de Direito; Coimbra*

Guerra Junqueiro: the Law Student and the Poet

ABSTRACT: The article deals with the life and work of the poet Guerra Junqueiro, especially in relation to his connection with Coimbra and its Faculty of Law.

PALAVRAS-CHAVE: *Guerra Junqueiro; Faculty of Law; Coimbra*

INVENÇÕES COM INTERESSE PARA A DEFESA NACIONAL
CONTRIBUTOS PARA O DIREITO A CONSTITUIR

J. P. Remédio Marques [*]

1. Introdução. Divulgação das invenções *versus* segredo imposto pelo Estado

a. O objetivo deste estudo e da proposta normativa que lhe é ínsita traduz-se na possibilidade de permitir a *apresentação* de pedidos e a *concessão* de direitos de patente, apesar da necessidade de manter uma invenção secreta, no sentido de *nem o pedido de proteção*, *nem o fascículo dessa patente, após a concessão, possam ser objeto de acesso e consulta por qualquer interessado*, por se tratar de matéria técnica com interesse para a defesa nacional.

Sugere-se que, do ponto de vista da sistematização legal, as alterações a aditar fiquem localizadas a seguir ao artigo 67.º do CPI (*v.g.*, artigos 67.º-A, 67.º-B, 67.º-C e 67.º-D), haja em vista que as questões de legiferação respeitantes a este tipo de patentes respeitam logo à fase inicial do procedimento administrativo e do exame (formal) do invento. No mais, cumpriria aditar um n.º 6 ao artigo 129.º, mandando aplicar este regime jurídico aos *modelos de utilidade*; outrossim, seria alterado o artigo 160.º, respeitante aos pedidos relativos a *topografias de produtos semicondutores*, nele sendo aditado uma remissão para os artigos que, eventualmente,

[*] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID: 0000-0002-2330-6833.

O presente estudo insere-se no quadro do Grupo de Trabalho de Revisão do atual CPI, constituído no Ministério da Justiça em agosto de 2024.

vierem a ser introduzidos entre o artigo 67.º e o artigo 68.º. Isto porque o *mercado mundial dos circuitos integrados* reveste atualmente — face às tensões geopolíticas acentuadas após a invasão da Crimeia pela Federação Russa, em 2014 — uma importantíssima relevância económica e política, atingindo virtualmente a generalidade dos domínios económicos, desde as tecnologias da informação às telecomunicações, passando pelos sistemas de controlo de segurança de trânsito, pela medicina e pelas indústrias militares.

Poderia ser ponderada a possibilidade de alargar este regime jurídico das patentes secretas a todas as invenções que incorporassem *segredos de Estado*, como, designadamente e de resto, ocorre no ordenamento jurídico alemão e polaco — que não apenas segredos de Estado ligados à *defesa nacional*. Seja como for, pretende-se somente alinhar um conjunto de contributos destinados a substituir o vetusto regime jurídico previsto no Decreto-Lei n.º 42.201, de 2 de abril de 1959.

b. Como é sabido, o subsistema do direito de patente (e, em geral, a proteção de criações intelectuais suscetíveis de direitos de propriedade industrial sujeitos a *concessão* e *registo*) exibe, como caraterística essencial, a *obrigação de divulgar* as informações técnicas de forma suficientemente clara para permitir que um perito na matéria possa executar o invento tantas vezes quantas as necessárias com as mesmas *qualidades técnicas constantes* referidas do fascículo da patente.

Esta exigência de *divulgação pública* constitui a contrapartida atribuída ao requerente dos direitos de exploração económica consolidados após o ato de concessão e registo — até esse momento o requerente, quanto muito, goza de *proteção provisória* (artigo 5.º CPI). A regra geral é, portanto, a de que uma patente é concedida para uma invenção quando, nomeadamente, a informação técnica (e a solução técnica em que a invenção se traduz) é acessível ao público e ao auditório técnico-científico da especialidade.

No entanto, existem disposições nas leis de patentes de quase todos os países que preveem a *clausura* de certas invenções — incluindo invenções para que são concedidos direitos de patente — assim submetidas ao *regime de segredo*, de modo a impedir que as informações sobre o modo de funcionamento da invenção sejam divulgadas ao público ou, por vezes, que a própria existência da invenção seja mantida em segredo.

O procedimento de patenteabilidade de invenções suscetíveis de se tornarem *secretas* difere de país para país, com base em diferentes critérios, tipos ou modulações de autorizações, bem como diferenças na duração do segredo e no período de proibição de publicitação dos inventos, consoante os fins (*v.g.*, geopolíticos) a atingir e o desenvolvimento tecnológico do país.

Porém, apesar destas diferenças constatadas nos regimes jurídicos nacionais consultados, é comum a todos os subsistemas de patentes a orientação segundo a qual a informação técnica relativa a algumas invenções deve, em determinadas circunstâncias, ser impedida de se tornar acessível ao público por *razões de segurança nacional*.

Este imperativo de *política legislativa* afasta-se da orientação padrão, a qual, saliente-se, enfatiza a importância de tornar pública a divulgação das regras técnicas em que a solução técnica patenteável se materializa como contrapartida da concessão de direitos de patente.

Contrariamente a esta orientação geral, a exceção fundada em *imperativos de segurança pública* ou *segurança nacional* alicerça-se e reconhece que algumas invenções devem ser mantidas em segredo por razões de *interesse público*. Em todos os regimes jurídicos de direito de patente, é necessário encontrar um equilíbrio entre estes dois tipos de interesses antagónicos. A melhor forma de alcançar esse equilíbrio dependerá das *circunstâncias nacionais*, que podem sofrer sensíveis alterações, designadamente decorrentes de conflitos armados ou atos terroristas.

Quanto mais forte for a ameaça à segurança nacional, mais os desígnios de política legislativa tendem a favorecer o *secretismo de certas invenções*.

Atualmente, o início e manutenção da guerra na Ucrânia decorrente da invasão da Federação Russa aos territórios internacionalmente reconhecidos da Ucrânia e o aumento da conflitualidade no mar do sul da China atrai redobrada atenção a este regime jurídico das *invenções secretas* em homenagem aos *interesses da defesa nacional*.

2. Enquadramento internacional (TRIPS, CPE, PCT) e ponderação de interesses

c. Pese embora o artigo 30.º, n.º 1, do Acordo TRIPS proíba que os seus Estados Contratantes discriminem a concessão de direitos de patente em função dos setores tecnológicos visados — e o artigo 30.º do mesmo TRIPS autorize que esses Estados não prejudiquem de forma irrazoável os interesses legítimos dos titulares das patentes, permitindo a sua exploração económica normal —, não é menos verdade que o n.º 8 do artigo 27.º do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT, de 1977) foi sensível à satisfação deste interesse, visto que determina que cada Estado contratante não fica coartado de dispor em matéria de direito de patente neste específico domínio da *defesa nacional*, ficando salvo de "*aplicar medidas que considerar necessárias em matéria de defesa nacional* (…) *para defender os seus interesses económicos, o direito dos seus nacionais ou das pessoas domiciliados no seu território de depositar pedidos internacionais*". O artigo 22.º do Regulamento de Execução do PCT[1] concretiza esta faculdade jurídica.

E o n.º 2 do artigo 77.º da Convenção da Patente Europeia (CPE) dispõe que os pedidos de patente (europeia) que sejam sujeitos a se-

[1] Tendo em conta a diferente estrutura do depósito ao abrigo do PCT, surpreendem-se diferenças entre o procedimento previsto no artigo 77.º da CPE e nas Regras 35 e 37 do Regulamento do PCT, o mesmo sucedendo com a Regra 22.º do referido Regulamento (cfr. este Regulamento do PCT em <https://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/docs/texts/pct-regs.pdf>). Na verdade, após o depósito na *entidade recetora* competente (artigo 10.º do PCT, em conjugação com a Regra 19 do seu Regulamento), esta última efetua um exame referente à eventual *classificação de sigilo*. O PCT estipula um prazo de 13 a 17 meses a partir da data de prioridade mais antiga para ser efetuado o exame (pesquisa internacional). O artigo 330(b), 1.ª frase, das Instruções Administrativas relativas ao PCT (disponíveis em <https://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/docs/texts/ai.pdf>) estatuem que a *declaração de confidencialidade* deve normalmente ser apresentada antes do decurso do prazo de 13 meses a contar da data da prioridade. Se a entidade administrativa de depósito tiver motivos para julgar que o pedido deve ser apreciado, esta declaração deve ser apresentada no prazo máximo de 17 meses. Isto deve-se ao facto do período de *três meses* previsto na Regra 22 (1)(c) do Regulamento do PCT para a transmissão do pedido internacional ao Escritório Internacional, nos termos do artigo 12.º. Esta circunstância pode resultar na perda de direitos ao abrigo do ponto *ii)* do n.º 1 do artigo 24.º do PCT, conjugado com o n.º 3 do artigo 12.º. O requerente, que é geralmente autorizado pelo PCT a tratar, ele próprio, da trans-

gredo — sem discriminar se respeitam a invenções com interesse para a *defesa nacional* ou se atingem outras matérias suscetíveis de serem qualificadas como *segredos de Estado* — não são transmitidos ao Instituto Europeu de Patentes.

Vale também isto por afirmar, à luz do *princípio da proporcionalidade* que pauta as tarefas legiferantes, a necessidade de, no direito a constituir, se operar a *concordância prática* e o *equilíbrio* de dois interesses potencialmente conflituantes: por um lado, o *interesse do Estado* em assegurar e desenvolver sistemas ou tecnologias necessárias para o desempenho de *atividades militares adequadas à condução de operações de guerra ou de defesa perante ameaças internas ou externas* e, por outro lado, o *interesse dos titulares das patentes* em empreenderem a *normal exploração económica dos direitos de patente, fruírem os seus resultados* e assim maximizarem os lucros.

3. O direito estrangeiro: Alemanha, E.U.A., França, Reino Unido, Finlândia, Suécia e Polónia. A exploração do invento secreto pelo próprio Estado

d. Numa perspetiva histórica, surpreendemos múltiplos exemplos nos sistemas nacionais de patentes onde se evidencia que as patentes secretas não são, de modo algum, um fenómeno novo. A manutenção do carácter secreto da invenção patenteada através da proibição governamental da publicação do pedido de patente e do conteúdo do fascículo da patente ganhou proeminência quando John Macintosh propôs, em meados do século XIX[2], essa medida no contexto dos seus planos para a criação de um sistema de patentes de alta tecnologia, atenta a então

missão em caso de atrasos processuais, pode ver recusada uma cópia autenticada da cópia de registo pela entidade recetora, nos termos da Regra 22(1)e)(ii) do Regulamento do PCT, por razões de confidencialidade. Porém, esta perda de direitos só pode ser remediada pelas vias legais disponíveis para uma perda de direitos nos termos do n.º 3 do artigo 77.º da CPE, devido à regra de *equivalência*, nos termos do n.º 2 do artigo 24.º do PCT, *ex vi* do seu artigo 11.º, n.º 3. Cfr. Tilman QUARCH, in Georg BENKARD, *Europäisches Patentübereinkommen — EPÜ*, Herausgegeben von Ingo BECKEDORF / Jochen EHLERS, 4.ª ed., München: C H. Beck, 2023, § 77, anotação à margem n.º 18.

[2] Tom H. O'DELL, *Inventions and official secrecy. A history of secret patents in the United Kingdom*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 134.

guerra eclodida na Crimeia (1853-1856)[3]; território ucraniano, este, curiosa mas lamentavelmente invadido em 2014.

No Reino Unido, institui-se um regime jurídico de patentes secretas, pelo menos a partir de 1922. Após a Segunda Guerra Mundial assistiu-se a um exponencial aumento do número de invenções secretas, nos E.U.A.[4]. As razões subjacentes a esta realidade foram completamente diferentes, por isso que elas se ligaram à lógica política, de harmonia com a qual a divulgação dos inventos poderia por em causa a *superioridade tecnológica* que os E.U.A. tinham alcançado, poucos anos antes, em tempo de guerra. O número de patentes secretas nos E.U.A. aumentou de 800 no início da Segunda Guerra Mundial para 2400 no final das hostilidades bélicas[5]. No período pós-guerra, foi adotada nova legislação sobre invenções secretas nos E.U.A., em 1951 e, na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S.), em 1959.

Estas alterações ocorreram durante a *Guerra Fria*, quando as superpotências mundiais procuravam exercer uma influência cada vez maior a nível mundial. Entre nós, o Decreto-Lei n.º 42.201, de 2 de abril de 1959[6], traduzia o empenho do então Governo português — face à União Soviética e aos países do "Bloco de Leste" — em honrar os compromissos de

[3] A guerra no território disputado na atual Ucrânia e cujas fronteiras internacionalmente reconhecidas foram invadidas pela Federação Russa está, coincidente e indissociavelmente, ligada às origens do sistema de patentes secretas, assim mantidas no interesse da defesa nacional.

[4] Em 2017, de acordo com estatísticas divulgadas pelo *Patent and Trademark Office* dos E.U.A. havia cerca de 5784 patentes classificadas como secretas. Entre 2013 e 2017 foram, anualmente, classificadas como secretas cerca 117 patentes — cfr. Arvind DILAWAR, *The U.S. Government's Secret Inventions*, Slade, May 09, 2018, disponível em <https://slate.com/technology/2018/05/the-thousands-of-secret-patents-that-the-u-s-government-refuses-to-make-public.html>. Em 2020 foram emitidas injunções por mor das quais foram classificadas como 45 invenções — Lee FERRAN, *The CIA, 'Secret Patents' and America's Best 'Battery Folks'*, 2020, disponível em <https://codeanddagger.com/news/2020/12/1/the-cia-secret-patents-and-americas-best-battery-guy>.

[5] Daniel P. GROSS, "The Consequences of Invention Secrecy: Evidence from the USPTO Patent Secrecy Program in World War II", in *Harvard Business School*, Working Paper No 19-090 (maio de 2019), p. 8, disponível em disponível em <https://www.hbs.edu/ris/Publication%20Files/19-090_5225cb00-a67f-4026-98a4-2bc83c6e659f.pdf>.

[6] *Diário do Governo*, nº 165, 1.ª Série, de 28 de julho de 1949.

defesa coletiva assumidos com a adesão de Portugal, em 1949, à Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN).

A partir do momento em que uma invenção é classificada como secreta, o titular da patente fica fortemente limitado no que respeita ao exercício dos direitos que decorrem da concessão e da inerente exploração económica do invento. De facto, algumas tecnologias podem ser designadas como sendo completamente secretas para todas as invenções, como foi o caso das armas atómicas e da própria energia atómica na década de 1950, sobretudo nos E.U.A. Neste país, este domínio tecnológico tornou-se um monopólio estadual completo após o estabelecimento do *Atomic Energy Act*, de 1946, que conferiu à Comissão de Energia Atómica dos Estados Unidos o direito de *expropriar* todas as patentes relacionadas com a produção de materiais suscetíveis de *fissão atómica*.

Estes exemplos sugerem que a utilização de uma invenção por parte do Estado, sob a proteção de uma patente secreta, pode permitir ao Estrado tornar-se um *monopolista* no fabrico e na utilização do objeto da invenção, não só a nível nacional, mas também a nível internacional, habilitando-o a ser o único país a ter acesso e explorar essa invenção. O benefício indireto que daí decorre traduz-se na capacidade de o país que controla a tecnologia exercer *influência geopolítica*, a nível regional ou mundial. O *valor intangível* dessa influência política pode ser muito mais valioso do que os próprios benefícios financeiros diretos, razão pela qual assistimos a um número crescente de invenções classificada como secretas nos países produtores e exportadores de armamento (*v.g.*, E.U.A., Reino Unido, França, Alemanha). Em resultado da influência política obtida, é de esperar que esses países concordem em *compensar* o titular da patente pela previsível perda de rendimentos que presumivelmente poderia auferir com a exploração do direito de patente.

Lembre-se que, entre nós, o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 42.201, de 2 de abril de 1959, permitia que o então Secretariado-Geral da Defesa pudesse promover a exploração em Portugal dos inventos declarados em regime de segredo, bem como autorizar a sua exploração por país ou países aliados de Portugal, em condições de reciprocidade; exploração que, entre nós, poderia ser efetuada por estabelecimentos do Estado, por empresas privadas, públicas ou de economia mista, a que, como se estatuía, o "Governo confira mandato para o efeito" (§ 1 do citado artigo 10.º).

Cremos que há a necessidade de prever, expressamente no direito a constituir, este poder jurídico *em benefício do Estado português* (ou de Estado estrangeiro aliado). O que, se o ato administrativo ablativo — a partir do qual o Estado se arroga no direito de utilizar a invenção patenteada classificada como secreta — produzir efeitos durante todo o prazo de vigência do direito de patente, tal constitui um *ato equivalente à expropriação por utilidade pública* do direito de patente.

e. Num momento em que o mundo assiste a um recrudescimento dos conflitos armados, parece-nos particularmente oportuno analisar os quadros jurídicos — ainda que algumas referências ao direito estrangeiro — que sustentam uma tal estratégia militar, na medida em que esta entra em contradição com um *direito fundamental*, de *natureza análoga*, à *propriedade privada* (artigo 62.º da Constituição), relativamente à obtenção e exploração económica de invenções atinentes à defesa nacional.

Em primeiro lugar, coloca-se a questão da *extensão destas limitações* e de saber *se são justificadas* pelo interesse superior do Estado português. Em segundo lugar, discutiremos a questão crucial da concessão de direitos de patente a tais inventos e as *limitações que atingem o seu exercício* por parte do titular.

Embora o destino das patentes colocadas sob o regime de segredo exista e seja mais ou menos transparente para os requerentes de patentes em muitos ordenamentos jurídicos, tal não ocorre, *ex vi legis*, em Portugal, pelo menos desde 2003. Informalmente, ao que sabemos, o INPI envia (e tem enviado) ao Ministério da Defesa os pedidos de patente que suspeite revelarem interesse para a defesa nacional, pese embora tanto o CPI de 1995, como os posteriores comente exigissem este dever *de facere* relativamente aos pedidos de patente europeia.

Estamos a referir-nos a *invenções que traduzem, materializam ou incorporam segredos de defesa nacional, no sentido de processos, objetos, documentos, informações, redes informáticas, dados informatizados ou ficheiros que tenham sido objeto de medidas de classificação destinadas a limitar a sua divulgação ou acesso*. Ora, tais medidas devem poder ser aplicadas a processos, objetos, documentos, informações, redes informáticas, dados ou ficheiros informatizados

cuja divulgação ou acesso sejam suscetíveis de prejudicar a defesa nacional ou possa conduzir à descoberta de um segredo de defesa nacional.

Podemos assim compreender que a proibição de divulgação consiste, simplesmente, na qualificação da natureza do prejuízo para a defesa nacional feita pelo INPI a pedido do Ministro da Defesa, o que abrirá então a possibilidade de *classificar* o referido pedido de patente como segredo de defesa por parte das autoridades encarregadas desta tarefa.

Por exemplo, há países, como a França — importantíssimo país fabricante e exportador de armas e de tecnologia militar —, aí onde estas competências são atribuídas ao Primeiro-Ministro, podendo este delegá-la em cada ministro para qualquer assunto que diga respeito ao seu ministério[7]. Neste país, o Ministro responsável pela Propriedade Industrial pode, portanto, ser dotado da autoridade necessária para classificar os pedidos de patentes depositados no INPI como segredos de defesa; neste caso, a proibição de divulgação não é considerada uma medida de classificação, uma vez que é executada pelo Ministro da Defesa.

No Reino Unido, por exemplo, desde 1922, os requerentes estão proibidos de solicitar o direito de patente no estrangeiro sem primeiro pedirem e se sujeitarem a um controlo destinado, ou não, a submeter o pedido de patente a um regime de sigilo (Secção 22 do *Patent Act* do Reino Unido, de 1977).

A legislação alemã contém disposições semelhantes. De acordo com o § 52 da *Patentgesetz* alemã, um pedido de patente apresentado fora do país e que contenha um *segredo de Estado* requer a aprovação da mais alta autoridade federal competente. Isto significa que o inventor não pode evitar este procedimento ao registar uma patente a nível nacional, mesmo que apresente o pedido no estrangeiro (*v.g.*, no Instituto Europeu de Patentes) ou ao abrigo do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT). Na Alemanha, aliás, o regime das patentes cujo pedido não é publicado, nem, após a concessão, o fascículo da patente é acessível ao público (patentes secretas / *Geheimpatente*) desfruta de um objeto mais amplo: abrange as invenções cujas soluções técnicas podem ser *clas-*

[7] BRINGER IP, *Conseil en propriété industrielle*, *Pourquoi la défense nationale peut-elle vous priver de votre invention?*, disponível em <https://www.bringer-ip.com/post/brevet-defense-nationale>.

sificadas como *segredos de Estado* (*Staatsgeheimnis*), e não apenas as *invenções com interesse para a defesa nacional*.

Nos E.U.A., o Decreto Presidencial n.º 13526, de 1 de maio de 2010, define as condições em que os documentos podem ser classificados como *segredos de defesa* e atribui esta autoridade aos diretores das agências de segurança nacional do governo federal estadunidense. No entanto, a redação do artigo 5.2 do título 37 do *US Code* utiliza termos muito semelhantes aos do decreto presidencial para descrever os critérios de classificação e atribui o poder de decisão aos mesmos órgãos, para o caso de ser necessário emitir *injunções de confidencialidade*[8]. A alínea *d)* do n.º 1 do citado artigo 5.º demonstra a estreita ligação entre as medidas cautelares de confidencialidade e as *classificações de segurança nacional*, pois estabelece que os requerentes cujas invenções já estejam sujeitas a uma classificação são obrigados a solicitar que seja emitida uma medida cautelar de confidencialidade, por ocasião do depósito do seu pedido de patente.

Por outro lado, o n.º 5 do artigo 5.º estipula que o pessoal com acesso a pedidos sujeitos a medidas cautelares deve comprovar a habilitação de segurança adequada ao carácter sensível das informações contidas no pedido de patente, utilizando o mesmo sistema geral de habilitação de segurança preexistente para qualquer informação classificada. Esta disposição pressupõe, igualmente, a atribuição de um nível de segurança ao pedido. O regime da *injunção de confidencialidade* parece, pois, nos E.U.A., complementar o *regime do segredo de defesa* e parece estar parcialmente abrangido por este. Ao classificar informações que ainda não tenham sido classificadas, apesar de preencherem os critérios previstos na lei, a referida injunção constitui um meio de controlar estes conhecimentos e saber-fazer e de os levar ao conhecimento dos organismos governamentais, a fim de proteger a sua sensibilidade.

Na Polónia, a classificação da invenção para que se pede proteção como tendo interesse para a defesa nacional paralisa o procedimento ad-

[8] Daniel P. GROSS, *The Consequences of Invention Secrecy,* p. 14 ss. = *Harvard Business School: Strategy Unit* (outubro 2022), disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3329912#> (versão mais completa do primeiro estudo); Gregory SALTZ, "Patently Absurd: The Invention Secrecy Order System", *Texas A&M University School of Law* 8 (fevereiro 2022) 211-234, disponível em <https://doi.org/10.37419/JPL.V8.I2.6>.

ministrativo de patenteabilidade, o qual somente se reinicia quando essa classificação for removida[9]. De tal sorte que o *direito à patente* é transferido, *ex lege*, mediante compensação, para o Estado[10].

4. Algumas notas sobre as características das patentes secretas; o direito a constituir

f. Em si mesma, a *patente secreta* é uma contradição conceitual, uma vez que a *divulgação* de uma invenção é do interesse público (*princípio da publicidade*), arvorando-se em princípio fundamental do subsistema normativo do direito de patentes. No entanto, o Estado depende da iniciativa de inventores privados, empresas e instituições de investigação, públicas e privadas, no domínio das inovações que exigem sigilo, designadamente, nas áreas da tecnologia de defesa e armamento, comunicações secretas, tecnologia nuclear, segurança, criptologia e documentos de valor cujo conteúdo seja sensível na satisfação destes interesses[11].

Por conseguinte, as invenções que constituem um *segredo de Estado* em *matéria de defesa nacional* devem ficar sujeitas a um *regime jurídico especial* que — constando, de resto, entre nós, do Decreto-Lei n.º 42201, de 2 de abril de 1959 —, por um lado, permite a concessão do direito a explorar economicamente uma patente[12] e, por outro, exclui, na medida do possível, a *publicidade do conteúdo das regras técnicas* cuja proteção por patente é solicitada. Apesar das desvantagens do requerente associadas ao regime jurídico dos pedidos de patente e das patentes secretas, uma vantagem

[9] § 60(1) Código da Propriedade Industrial da Polónia (de 30/06/2000). Se esse regime de secreto permanecer durante mais de 20 anos, considera-se que o pedido de patente nunca foi efetuado, nos termos do n.º 2 deste § 60 — cfr. as disposições deste Código em <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/pl/pl076en.pdf>.

[10] § 59(1) do referido Código.

[11] Alexander Wickenhöfer, in Uwe Fitzner *et al.,* Hrsg., *BeckOK Patentrecht*, 33.ª ed., München: C. H. Beck, 2024, § 50 [Geheimpatente], anotação à margem n.º 1.

[12] Quando esta deixar de ser secreta. Enquanto permanecer com esse estatuto, o titular da patente será compensado pecuniariamente do ato ablativo de não a poder licenciar, nem explorar autonomamente.

pode consistir, *do ponto de vista fáctico*, na proteção absoluta do *saber-fazer* que lhe está associada.

g. A patente secreta — em matéria de tecnologias necessárias à defesa nacional ou outros segredos de Estado — é *concedida sem publicação*[13] e desfruta, em princípio, de todos os efeitos jurídicos associados a qualquer concessão de patente nos termos da lei. Perante a evidente necessidade de ausência de publicação do pedido de patente, os efeitos jurídicos da concessão deste direito industrial têm início com a notificação da decisão de concessão. Atente-se no mais, que as denominadas patentes secretas, bem como os pedidos de patente submetidos a este regime *integram o estado da técnica*. Em virtude da conhecida *ficção jurídica* prevista no n.º 2 do artigo 55.º do CPI, considera-se que foram disponibilizadas ao público após a data de apresentação do pedido[14].

h. Ao contrário dos demais pedidos de patente, os respeitantes a invenções precipuamente classificação com interesse para a defesa nacional não desfrutam de *proteção provisória*, pois não são publicados[15]. Os seus *efeitos de oponibilidade a terceiros* e a reação do titular contra terceiros somente poderá ocorrer face a atos por estes praticados *após* a concessão da patente secreta. E nem o requerente da patente poderá notificar os eventuais concorrentes, ao abrigo do disposto no artigo 5.º, n.º 2, do CPI, tão logo que apresente o pedido de patente, visto que, uma vez efetuada a precípua *classificação* de interesse para a defesa nacional, ele fica impedido de divulgar o conteúdo do pedido de patente a esses eventuais

[13] Isto embora na maioria dos ordenamentos jurídicos consultados seja publicada, *sic st simpliciter*, a menção da concessão, sem mais.

[14] SCHAFFERS / Hubertus SCHACHT, in Georg BENKARD, Herausgegeben von Klaus BACHER, *Patentgesetz*, 12.ª ed., München: C. H. Beck, 2023, § 54, anotação à margem n.º 1. Note-se que o titular da patente secreta poderá ser, excecionalmente, autorizado a explorar comercialmente a invenção, na medida em que essa exploração económica seja rigorosamente mantida sob o estrito véu da confidencialidade. Seja como for, dado que as partes potencialmente interessadas na exploração económica do invento não têm, em geral, dele conhecimento, os preliminares ou a tratativas conducentes à celebração de uma licença não têm, em regra, êxito devido à obrigação de confidencialidade que se abate sobre essa forma de exploração.

[15] SCHAFFERS / HUBERTUS SCHACHT, in GEORG BENKARD, *Patentgesetz*, 12.ª ed., 2023, § 54, anotação à margem n.º 2

concorrentes. De tal sorte que os efeitos da patente somente se produzem, como referimos, com a concessão da patente.

Sugere-se que o exame da necessidade de impor o sigilo deva ser concluído no prazo de escassos meses a contar da receção do pedido de patente, por exemplo *três ou quatro meses*, ou seja, substancialmente antes do termo do prazo para a publicação do pedido[16] (que, aliás, pode ser antecipado a pedido do requerente), sem prejuízo de o INPI poder prorrogar o termo do prazo para essa publicação até três meses. Por exemplo, na Alemanha, entende-se que o prazo de *quatro meses* é suficiente para efetuar o exame da necessidade de classificar o invento como secreto[17], estatuindo-se que, em casos excecionais, o prazo pode ser prorrogado por dois meses.

i. A patente secreta pode ser posta em crise por meio de uma *ação de nulidad*e, nos termos do artigo 34.º do CPI[18]. Uma patente secreta que esteja

[16] O qual, entre nós, tem a duração de 18 meses: artigo 69.º, n.º 2, do CPI.

[17] SCHAFFERS / Hubertus SCHACHT, in Georg BENKARD, *Patentgesetz*, § 52, anotação à margem n.º 2.

[18] É evidente que o ajuizar a ação de invalidação pressupõe o acesso, pelo futuro autor, ao conteúdo do fascículo da patente. Se o conteúdo deste fascículo não é publicitado (mas apenas a menção da concessão) de que forma o potencial interessado em propor a ação poderá avaliar a conveniência, a oportunidade ou os riscos de êxito ou de insucesso do mérito dessa ação? Seja como for, o Ministério Público deverá continuar a desfrutar de legitimidade processual ativa para propor a ação de invalidação deste tipo de direitos de patente (artigo 34.º, n.º 3, do CPI). Coloca-se, todavia, a questão melindrosa do acesso ao fascículo da patente por terceiros. Cremos que — perante o princípio geral do *direito à administração aberta* –, nestas eventualidades, deve ser mobilizado o regime jurídico de acesso à informação administrativa (e sua consulta) previsto na Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, relativamente a *procedimentos administrativos já concluídos* (*direito à informação não procedimental*), designadamente tendo em devida conta o estatuído no seu artigo 6.º. Quer dizer: por um lado *(1)* os documentos que contenham informações cujo conhecimento seja avaliado como podendo pôr em risco interesses fundamentais do Estado ficam sujeitos a interdição de acesso ou a acesso sob autorização, durante o tempo estritamente necessário; por outro, *(2)* se o terceiro desejar *aceder a documentos nominativos*, deverá demonstrar, perante o INPI, fundamentadamente ser titular de um interesse direto, pessoal, legítimo e constitucionalmente protegido suficientemente relevante, após ponderação, no quadro do princípio da proporcionalidade, que justifique o acesso à informação. Seja como for, e sem prejuízo das cominações penais e contraordenacionais previstas nesta Lei (artigos 36.º 37.º), essa

sujeita a uma das causas gerais de nulidade ou anulabilidade deve ser invalidada, uma vez que este tipo de patente confere basicamente o mesmo estatuto jurídico dos demais direitos de patente e só pode ser invalidada através de uma ação ajuizada no tribunal. Evidentemente, o prosseguimento da instância processual na eventual ação de nulidade não poderá

---

consulta e a posterior utilização das informações deverá ser antecedida da outorga de compromisso ou estipulação de confidencialidade por parte de quem pretender aceder e consultar o fascículo da patente (bem como de outros terceiros a quem esta entidade permita a posterior consulta: *v.g.*, peritos, consultores, etc.), que imponham a proibição de reprodução, comunicação ou reutilização das informações técnicas. E não está, de igual sorte, afastada a possibilidade de — salvaguardando o *princípio da tutela jurisdicional efetiva do futuro ou previsível autor da ação de invalidação* — a cópia a fornecer ao interessado conter rasuras com supressão de palavras, desenhos ou de texto (*hoc sensu*, com o texto truncado). Cfr. o acórdão do Tribunal Administrativo Central do Sul, de 27/02/2020 (Paula de Ferrerinha Loureiro), proc. n.º 2232/18.6BELSB, onde se lê no sumário o seguinte: "[…] devendo a entidade sujeita ao dever de informação concretizar, de modo fundamentado, que os documentos contêm segredos comerciais, industriais e dados internos da vida da empresa, visto estar em causa a restrição a um direito fundamental com assento constitucional". Isto porque pode estar em causa a apropriação, por parte de um ou mais concorrentes, das ideias e soluções técnicas pertencentes a outro(s) concorrente(s), num claro aproveitamento do produto do trabalho alheio (qual "cherry-picking").; tb. Mário Aroso de Almeida / Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 866.

O *balanceamento*, a *ponderação* e a *concordância prática* dos diferentes interesses é de difícil concretização neste tipo de situações, em que um terceiro pretende ter acesso (e permitir que outros tenham acesso: *v.g.*, peritos na especialidade) a informações e regras técnicas secretas contidas no fascículo de uma patente classificada como de interesse para a defesa nacional, para efeitos de ajuizar *ação de nulidade* ou *anulação* dessa mesma patente.

É claro que a consulta (e o acesso às regras técnicas) do fascículo de uma patente e a precípua experimentação do invento para estudar as suas *propriedades*, *características*, elementos ou *efeitos técnicos*, a fim de ponderar a propositura de ação de nulidade, não constitui infração do direito de patente (artigo 103.º, n.º 1, alínea *c)*, do CPI) — cfr. Luís Couto Gonçalves, *Manual de Direto Industrial*, 11.ª ed., 2024, 114-115; J. P. Remédio Marques, *Direito Europeu das Patentes e Marcas*, Coimbra: Almedina, 2021, 263-269.

O próprio Regulamento (CE) n.º 1049/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão prevê, no seu artigo 4.º, n.º 2, que as instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação "possa prejudicar a protecção de interesses comerciais das pessoas singulares ou colectivas, incluindo a propriedade intelectual".

pôr em causa o carácter secreto do invento, devendo o tribunal mobilizar as medidas previstas no artigo 352.º do CPI (*preservação da confidencialidade dos segredos comerciais em processos judiciais*). E o mesmo se dirá relativamente à dedução e prosseguimento da instância numa *ação por infração*[19].

Uma patente secreta, como qualquer patente, também confere ao titular, nos termos do artigo 102.º do CPI, o direito de proibir qualquer terceiro de utilizar o objeto da patente. O titular da patente não está impedido de, se necessário, fazer valer as suas pretensões contra terceiros através de ações judiciais. No entanto, deve ser salientada, mais uma vez, a necessidade de manter o sigilo do conteúdo das regras técnicas protegida, adotando *medidas de preservação do segredo durante a pendência da ação de infração*. Aliás, esta exigência já decorre do Código Penal, ao abrigo dos seus artigos 195.º (violação de segredo) e 196.º (aproveitamento indevido de segredo), dado que houve uma classificação da invenção como secreta.

j. Não pode, evidentemente, ser apresentada *oposição* contra uma patente secreta, uma vez que nem o *conteúdo* do pedido de patente, nem, depois, o *conteúdo* da concessão da patente secreta são objeto de publicação. Donde, somente após a *cessação do regime de segredo e a publicação da concessão da patente outrora secreta* pode ser iniciado um procedimento de oposição à concessão. Refira-se, ademais, que a invenção é considerada secreta se só for acessível a um grupo limitado de pessoas no momento do pedido. Porém, o carácter secreto é afastado se o conteúdo do pedido for conhecido por um grupo ilimitado de pessoas.

l. Se existir uma invenção estrangeira com interesse para a defesa (desse país) deverá ser aplicável o regime do tratamento das patentes secretas portuguesas, na medida em que a invenção requerida é mantida secreta pelo Estado estrangeiro por razões de defesa *e esse segredo é comunicado, por esse Estado estrangeiro, ao Estado português*, sob a condição de sigilo. A fim de satisfazer as necessidades dos requerentes portugueses que pretendam pedir uma patente no estrangeiro para uma invenção que requeira segredo em Portugal, o nosso país celebrou acordos com ou-

[19] Sobre estas medidas de proteção da patente secreta em ações judiciais intentadas pelo seu titular, cfr. Günter KELBEL, "Die Geheimerfindung", *GRUR* (1969) 155 ss. (p. 158-159); Peter MES, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz*, 5.ª ed., München: C. H. Beck, 2020, § 51, anotação à margem n.º 2.

tros Estados ou organizações (*maxime*, a OTAN), a fim de salvaguardar os interesses mútuos em matéria de segredo.

O *depósito de um pedido no estrangeiro que tenha interesse para a defesa nacional* (portuguesa) deverá ficar condicionado à autorização (sujeita, ou não, a determinadas condições ou deveres de *facere* ou de *non facere*) do Governo português[20], através do Ministério da Defesa. O pedido de autorização deve indicar em que país ou países o depósito da patente será efetuado, acompanhado dos documentos necessários para que o INPI, sob *parecer vinculante* do Ministério da Defesa, possam decidir.

Se o requerente pretender *reivindicar prioridade para o pedido estrangeiro*, deverá apresentar o pedido de autorização em tempo útil para que este seja decidido antes do termo do período em que a prioridade produz efeitos. Se o invento revestir interesse para a defesa nacional, a aprovação do INPI só poderá ser concedida se for garantido que o pedido (secreto) goza de proteção comparável no Estado estrangeiro e que não há riscos consideráveis em matéria de defesa para o Estado português[21].

Cada requerente de patente (em Portugal) deve, assim e desde logo, verificar se uma invenção exige sigilo, por se tratar de matéria de interesse para a defesa nacional, e se necessita de obter autorização para ser realizado, também, um depósito no estrangeiro. Parece, igualmente, que esta autorização não está dependente da existência de um pedido prévio de proteção em Portugal[22]. Se a autorização for negada, deverá ficar

[20] Como, entre outros exemplos, ocorre na França, por força do artigo R-612-28 do *Code de la propriété intellectuelle* ("La décision peut contenir des dispositions particulières autorisant, sous certaines conditions, le dépôt à l'étranger des demandes de protection de l'invention").

[21] Tb. SCHÄFERS / Hubertus SCHACHT, in Georg BENKARD, *Patentgesetz*, § 52, anotação à margem n.º 3b.

[22] O requerente pode evitar o risco de responsabilidade contraordenacional ou criminal (que se faz necessário prever) de duas formas: fica salvo, em primeiro lugar, de depositar o pedido de patente em Portugal (via nacional) e aguardar o prazo a estabelecer para ser obtida a *classificação de interesse para a defesa nacional*. Caso não seja notificado desta classificação dentro do prazo, poderá presumir que a invenção não exige sigilo e depositar o pedido no estrangeiro ou junto de organização internacional competente. Caso pretenda registar primeiro a invenção no estrangeiro, no direito a constituir, deverá, como medida cautelar, obter a prévia autorização do INPI, sob *parecer vinculante* do Ministro da Defesa.

salvo o direito de impugnar o ato administrativo junto do Tribunal da Propriedade Intelectual.

A cessação do regime de secreto deverá depender somente de decisão do Ministro da Defesa, oficiosamente ou a pedido do titular, pese embora nos parece preferível que a decisão de cessação deste regime de segredo seja objeto de um *ato administrativo conjunto* do Ministro da Defesa e do INPI.

O registo no estrangeiro de uma invenção que desfrute de interesse para a defesa nacional, em Portugal, representa essencialmente uma violação de *segredos de Estado* porque as autoridades estrangeiras não têm a obrigação de examinar ou guardar sigilo na área da propriedade industrial. Se o sigilo dos registos efetuados no estrangeiro ou no Instituto Europeu de Patentes for assegurado através de convenções ou tratados mútuos, elimina-se o risco de divulgação de invenções importantes para a defesa nacional e que, não raro, constituem segredos de Estado.

m. Podem conceber-se *pedidos de patente europeia* suscetíveis de terem interesse para a defesa nacional (portuguesa). Nesse caso, o requerente deverá, no direito a constituir, notificar o INPI desse facto, juntando o pedido de patente, o qual examinará esse pedido para verificar se contêm, ou não, matéria técnica relevante para a defesa nacional. Quer dizer: o INPI, neste tipo de casos, deverá realizar o mesmo exame dos pedidos de patentes internacionais que nele são depositados enquanto organismo recetor. Se o pedido contiver matéria com interesse para a defesa nacional, o INPI deverá recusar-se a transmiti-lo ao Instituto Europeu de Patentes. O n.º 2 do artigo 77.º da CPE autoriza, como vimos, este comportamento. Uma vez que esse ato administrativo se torne definitivo, o pedido de patente em causa deverá *ser considerado um pedido nacional para o qual foi emitida uma classificação de interesse para a defesa nacional.*

De todo o modo, será aconselhável criar, no próprio INPI, um balcão específico destinado ao esclarecimento preliminar dos interessados, que suspeitem terem logrado uma invenção desta natureza, antes de estes depositarem os pedidos de patente em Portugal ou no estrangeiro[23].

[23] Ao que apurámos, o *Patent Act* dos E.U.A. exige o registo obrigatório da patente neste país e o esclarecimento preliminar do interessado relativamente ao registo no estrangeiro. Cfr. o *Invention Secrecy Act* (1951), codificado no 35 U.S. Code, Chapter 17, so-

n. A principal diferença no tratamento das patentes secretas nacionais e estrangeiras — o regime que, talvez, necessite ser objeto de disposição expressa — parece ser a seguinte: os requerentes de uma patente secreta estrangeira não têm direito à *compensação* devida pelo Estado português.

o. Parece-nos conveniente estatuir o seguinte no direito a constituir: se, na perspetiva do requerente, a patente tiver interesse para a defesa nacional no sentido de dever ser mantida secreta, os pedidos de patentes com interesse para a defesa nacional devem ser apresentados ao INPI em *formato papel*[24], não devendo ser comunicados por meios eletrónicos, quando *o requerente suspeite* que a invenção para que pede proteção possa ser relevante para a defesa nacional. Na verdade, os meios e procedimentos de depósito eletrónico usados no INPI (ainda) não oferecem garantias suficientes para impedir tentativas de interceção fraudulentas. Parece-nos, porém, que esta obrigação deverá aplicar-se apenas aos elementos escritos e gráficos da invenção: descrição, reivindicações, desenhos, resumo descritivo, etc., *não abrangendo o pedido de concessão propriamente dito*.

Cremos, por isso, que deverá ser estabelecida a *coordenação necessária e adequada* entre o Ministério da Defesa, o Gabinete Nacional de Segurança[25] e o INPI para determinar quando é que uma invenção pode ter interesse para a defesa nacional. Este Ministério deverá poder consultar as peças escritas e gráficas que lhe aprouver, independentemente do consentimento do requerente da patente[26].

Por conseguinte, para a realização do procedimento de exame, o Ministério da Defesa (e, eventualmente, o Gabinete Nacional de Segu-

---

bretudo o § 184 (*Filing of application in foreign country*), disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/184>.

[24] O mesmo corre, ao que apurámos, na França e na Alemanha.

[25] Cfr. a respetiva lei orgânica aprovada pelo Decreto-Lei n.º 3/2012, de 16 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 162/2013 de 4 de dezembro, Decreto-Lei n.º 69/2014 de 9 de maio, Decreto-Lei n.º 136/2017 de 6 de novembro, e Decreto-Lei n.º 139-A/2023, de 29 de dezembro. No seio deste serviço central da administração direta do Estado temos a Autoridade Nacional de Segurança, a qual é a *entidade que exerce, em exclusivo, a proteção, o controlo e a salvaguarda da informação classificada*.

[26] Peter MES, *Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz*, 5.ª ed., 2020, § 51, anotação à margem n.º 1.

rança) deverá ser ouvido e deverá dispor do direito de aceder e inspecionar as peças escritas e gráficas do pedido de patente. A referida coordenação entre o INPI e o Ministério da Defesa (e o Gabinete Nacional de Segurança) poderá assumir o seguinte figurino: o INPI efetuaria, talqualmente com uma função de "filtro" ou "peneira", um primeiro exame preliminar, o qual seria realizado por técnicos do Ministério da Defesa (ou do Gabinete de Segurança Nacional) destacados (ou a destacar casuística e especificamente para fim) para o INPI [27]. Se este exame não conduzisse a uma *clarificação* final da necessidade de manter o invento em sigilo, as peças gráficas seriam enviadas ao Ministério da Defesa para um *exame mais pormenorizado*. Após o Ministério da Defesa emitir o seu parecer — *parecer vinculante*, ao que cremos — e de ter sido concedido ao requerente ou ao seu representante o direito de ser ouvido[28], o INIPI *classificaria*[29] o invento como secreto e com interesse para a defesa nacional. Evidentemente, o requerente da patente deverá poder opor-se a esta *clas-*

[27] A participação do Ministério da Defesa no procedimento de exame salvaguarda o interesse do público na publicidade, o interesse do requerente numa *avaliação especializada* do invento e o interesse do Estado na proteção de determinados segredos. Uma vez que este interesse do Estado é mais suscetível de ser prejudicado se a classificação de submissão ao regime de segredo for recusada do que se for emitida, existe também a necessidade de ouvir o Ministério da Defesa, nos casos em que o INPI efetuar um exame correspondente.

Parece-nos, ademais, que o parecer do Ministério da Defesa deverá assumir a natureza de *parecer vinculante*. Isto para evitar eventuais conflitos entre o INPI e este Ministério acerca da classificação do invento como secreto e com interesse para a defesa nacional, de tal maneira que esse conflito somente pudesse ser dirimido em tribunal, como ocorre na Alemanha — Alexander WICKENHÖFER, in Uwe FITZNER *et al.,* Hrsg., *BeckOK Patentrecht*, § 50, anotações à margem n.ºs 20-21.

[28] Hans-Jürgen BREITH, "Sind die gesetzlichen Regelungen über die Geheimhaltung von Patenten und Gebrauchsmustern noch zeitgemäß?", *GRUR* (2003) 587 ss. (p. 589).

[29] Este ato de classificação, enquanto ato administrativo (destacável do procedimento de concessão) estará assim sujeito às regras gerais de *fundamentação dos atos administrativos*, visto que deverá ser notificado ao requerente da patente. O mesmo se passando na eventualidade de a invenção não ser classificada como detendo interesse para a defesa nacional: mesmo nesta hipótese o requerente deverá ser notificado deste ato jurídico.

sificação ou à *recusa de desclassificação* ou cancelamento do regime de segredo, *interpondo recurso para o Tribunal da Propriedade Intelectual.*

Enquanto se mantiver o regime de segredo, o pedido não deverá ser publicado; se se tratar de um pedido de patente europeia, este não deverá ser enviado ao Instituto Europeu de Patentes; e se se tratar de um pedido de patente internacional, não será enviada cópia do mesmo ao Secretariado Internacional ou a qualquer autoridade internacional responsável pela pesquisa, tal como seja designada nos termos do PCT. Se for caso disso, o INPI deverá enviar ao Instituto Europeu de Patentes qualquer informação que seja seu dever enviar a esse instituto nos termos da CPE.

Por outro lado, os pedidos de patente ou as patentes que tenham sido declaradas secretas num país pertencente ao Tratado do Atlântico Norte — ou com quem o Estado português celebrar ou tenha celebrado acordos militares — e que, invocando o direito de prioridade, sejam depositados em Portugal, deverão permanecer secretos até que o referido regime seja levantado no país que o declarou (*país de origem da classificação*). Estes pedidos não podem, na verdade, ser retirados sem a autorização expressa da autoridade estrangeira que declarou e classificou o carácter secreto.

Postula-se, igualmente, a questão da manutenção ou cessação do regime de segredo por ocasião da caducidade da patente na sequência do decurso normal do prazo de "vida" (de 20 anos) deste direito de propriedade industrial. Nestas eventualidades, parece-nos mais prudente prever a atribuição da possibilidade de as autoridades competentes manterem a invenção (já desprovida do direito de patente ora extinto) em regime de segredo durante um determinado período de tempo — cujos pressupostos seriam reavaliáveis anualmente; todavia, neste caso, o invento ficaria sujeito ao regime dos *segredos de Estado*. Esta eventualidade sugere, todavia, a necessidade de majoração da quantia que, a título de *compensação pelo sacrifício*, tiver sido anteriormente atribuída ao titular da agora patente caducada, de harmonia com a demonstração da possibilidade de o invento poder, no futuro, ser explorado, pelo ex-titular da patente o por outrem, ao abrigo do regime dos *segredos comerciais* — cfr., *infra*, já a seguir.

5. O regime jurídico da compensação devida ao requerente / titular da patente secreta

p. A *classificação* do invento para que se solicita proteção (ou cuja proteção já foi alcançada) como revestindo *interesse para a defesa nacional* implica — não pode deixar de envolver — o pagamento de uma *justa compensação* (pelo sacrifício[30]) ao titular da patente.

Este titular vê-se, em regra, privado de a explorar economicamente durante um lapso temporal considerável ou durante todo o período em que o direito de patente produzir efeitos. Esta exigência de compensação pecuniária é evidente: os direitos de patente, tal como os demais direitos de propriedade intelectual, desfrutam da *garantia constitucional* de *proteção da propriedade privada*. A *compensação* que se faz necessário atribuir ao que obteve a concessão deste tipo de patente — e que fica, em regra, impedido de a explorar economicamente durante todo o período em que permanecer a situação de não divulgação do fascículo da patente (*maxime*, reivindicações e da descrição) — traduz um incentivo para, no futuro, o inventor continuar a desenvolver a tecnologia patenteável.

Parece-nos, ainda, que a atribuição desta *compensação* — a arbitrar somente *após a concessão da patente* e sem prejuízo de as partes transigirem antes ou durante o processo judicial ou arbitral — deverá ficar dependente da circunstância de, por um lado, a invenção *não* ter sido solicitada, pela primeira vez, no estrangeiro (com prioridade estrangeira) e, por outro, antes de ter sido classificada pelo INPI como de interesse para a defesa nacional (portuguesa), a invenção não deverá ter sido mantida em segredo por um estado estrangeiro por razões de defesa *desse outro Estado*: na verdade, o Estado português não tem motivos para compensar a falha na exploração de invenções sujeitas a *regime de segredo de Estado*

[30] Uma vez que o Estado, ao classificar o invento como desfrutando de interesse para a defesa nacional, praticou um *ato lícito*, o titular da patente, por razões de interesse público, ficou impedido de a explorar economicamente. Não se esqueça que a *compensação pelo sacrifício* pode ser prevista em várias hipóteses normativas, que não apenas nas situações de expropriação por utilidade pública, gozando o legislador de *ampla discricionariedade legislativa* para alargar esta compensação a *casos paralelos ou análogos de privação da fruição e aproveitamento de bens ou direitos* pelos respetivos titulares — cfr. Carla Amado GOMES, "A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência", *Revista do Ministério Público* 129 (Janeiro - Março 2012) 17-18.

de país estrangeiro. Terá legitimidade ativa para peticionar esta compensação o titular da patente ou os seus sucessores por qualquer título; e a legitimidade passiva caberá ao Estado português[31].

Na pendência da ação destinada a apreciar e julgar o pedido de compensação deverão ser, de igual modo, tomadas medidas de proteção do conteúdo do fascículo da patente, designadamente a impossibilidade de acesso e consulta aos autos, exceto relativamente às partes e aos peritos designados, aplicando-se com as necessárias adaptações o disposto no n.º 3 do artigo 352.º do CPI.

Os *critérios de fixação da compensação* devida ao titular de patente submetida a esta classificação de interesse para a defesa nacional podem revelar-se incertos e complexos. Vale dizer: a solução técnica contida na patente pode ser brilhante ou provida de um elevado grau de atividade inventiva, mas o titular dificilmente está em condições de provar que se trata de uma *solução técnica economicamente viável* ou que *poderia gerar lucro*[32], que assim deixará de auferir; bem como lhe será difícil demonstrar o *nexo causal* entre os danos sofridos pela impossibilidade de exploração económica do invento patenteado e a classificação do invento efetuada pelo Estado como sendo dotada de interesse para a defesa nacional[33].

Na verdade, não só muitas invenções patenteadas não logram obter qualquer aviamento económico, como, sobretudo, na fase prodrómica de um pedido de patente é tudo menos certo e previsível efetuar um *juízo de*

---

[31] A *PatG* alemã condiciona, ainda, o pagamento desta compensação à utilização dos montantes pagos em *fins pacíficos*, condição resolutiva, esta, que não nos parece deva ser introduzida no nosso ordenamento jurídico.

[32] *V.g.*, alegando e provando que já havia estabelecido tratativas sérias ou preliminares com outras entidades, sob rigoroso regime de confidencialidade, a fim de comercializar a invenção e que estas se mostraram interessadas na aquisição ou licenciamento da (futura) patente; que a não conclusão dos contratos se deveu à possibilidade ou iminência da classificação do invento como secreto; que a sua empresa sofreu um declínio de valor em resultado da injunção pela qual a invenção foi submetida ao regime de segredo, etc.

[33] Como se afirmou numa decisão de um tribunal, nos E.U.A. (*The United States Court for Federal* Claims), de 5/04/2012, no caso *Linick v. United States*, disponível em <http://www.cofc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions/WHEELER.LINICK041312.pdf>; cfr. Scott D. LOCK, "The Invention Secrecy Act: The USPTO as a Gatekeeper of National Security", *IP Theory* 8/1 (2019) 71 ss. (p. 80 ss.), disponível em <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=ipt>.

prognose respeitante ao eventual sucesso ou fracasso económico da exploração desse invento — podendo conceber-se, porém, situações em que o titular consegue demonstrar, *maxime*, mediante prova documental e testemunhal, que já havia iniciado tratativas ou preliminares negociais com terceiros interessados nessa futura exploração (*v.g.*, com a celebração de contratos promessa, acordos de confidencialidade, etc.), os quais terão cessado ou sido interrompidos ou protraídos no tempo a partir do momento em que o requerente da proteção informou tais terceiros da possibilidade da classificação do invento. A jurisprudência portuguesa relativa à *perda de chance* pode, neste domínio, exibir algum préstimo judicativo.

Sendo certo que em nenhum dos ordenamentos jurídicos consultados o legislador fixou bitolas quantitativas densas e concretas na quantificação do montante da compensação, cremos que esse *quantum* deve pautar-se por um *critério de razoabilidade*, tendo em conta a *importância do invento*, o *objetivo para que foi concebido*, o *benefício* que, num juízo de prognose, *o titular teria retirado da sua livre exploração* ou *quaisquer outras circunstâncias relevantes*[34].

A questão paralela da atribuição do *direito à patente* da invenção adrede classificada como secreta — nas hipóteses de ter sido obtida por

[34] Este é, com algumas semelhanças, o critério constante da Secção 22(7)(b) do *Patent Act* britânico, de 1977 ("if it appears to the Secretary of State that the applicant for the patent has suffered hardship by reason of the continuance in force of the directions, the Secretary of State may, with the consent of the Treasury, make such payment (if any) by way of compensation to the applicant as appears to the Secretary of State and the Treasury to be reasonable having regard to the inventive merit and utility of the invention, the purpose for which it is designed and any other relevant circumstances").

O artigo 114, n. 2 , da atual *Ley de patentes* espanhola (com início de vigência em 1/04/2017) determina que a compensação será fixada judicialmente (se as partes não chegarem a um acordo), "teniendo en cuenta la importancia de la invención y el beneficio que el titular hubiera podido obtener de la libre explotación de la misma".

O artigo 198, n.º 7, do *Codice della propriétá industriale* estatui que, uma vez concedida a patente (com interesse para a defesa nacional: "… invenzione, modello di utilità o di topografia, qualora dette domande riguardino oggetti che potrebbero essere utili per la difesa del Paese", de acordo com o n. 1 do citado artigo), o cálculo da compensação é efetuado de harmonia com o que se dispõe para a *expropriação* (por utilidade pública) do direito de patente. O que significa a convocação do artigo 142, n.º 4, do mesmo *Codice*, segundo o qual essa compensação é "determinata sulla base del valore di mercato di esso, sentita la Commissione dei ricorsi" e cuja impugnação judicial é dirigida à justiça administrativa, nos termos do *Codice del processo amministrativo*.

trabalhador (*invenção laboral*) ou prestador de serviços (*invenção sob encomenda*) — e a remuneração a atribuir ao inventor (trabalhador ou agente administrativo) deverá ser resolvida nos termos gerais previstos nos artigo 58.º e 59.º do CPI[35].

Na Finlândia, a lei relativa às invenções relevantes para a defesa nacional, de 1967 (*Laki maanpuolustukselle merkityksellisistä keksinnöistä*: 15.12.1967/551), prevê, no seu § 1, que a classificação em causa implica a expropriação da patente e o pagamento de uma compensação ("Uppfinning, som är av betydelse huvudsakligen för landets försvar och vars hemlighållande är av vikt för försvaret, må med stöd av denna lag, så snart patent på uppfinningen blivit sökt, medelst beslut av *statsrådet exproprieras för staten*" — o itálico é nosso) — cfr. a versão em língua inglesa desta lei em <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/17891>. Além disso, estatui-se que o Governo dispõe de seis meses a contar da data do depósito do pedido de patente para proceder a esse estudo e eventual classificação, sob cominação de o procedimento administrativo de patenteabilidade prosseguir nos termos normais (§ 3, terceiro parágrafo), reduzindo-se esse prazo para três meses se se tratar de um pedido de patente europeia ou um pedido internacional via PCT (§ 3, quarto parágrafo).

Ao invés, na Suécia, não ocorrendo a expropriação do invento (mas apenas possibilidade de o Estado sueco fazer uso do invento ou permitir que terceira entidade faça dele uso), prevê-se o pagamento de uma *indemnização razoável*, nos termos do § 14 da Lei sobre invenções da defesa [Lag (1971:1078) om försvarsuppfinningar) — 14 §: "Om ett beslut meddelas om att en uppfinning ska hållas hemlig, lämnas *skälig ersättning* av allmänna medel för den skada som uppkommer genom beslutet" — o itálico é nosso]. Esta lei está disponível em <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/17716>.

Na Polónia, como vimos supra, o *direito à patente* transfere-se automaticamente para o Estado, devendo ser paga uma compensação ao requerente da patente (Art. 59. 1. do Código da Propriedade Industrial: "Prawo do uzyskania patentu na wynalazek tajny zgłoszony w Urzędzie Patentowym w celu zastrzeżenia pierwszeństwa przechodzi, *za odszkodowaniem* …" — o itálico é nosso). Na hipótese de falta de acordo entre o requerente e o Estado, esta compensação é fixada pelo Ministro da Defesa Nacional, pelo Chefe dos Serviços de Segurança do Estado, tendo em conta o *valor de mercado* do invento (§ 59(3), do citado Código); pagamento, este, que, saindo precípuo de previsão no orçamento geral do Estado, pode ser efetuado em prestações, anualmente, até um período máximo de cinco anos — cfr. a versão deste Código em língua inglesa em <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/pl/pl076en.pdf>. Embora não se preveja, expressamente, a possibilidade de impugnação judicial desta decisão, ela não poderá ser afastada, mais não seja por força da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 17.º e 47.º).

[35] Parece, todavia, razoável que, exercendo a entidade empregadora ou o dono da obra o *direito de opção* previsto na alínea *a)* do n.º 3 do artigo 58.º do CPI, a fixação desta

Por outro lado, talvez se afigure, oportuno prever um regime de *licença legal (*ou *de ofício*) dessa patente em favor do Estado português ou a possibilidade de o uso do invento poder ser efetuado por empresa pública ou privada, mediante licença (*obrigatória*) do Governo português. Evidentemente, este *uso público* teria como contrapartida a fixação de uma *compensação*, nos mesmos moldes em favor do titular da patente secreta, sem necessidade de esgotar os meios administrativos junto do INPI ou do Governo — ao invés do que ocorre, por exemplo, na Alemanha[36], na França[37] — e em parte nos E.U.A.[38] —, aqui onde a fixação da com-

remuneração, se não estiver expressamente prevista no contrato — embora seja autónoma da compensação devida pelo Estado ao requerente / titular da patente — fique a aguardar a determinação e fixação do montante da compensação a pagar pelo Estado. Embora este objeto processual não parecer ser *prejudicial* relativamente ao primeiro (não impondo a *suspensão da instância*: artigo 272.º do CPC), é avisado somente fixar a remuneração devida do inventor quando for quantificado o valor do invento que não pode ser economicamente explorado, pelo titular, nos termos normais.

[36] Neste país, o § 55(2) da *Patentgesetz* prevê que o pedido de compensação deve ser apresentado à autoridade federal competente (ou seja, ao Ministério Federal da Defesa: § 56 da *Patentgesetz*). Só depois é que se mostra possível recorrer aos tribunais. As consequências da não apresentação de um pedido (extrajudicial) à autoridade federal suprema não estão expressamente previstas. A doutrina entende que a negação da autoridade federal em pagar uma soma precipuamente solicitada pelo titular da patente deve ser qualificada como *confissão* desta entidade administrativa, a qual supre a falta de invocação extrajudicial — por todos, cfr. Peter MES, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz*, § 55 [Entschädigung für Unterlassung der Verwertung], anotação à margem n.º 10.

[37] Aí onde é constituída uma *commission paritaire de conciliation* (Art. R615-20 ss.), estando o presidente desta comissão autorizado a propor um montante julgado adequado após a instrução dos autos. Na falta de acordo das partes somente a proposta efetuada pelo presidente desta comissão é comunicada ao tribunal competente (Art R615-31); em caso de acordo das partes, essa transação torna-se executória mediante despacho do juiz do *Tribunal de Grande Instance* do lugar em que essa comissão funcionou.

[38] Neste país, surpreende-se uma alternativa de comportamento que aproveita ao *requerente da patente*: este e a entidade do governo federal competente devem esgotar os meios de autocomposição deste litígio. E a compensação pode ser requerida ainda *na pendência do pedido de patente*, embora não seja aconselhável fazê-lo. Cfr. a decisão do *U.S. District Court for the District of Connecticut* no caso *Eugene Emerson CLIFT v. United State of America*, de 30/12/1991 (808 F. Supp. 101), a qual foi emitida mais de 20 anos após a primeira solicitação de compensação dirigida à entidade administrativa durante a pendência do pedido de patente. Esta decisão está disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/808/101/1478762/>. Uma segunda alternativa é

pensação é efetuada, numa primeira fase, entre o titular e o Governo federal e só depois este pode impugnar a decisão junto dos tribunais, sobretudo se a entidade governamental não reagir num prazo razoável ou usar expedientes dilatórios para não propor o pagamento de quantia certa[39].

q. Como atrás antecipámos, a caducidade ou a retirada de um pedido de patente classificado com interesse para a defesa nacional de divulgação não deve implicar, *sic et simpliciter*, o levantamento das medidas que proíbem a divulgação e a livre exploração da invenção em causa.

A mesma consequência deverá atingir os pedidos de patente (cujas invenções já tenham sido classificadas) rejeitados, bem como as patentes que, posteriormente, foram invalidadas. Ou bem que se prevê expressamente essa hipótese, ou bem que ela fica sujeita ao regime jurídico dos *segredos de Estado* aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2014, de 6 de agosto. Quando tal ocorra, as medidas de proteção atinentes à proibição de divulgação da invenção devem manter-se em vigor sem necessidade de uma prorrogação do regime de sigilo. É evidente, por fim, que a *desclassificação* de um pedido de patente classificado como invenção com interesse para a defesa nacional implica sempre uma decisão formalizada por um despacho (ato administrativo).

r. Parece, por fim, claro que as condutas que importem a violação das regras respeitantes ao regime proposto, por parte de requerentes de

---

a que, após a concessão da patente, autoriza o titular submeter o pedido de compensação junto do *United States Court of Federal Claims*, podendo *cumular as duas causas de pedir*: classificação da invenção como secreta e uso dessa solução técnica por parte do Governo.

[39] O caso *Linick v. U.S.,* acima referido, fornece um exemplo de uma apresentação a entidade administrativa federal se revelar suficiente para, seguidamente, deduzir o pedido de compensação no tribunal. Nesse caso, o inventor tinha desenvolvido tecnologias relacionadas com munições. O seu pedido de patente havia sido classificado como secreto e sujeito a uma injunção de confidencialidade durante mais de cinco anos e meio. Passado esse período, o titular apresentou um pedido de compensação ao Secretário do Exército e, durante dois anos, o Exército não realizou quaisquer diligências. O Secretário do Exército ainda alegou que o titular deveria, no requerimento efetuado, mencionar um montante que esperaria auferir; porém, o Tribunal entendeu que *o Invention Secrecy Act* não exige semelhante pedido, devendo somente o titular agir de boa fé e fornecer as informações necessárias para que a entidade administrativa possa avaliar o invento.

patentes, deverão ser cominadas, *de minimis*, com a previsão de *contraordenações*. No direito comparado, não raro, estes ilícitos constituem, igualmente, tipos legais de *crime*s.

6. Epílogo

s. O regime jurídico das *patentes com interesse para a defesa nacional* e que, por isso mesmo, devem permanecer secretas por virtude de *classificação de segurança* — ou seja, as invenções cujos pedidos de patente não são publicados, nem sendo o fascículo da patente adrede concedida suscetível de consulta — remontava, como se disse, ao Decreto-Lei n.º 42.201, de 2 de abril de 1959[40], o qual foi mantido em vigor pelo Decreto-lei n.º 16/95 (que aprovou o CPI de 1995 artigo 72.º, n.º 3[41]) e pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março, mas apenas no que respeitava aos *pedidos de patente europeia* apresentados no INPI — lembre-se que, relativamente a Portugal, a CPE está em vigor desde 1/01/1992, por mor do Decreto-Lei n.º 42/92, de 31 de março[42].

Com o advento da reforma, ocorrida em 2008, do CPI de 2003, aquele Decreto-Lei continuou a ser referido na Lei, no seu artigo no seu artigo 76.º, n.º 3, mas também *apenas para os pedidos de patente europeia*[43] e sem qualquer norma legal habilitante de articulação procedimental entre

[40] O qual, por sua vez, substituíra o Decreto n.º 2.452, de 17 de junho de 1916, na sequência da participação de Portugal na Grande Guerra (1914-1918).

[41] Esta norma somente dispunha o seguinte: "Aos pedidos de patente a que se refere o número anterior aplica-se o disposto no Decreto-Lei n.° 42 201, de 2 de Abril de 1959".

[42] O n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 42/92, de 31 de março, que estabeleceu regras de aplicação, em Portugal, da Convenção de Munique sobre a Patente Europeia (a CPE), mandava aplicar aos *pedidos de patente europeia* para requerentes com domicílio ou sede em Portugal, relativamente a invenções suscetíveis de serem classificadas como secretas, o disposto no referido Decreto-Lei n.º 42.201, de 2 de abril de 1959.

[43] O conteúdo da norma contida no artigo 76.º, n.º 3, do CPI de 2008 é igual ao do artigo 72.º, n.º 3, do CPI de 1995, referido na nota anterior.

o INPI e o Ministério da Defesa, tal como já ocorria no CPI de 1995, no seu artigo 72.º, n.º 3.

Vale isto por dizer que, não obstante a participação de Portugal na Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), subsiste, desde 1995 (portanto, há cerca de 29 anos), uma *lacuna de regulamentação* dos pedidos de patente portuguesa respeitante à necessidade de manter em segredo certas invenções que possam interessar à defesa nacional, à de país aliado de Portugal ou à de grupo ou aliança de países de que Portugal faça parte, sobretudo as que respeitam a patentes nacionais, bem como dos pedidos de patente europeia (e via PCT), quanto aos mecanismos de coordenação procedimental entre o INPI e o Ministério da Defesa.

t. Perante os compromissos que Portugal assumiu no seio da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), a colmatação desta lacuna legiferante tornou-se, ainda, mais premente em razão:

(a) da invasão, em fevereiro de 2022, da Federação Russa aos territórios internacionalmente reconhecidos da Ucrânia — guerra que ainda está em curso[44];

(b) do aumento das hostilidades no mar do Sul da China, envolvendo vários Estados, e por motivo

(c) da desestabilização dos regimes políticos em África (na enorme região do Sahel) e das populações que aí habitam; e, sobretudo

(d) assiste-se ao aumento do atrito bélico entre a República Popular da China e Taiwan, gerado pelas intenções da primeira na reunificação jurídico-política.

Todos estes conflitos bélicos e terroristas tem suscitado a intervenção, direta ou indireta, da OTAN.

À imagem do que ocorre nos direitos estrangeiros mais relevantes para a construção do regime jurídico português em matéria de patentes secretas, as orientações legiferantes propostas deverão aplicar-se aos *modelos de utilidade* e aos direitos relativos a *topografias de produtos semicondutores*, direitos subjetivos privados, estes, igualmente consubstanciadores de criações industriais com interesse para a de defesa nacional. Outrossim,

[44] Duncan MATTHEWS / Hanna OSTAPENKO, "The War in Ukraine Raises Questions About Patents for Secret Inventions", *GRUR Int.* (2023) 665 ss.

como atrás salientámos, deverá ser previsto um específico tipo de ilícito contraordenacional e/ou criminal.

RESUMO: Em determinadas circunstâncias, as informações sobre patentes devem ser impedidas de serem disponibilizadas ao público por razões de segurança nacional. Isto porque o quadro jurídico do direito das patentes é avesso ao sigilo e antitético ao segredo. O sistema de patentes não só exige que os inventores divulguem publicamente as suas invenções para obterem uma patente, em vez de as manterem em segredo, como também exige que as invenções sejam divulgadas publicamente para que possam ser registadas. No entanto, as exigências da defesa nacional e os compromissos internacionais assumidos pela República Portuguesa (em particular, como membro da NATO) exigiram a introdução das chamadas patentes secretas, um sistema que foi estabelecido no antigo Decreto-Lei n.º 42.201, de 2 de abril de 1959, e que agora é apenas parcialmente cumprido para os pedidos de patentes europeias ou através do PCT. O conflito armado na Ucrânia e as tensões no sudoeste da Ásia exigem a atualização das regras relativas às invenções de interesse para a defesa nacional. O objetivo deste estudo é precisamente analisar este problema e propor um novo quadro jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: *direitos de patente; invenções secretas; segurança nacional;* OTAN*; guerra na Ucrânia*

Inventions of Interest to National Defence:
Contribution to the Creation of a New Legal Framework in Portugal

ABSTRACT: Patent information must, in certain circumstances, be prevented from being made available to the public for reasons of national security. This is because the legal framework of patent law is secret-averse and antithetical to secrecy. Not only does the patent system require inventors to publicly disclose their inventions to patent rather than keep inventions as secret in order to receive a patent. However, the requirements of national defence and the international commitments entered into by the Portuguese Republic (in particular, being a member of NATO) have called for the introduction of the so-called secret patents, a system that was laid down in the old Decree-Law 42.201 of 2 April 1959 and which is now only partially complied with for European patent applications or via PCT. The armed conflict in Ukraine and tensions in south-west Asia call for the rules on inventions of interest to national defence to be updated. The aim of this study is precisely to analyse this problem and propose a new legal framework.

KEYWORDS: *patent rights; secret inventions; national security;* NATO*; war in Ukraine*

CAMÕES E A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO [*]

Mafalda Miranda Barbosa [**]

I. Introdução

O direito, enquanto ordem regulativa que se funda numa concreta axiologia, atinge o homem intensiva e extensivamente[1], razão pela qual se torna natural que, quando mergulhamos em textos que nos fazem confrontar com o que de mais radicalmente humano há em cada um de nós, possamos ser confrontados com questões jurídicas que, não sendo enunciadas — e muito menos resolvidas –, vão pressupostas no enunciado linguístico. É assim com Camões e a sua obra. Poeta do Amor e da Pátria, são várias os temas por si abordados com relevância jurídica: questões relacionadas com o poder, a autoridade e a soberania, questões relativas à relação entre diferentes povos e culturas, questões de diplomacia e atinentes a tratados internacionais, questões como a honra, a lealdade e a traição, reflexões sobre a natureza humana e as suas implicações éticas.

Não pretendo, porém, analisar cada uma delas, ainda que pela ótica camoniana. Proponho um exercício diferente, mais difícil por certo e tal-

[*] O texto que agora se publica resulta de um estudo elaborado no âmbito da Academia das Ciências de Lisboa.

[**] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito / University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ORCID: 0000-0003-0578-4249.

[1] Castanheira Neves, *Textos de Introdução do Estudo do Direito*, Coimbra, 1976, policopiado, 11 s.

vez "superior ao que promete [não] a força humana", mas a força de quem o tenta levar por diante. Ainda assim, "se a tanto me ajudar o engenho e arte", sobretudo o engenho e arte daqueles que fui, ao longo dos anos, colecionando como mestres e dos quais fui bebendo ensinamentos, atrevo-me a tentar refletir sobre os fundamentos do direito à luz da poesia camoniana.

Como o poeta, invoco a preciosa ajuda não das ninfas do Tejo, mas do Espírito. Não para ter um estilo grandíloquo e corrente que evidencie um grau de inspiração superior ao de Hipocrene, mas para conseguir tornar percetível um problema que a todos nos deve inquietar: sujeitando-nos constantemente a regras impostas pelo legislador, onde podemos encontrar o fundamento que as legitime e, assim, acautelar-nos contra qualquer forma de tirania?

O problema não é novo; e, descontado o período positivista, descrente em tudo o que não redundasse num texto, constitutivo ou declarativo do direito, cético em relação à busca de uma *ratio iuris* para a sua imposição, esteve sempre presente ao longo da história do pensamento jurídico filosoficamente comprometido.

Camões, não sendo jurista e não se dedicando a temas jurídicos, conseguiu antevê-lo. «Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades/Muda-se o ser, muda-se a confiança/Todo o mundo é composto de mudança/Tomando sempre novas qualidades». Também o direito muda; às vezes, radicalmente, com as ruturas revolucionárias; outras vezes paulatinamente, acompanhando, como produto cultural que é, as mudanças da sociedade. Simplesmente, embora sempre sujeito à temporalidade, devemos recusar a ideia de que a juridicidade é comandada e determinada pela realidade do ser, ao ponto de acolher a degradação do ser humano e de abrigar no seu seio condutas desvaliosas, como aquelas que Camões denuncia, em *Os Lusíadas*, prenunciando, na dimensão antiépica da obra, a própria decadência da Pátria. Há, na verdade, uma dimensão ética que, podendo conhecer projeções variadas, consoante o contexto sócio-cultural em que nos inserimos, não pode deixar de ser convocada para que o direito não perca o seu sentido e intencionalidade. Camões, sem qualquer preocupação jurídica, antecipa-o, porque "afora este mudar-se cada dia/outra mudança faz de mor espanto: que não se muda já como soía".

O ponto parece conduzir-nos à ideia de imutabilidade de uma lei natural, mas o certo é que «continuamente vemos novidades/diferentes em tudo na esperança». O fundamento do direito, desconsiderado pelos positivistas, como já o havia sido noutras épocas por epicuristas, para quem, na procura da felicidade, único fim da vida, todo o direito é produto de uma convenção, não havendo nada na natureza que se possa considerar justo em si mesmo, e por céticos, também estes defensores da ideia de que o único direito existente é o direito positivo, o que se poderia notar pela diversidade de sistemas jurídicos existentes e pela constante transformação do direito na vida de um povo[2], não foi sempre compreendido do mesmo modo.

De facto, o modo como se concebe o fundamento da juridicidade tem mudado ao longo dos tempos, dependendo do modo como o homem se compreende a si mesmo, em relação aos outros, ao mundo e a Deus. É exatamente por isso que Camões pode assumir um papel crucial a este nível. Não porque reflita sobre o direito, mas porque, ao anunciar, por meio do canto glorioso dos portugueses, o homem novo, acaba por, como poeta do seu tempo — o renascimento —, contribuir para a evolução subsequente do pensamento jurídico[3].

II. Uma breve panorâmica acerca do direito natural

Até ao século XIX, afirmou-se a existência de uma ordem normativa de essência superior onde o direito positivo se fundamentava. Contudo,

[2] Cabral Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 21 s.; Mafalda Miranda Barbosa, *Liberdade vs. Responsabilidade: A precaução como fundamento da imputação delitual?*, Coimbra: Almedina, 2006, 101 s.; Id., *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013, 146 s.; Id., *Litigiosidade jurídico-religiosa: a possibilidade de tutela jurídica do sentimento religioso*, Princípia, 2015, 1.ª parte; Id., *A dignidade da pessoa*, Gestlegal, 2024.

[3] Episódios centrais na obra épica camoniana, como o episódio de Inês de Castro, acabam por levar também pressuposto um sentido da juridicidade, embora aí compreendido sobretudo como um problema de legitimação do poder. Se inequivocamente o poder do Rei era recebido a partir de Deus, os autores têm vincado que essa delegação não era imediata, antes resultado de uma transferência do poder para o povo e deste para

a resposta que ao longo dos tempos foi sendo dada à questão de saber o que é o direito natural não foi unívoca, avultando, consequentemente, diversas formas de jusnaturalismo[4].

Com os pré-socráticos, o direito do Estado era visto como um direito natural, porque a natureza das leis do estado foi considerada idêntica à das leis do cosmos, e o direito natural era identificado com o que imperava no cosmos, regido por uma lei que garantisse a sua harmonia. A esta imutabilidade contrapor-se-ia o relativismo dos sofistas, aqueles que, segundo Cabral Moncada[5], podem ser considerados os primeiros positivistas do direito, na medida em que, distinguindo as leis humanas, mutáveis, das leis da natureza, afirmavam que as primeiras eram estatuídas pela vontade humana, sem qualquer objetividade e universalidade, e com um caráter relativo, da mesma forma que era relativa a verdade, enquanto criação humana. Continuavam a referir-se ao direito natural, mas este não serviria para fundamentar o direito positivo, antes para explicar que aquele não tem uma natureza racional e divina[6].

---

o Rei — *a Deo per populum*. A atuação do rei é vista de acordo com uma lógica de submissão à lei divina. A justiça é "simultaneamente instituída enquanto princípio e efeito do ofício de Rei, na medida em que tendo como função manter a equanimidade no Reino, que o Monarca herdou por divina providência, dando a cada um o que lhe pertence, o seu justo obrar não é mais que a mimetização da justiça divina, à qual o Soberano se deve conformar e submeter. Só a absoluta submissão à vontade divina torna possível uma reta governação. Deste modo, o Rei, mais que criador de uma ordem em função da qual se mantenha a coesão e harmonia do corpo social, é meramente um revelador de um regimento pré-existente, cujos contornos deve desvelar" — cf. Jorge Manuel de Matos Pina Martins PRATA, *Poder e Justiça no Reinado de D. Afonso IV*, Coimbra, 2013, 66 s. Significa isto que a razão de estado que se invoca, amiúde, para explicar a atuação de D. Afonso IV em face de D. Inês de Castro anda longe daquela que viria ser a tematização posterior da raison d'etat. Veja-se, igualmente, Martim de ALBUQUERQUE, *O Poder Político no Renascimento Português*, Lisboa, s.d., 15 s., Paulo MERÊA, *Sobre a Origem do Poder Civil. Estudos sobre o pensamento político e jurídico dos séculos XVI e XVII*, Tenacitas, 2003. Deste episódio, contudo, não se colhe o contributo camoniano para a fundamentação do direito, antes se evidenciando aquela que era a conceção de justiça e de poder no período medieval.

[4] Sobre a impossibilidade de ver o jusnaturalismo moderno como um movimento uniforme, cf., para mais desenvolvimentos, Castanheira NEVES, *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, 528 s.

[5] Cabral MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado,* I, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 14.

[6] Cf. Reis MARQUES, *Grandes Linhas de Evolução do Pensamento e da Filosofia Jurídicas*, Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da Universidade Internacional da Fi-

Rapidamente a referência à verdade como algo que está acima dos homens foi recuperada com Sócrates. Através da razão chegar-se-ia aos elementos essenciais da realidade, entre os quais surge o Estado, pelo que o homem deve obedecer às suas leis, ainda que injustas. Afirma-se uma identidade entre bem e verdade, entre direito e moral. A justiça e a legalidade tendem a coincidir, afirmando-se uma axiologia superior que se impõe ao direito positivo e que é inteligível através da razão humana. O direito passa a ser um problema do justo, entendido por Platão como o princípio de equilíbrio entre as restantes virtudes (sabedoria, coragem, domínio dos sentidos) e por Aristóteles como uma ideia de igualdade (pelo que a justiça surge subdividida em distributiva e sinalagmática, que por sua vez pode ser comutativa ou judiciária). Para Platão, todo o conhecimento empírico é relativo e imperfeito, sendo as ideias os únicos critérios válidos para julgar as coisas sensíveis. Para se julgar se uma coisa é justa temos de recorrer à própria ideia de justo. É através desta que devem ser aferidas as leis da *polis*, enaltecidas porque se entende que o homem só pode atingir a perfeição dentro da própria *polis*. Aristóteles, por seu turno, afasta-se do idealismo puro de Platão, afirmando uma teoria imanentista das ideias. À ideia de Platão substitui-se a noção de forma, que, conjuntamente com a matéria, constitui o ser. O direito positivo passa a explicitar o direito natural, que é justo por natureza, mas já não se caracteriza por uma imutabilidade absoluta, embora esteja também longe da mutabilidade do direito positivo. Aristóteles distingue ainda a lei particular (correspondente às leis particulares de cada comunidade) da lei comum (aplicável a todo o povo). No fundo, parece que podemos ver aqui uma antevisão da dicotomia romanista entre o *ius civile* e o *ius gentium*, facto em si nada estranho, dado que os jurisconsultos romanos foram profundamente influenciados pela filosofia helénica. Note-se que alguns jurisconsultos romanos falam ainda, em íntima conexão com o *ius gentium*, no *ius naturale*[7].

gueira da Foz, s/d, 221. Aí o autor explica que, para os sofistas, a lei é uma criação dos mais fortes, que a impõe aos mais fracos, ou que é uma criação destes para manietarem o direito dos mais fortes, o único fundado na natureza. De acordo com os sofistas a pretensa igualdade que a lei impõe é uma construção anti-natural, na medida em que a regra na natureza é a desigualdade.

[7] Para mais desenvolvimentos, cf. Reis Marques, *Grandes linhas,* 225 s. Cf. Gaio.

Com os estóicos, o direito positivo distingue-se claramente de um outro eterno, imutável, universalmente obrigatório, que aquele não pode ab-rogar, o chamado direito natural, que derivava do *logos*. A referência ao direito natural desaparecerá com os epicuristas, para quem, na procura da felicidade, único fim da vida, todo o direito é produto de uma convenção, não havendo nada na natureza que se possa considerar justo em si mesmo; e com os céticos, também estes defensores da ideia de que o único direito existente é o direito positivo, o que se poderia notar pela diversidade de sistemas jurídicos existentes e pela constante transformação do direito na vida de um povo.

A História da Filosofia Grega é riquíssima e através dela conseguimos quase antecipar a futura evolução do pensamento filosófico-jurídico. Como nos diz Cabral Moncada[8], "a história da filosofia grega dá-nos um rápido esboço, como que em miniatura, uma amostragem antecipada de toda a evolução do direito filosófico europeu, nas suas alternativas, com os mesmos sincronismos e o mesmo ritmo de sucessão de sistema. Dá-nos uma espécie de paradigma único de evolução do pensamento filosófico de todos os tempos, talvez como Roma nos dá um paradigma semelhante no que se refere à evolução jurídica e política dos povos da Europa". Aí, encontramos diversificadas posições acerca do direito natural, que vão desde a sua afirmação com uma base cosmológica, antropológica-racional, até à sua negação.

Durante o período medieval, e sob influência do Cristianismo, o direito passa a ser visto como uma manifestação de uma lei natural e da vontade de Deus. Com Santo Agostinho, o princípio de justiça reside na vontade de Deus e o verdadeiro direito é o direito divino. A *lei eterna* é a "razão ou vontade de Deus", mas não está ao alcance do homem, só sendo captável o seu sentido através da *lei natural*, escrita no coração de cada homem ("é a transcrição feita na mente do homem dessa mesma lei

D.1,1,1,2. Também Ulpiano falava do direito natural, entendendo que ele é mais restrito que o *ius gentium*.

[8] Cabral Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado, I*, 21 s. Cf., igualmente, Mafalda Miranda Barbosa, *Liberdade vs. Responsabilidade: A precaução como fundamento da imputação delitual?*, Coimbra: Almedina, 2006, 101 s.; Id., *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013, 146 s.; Id., *Litigiosidade jurídico-religiosa: a possibilidade de tutela jurídica do sentimento religioso*, Princípia, 2015, 1ª parte.

eterna"). A *lei positiva*, mutável, deve encontrar o seu fundamento na lei eterna, através da lei natural. Com São Tomás de Aquino, embora o direito natural continue a ter o seu fundamento em Deus, Este passa a ser visto essencialmente como um Ser de natureza intelectual. Ou seja, em vez de ser o bem aquilo que Deus quer só porque quer, afirma-se que Deus não pode deixar de querer o bem só porque Este já é o Bem. A inteligência divina emana uma *lex aeterna* (princípio ordenador do mundo) e uma *lex naturalis*, diretamente cognoscível pela razão humana, traduzindo-se na participação da criatura racional na lei eterna. De acordo com Reis Marques[9], "se existe um finalismo no cumprimento da *lex aeterna* por parte dos seres não humanos, no caso do homem existe *participatio"*. A lei natural, assim concebida, desdobra-se em lei moral e lei jurídica, mais restrita, abrangendo apenas uma parte das relações entre os homens na vida em sociedade. Dentro da lei natural, podíamos distinguir o direito natural (composto por todos aqueles conteúdos que não poderiam deixar de ser comunicados porque decorrentes da lei moral e natural) e o direito positivo (imperativos fixados pelo Estado, quer para a concretização de alguns dos preceitos do direito natural, quer para regular outros aspetos da vida sobre os quais o direito natural nada diz)[10]. Qualquer que fosse o entendimento, voluntarístico ou intelectualístico, que se tivesse do direito natural, era a partir dele que se desenvolviam todos os sistemas de direito.

Com o Renascimento, este estado de coisas alterar-se-ia. Já não se principia a análise pelo direito natural, mas sim pelo Estado, procurando, depois, construir-se um novo direito natural, cuja ideia central já não seria Deus, mas o próprio homem. Começaria assim a evolução que desembocaria na construção de um novo direito natural, próprio da Idade Moderna.

O fim da escolástica estaria, contudo, ligado a Guilherme de Occam e da sua renovação do nominalismo, segundo o qual só existe o individual e não o geral. Com o nominalismo, as ideias não existem *ante rem,* nem *in rem*, isto é, não são transcendentes, nem são imanentes às coisas; antes são criadas pelo espírito humano a partir da concentração de ca-

[9] Reis Marques, *Grandes linhas,* 230.

[10] Para mais desenvolvimentos, cf. Cabral Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado,* I, 80 s.

racterísticas comuns que são os conceitos[11], de tal modo que a natureza das coisas deixa de ser substancial, ontológica, metafísica e teleológica, deixando de existir um direito natural objetivo dominante, porque é a vontade de Deus revelada nas Escrituras pela fé que constitui o dever-ser vinculante. Nessa medida, a lei positiva pode ser compatível com a lei de Deus de muitos modos, bastando-lhe não ser incompatível[12]. O nominalismo deísta opunha-se, desta forma, ao realismo de pendor aristotélico e tomista, racional, que encontrava na natureza das coisas o critério do justo e do injusto. Consoante explica Kaufmann[13], "segundo este nominalismo, não pode haver uma lei natural geral realmente existente (…). Só resta espaço para uma doutrina de direito natural subjetivista, idealista, que não toma o direito natural como algo dado ou sequer preestabelecido, encarando-o pura e simplesmente como um produto da teoria", pelo que "é evidente que um tal direito natural está inapelavelmente colocado num plano inferior ao do direito positivo, legislado e não tem hipótese de se lhe impor — por exemplo, face a uma lex corrupta. O nominalismo foi sempre um precursor e companheiro do positivismo, a doutrina da soberania exclusiva das leis positivas".

O protestantismo acabaria por ser, também, determinante a este nível. Lutero considera que existe uma lei natural que está gravada na natureza humana, que permite distinguir entre o bem e o mal. Contudo, o pai do protestantismo acaba por afirmar que o diabo obscurece de tal forma os corações que os mandamentos não se conseguem reconhecer, por a natureza humana estar totalmente pervertida pelo pecado original. Por isso, o homem não é capaz de, pelas suas próprias forças, reconhecer o que está correto, o que quer dizer que não existe nada a mediar a lei divina e a lei humana, a não ser a graça misericordiosa de Deus, donde se extingue a lei natural[14]. Voltando ao verbo de Kaufmann, "em Lutero e nos seus seguidores, o direito secular perdeu o seu caráter sagrado, que tinha, na patrística e na escolástica, pela sua participação na

[11] Pais de Vasconcelos, "Teoria Geral do Direito Civil — relatório", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000, 26 s.

[12] Pais de Vasconcelos, "Teoria Geral do Direito Civil — relatório", 26 s.

[13] Kaufmann, "A problemática da filosofia do direito ao longo da história", *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Lisboa: FCG, 2002, 81.

[14] Cf. Kaufmann, "A problemática da filosofia do direito ao longo da história", 82

lex aeterna. Agora é realmente direito secular"[15], com a consequência de se perder a possibilidade de criticar a lei positiva[16].

A neo-escolástica peninsular ou segunda escolástica, ligada ao florescimento do tomismo e procurando reagir contra a Reforma Protestante, parte de uma conceção teocêntrica do direito natural, afirmando a sua origem divina, ao arrepio do que parecia ser a tendência que desembocaria no jusracionalismo. No entanto, como salienta Reis Marques, "a estrutura racionalista do direito natural fica robustecida com estes últimos escolásticos (...) na construção de Suarez, as suas últimas conclusões são extraídas dos primeiros princípios. Estamos perante um sistema". Se a lei natural resulta da vontade divina de impor uma obrigação, a lei humana emana de um poder exterior, e o autor parece já conceber o direito como um conjunto de leis, afastando-nos da doutrina clássica do direito natural[17].

O jusnaturalismo haveria de, no fim de um processo mais ou menos longo, culminar no jusracionalismo. Com este retorna-se à dicotomia clássica entre direito positivo e direito natural, em oposição à tricotomia medieval cristã, assente na distinção entre *ius positivum*, *ius naturale humanum* e *ius divinum*, renovada mais tarde pela Igreja Católica. De acordo com o que nos diz Reis Marques[18], "a transcendência é substituída pela imanência das leis, a lei eterna dá lugar à lei racional (Grócio, Leibniz) e a vontade divina é superada pela vontade do Estado (Rousseau e Hobbes)". Todo o direito natural é agora deduzido da reta razão do homem, assumindo uma feição puramente racional[19].

O homem deixa de se entender como um ser criado à imagem e semelhança de Deus, para passar a entender-se a si mesmo como um ser

[15] Kaufmann, "A problemática da filosofia do direito ao longo da história", 82

[16] Kaufmann, "A problemática da filosofia do direito ao longo da história", 82.

[17] Reis Marques, *Grandes linhas*, 233. Para uma comparação entre o pensamento político de Suarez e o de Hobbes, quer a propósito da noção de estado de natureza, quer a propósito das teorias contratualistas, veja-se Diogo Freitas do Amaral, "Francisco Suarez e Thomas Hobbes — uma comparação instrutiva", *Estado e Direito*, *Revista semestral luso-espanhola de direito público* 13 (1994) 7-27.

[18] Reis Marques, *Grandes linhas,* 235.

[19] Exceção a esta tendência é Domat, que procura deduzir um sistema de direito natural a partir da teologia católica. Cf. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1756.

natural. O avanço nas ciências da natureza faz com que o homem tenha a pretensão de estender os grandes sistemas do mundo físico à sociedade, procurando compreendê-la e regê-la através de leis dotadas da imutabilidade própria das deduções matemáticas. Assim se criam os grandes sistemas, fechados, de direito natural[20].

III. Camões, o homem novo e sua capacidade superadora

Se na base da recompreensão do direito natural na viragem para a Idade Moderna encontramos uma nova conceção de homem, Camões foi pródigo em, através da sua genialidade, apresenta-la, sob a capa do povo heroico português.

Na sua obra *Os Lusíadas*, Camões, homem da renascença, reflete poeticamente sobre os princípios que regem a existência[21] e profere um ato de fé relativamente às capacidades humanas. Para celebrar os portugueses e Portugal enquanto nação, desenvolve uma história de Portugal sob a forma de epopeia, selecionando os episódios e as figuras que melhor fazem avultar o carater exemplar da História. Mas, ao fazê-lo, louva o homem em geral, a sua capacidade de realização, de superação dos obstáculos, de se impor à natureza adversa, de se transcender relativamente à ordem instituída[22], evidenciando as marcas humanistas do poeta: o abandono dos padrões medievais e da emancipação do homem que toma consciência da sua capacidade de transformação do mundo. A

[20] Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, 288, alerta-nos para o facto de nem sempre se compreender esta origem do jusracionalismo. Diz-nos o autor que "esta génese é, decerto, abafada e muito obscurecida pelas ligações constantes do jusracionalismo moderno ao jusnaturalismo greco-helénico e à tradição da teologia moral, da metafísica do direito e da filosofia social da Idade Média; depois pelo seu envolvimento nas lutas políticas e confessionais da época; finalmente, também pelo facto de o método matemático-sistemático típico não ter chegado a ser criado pelos pensadores que são considerados fundadores do jusracionalismo (Grócio e Althussius), mas apenas pela geração seguinte de Hobbes, Espinosa e Pufendorf".

[21] Cf. Maria Vitalina Leal de Matos, *Tópicos para uma leitura de Os Lusíadas*, Almedina, 2014.

[22] Maria Vitalina Leal de Matos, *Tópicos para uma leitura de Os Lusíadas*, 26 s.

gesta dos navegadores portugueses surge como concretização do otimismo renascentista, e os portugueses funcionam como o arquétipo do homem que ultrapassa a "condição de bichos da Terra tão pequenos".

Quando os deuses se reúnem em consílio no Olimpo, já a armada portuguesa navegava no "largo oceano", e Júpiter, no seu discurso (est. 24-29), apresenta aos deuses as razões pelas quais os portugueses devem ser protegidos na «Costa Americana como amigos», de forma a recuperarem energias para poderem prosseguir a sua «longa rota», é sublinhado «o grande valor da forte gente de Luso», já demonstrado nos triunfos contra os sarracenos, contra os castelhanos e os romanos, na medida em que, em face da desproporção de forças entre os contendentes, só a valentia do povo e a ajuda divina poderiam suplantar o inimigo; a coragem de navegar por mares desconhecidos; e é sublinhada a determinação dos fados, fazendo com que os seus feitos levem ao esquecimento da gesta dos Assírios, Persas, Gregos e Romanos. Também Vénus (est. 33-34), depois da contra-argumentação de Baco (est. 30-32), que temia perder o domínio do oriente e receava que as suas façanhas na Índia, ainda não cantadas, fossem esquecidas se os fortes portugueses lá chegassem (contribuindo assim para a exaltação do povo luso), vinca a bravura e valentia dos portugueses, demonstrada no norte de África; e o mesmo faz, muito por causa do amor antigo que o ligava a Vénus, Marte (est. 36-37) que, pretendendo que Júpiter dê cumprimento à sua decisão de ajudar os portugueses, ordena a Mercúrio (est. 38-40) que lhes indique a terra onde podem encontrar informações sobre a Índia, de modo a restabelecerem a viagem.

O lema renascentista da crença nas capacidades superadoras do homem está inequivocamente presente. Longe de se submeterem a uma determinação fatalista dos deuses, os portugueses conseguiram, não por palavras, mas por atos reveladores da sua bravura, da sua coragem, da sua capacidade de luta, convencê-los da necessidade de os ajudar, elevando-se, eles próprios, ao plano divino. Por isso, como prémio da valentia e pelo feito grandioso de terem chegado à Índia, aportam na Ilha dos Amores, onde Vasco da Gama, por ter vencido o Adamastor, tem por companheira Tétis, e onde todos os navegadores participam num banquete com as ninfas.

No plano da história real, a travessia do Cabo das Tormentas e a vitória sobre o Adamastor evidenciam, igualmente, a determinação, a coragem, o espírito de sacrifício e a capacidade superadora do homem, identificado, por antonomásia, para estes efeitos com os nautas portugueses. O gigante que amedrontava os portugueses e lhes lança maldições, anunciando desastres e naufrágios, acabou vencido com o dobrar do cabo por essa "gente ousada", incansável e superior a outros povos. Em *Os Lusíadas,* confluem, de forma simbiótica, o louvor patriota pelos feitos desta "gente" superior e a glorificação, em abstrato, da capacidade superadora do homem, que deixa de estar agrilhoado às forças da natureza. No fundo, os portugueses surgem como arquétipo do homem que é capaz de grandes feitos, ao, «Por mares nunca de antes navegados», terem passado «ainda além da Taprobana,/Em perigos e guerras esforçados».

Em rigor, toda a obra é perpassada por um sentido de bipolaridade: o espírito épico da narração da viagem é contraposto ao espírito antiépico das reflexões do poeta e do discurso do Velho do Restelo; o elogio a um povo específico, que se eleva, conseguindo «mais do que prometia a força humana», é articulado com o sentido universal de glorificação do homem; o sentido profano da mitologia grega que se invoca como expediente discursivo-literário para intensificar o engrandecimento dos portugueses, sinalizando que, pela sua coragem, se foram «da lei da morte libertando», é, afinal, conjugado com um apelo cristão ao Deus da vida, a quem Vasco da Gama constantemente clama, o que significa que, em *Os Lusíadas*, não somos confrontados com um deísmo que isola o homem, a sua razão e as suas potencialidades, limitando-se a pressupor uma inteligência superior à qual aquele pode ter acesso através da racionalidade, do livre pensamento e da experiência, mas com o sentido cristão da fé, alicerçadora do poeta, da nação e da grande gesta dos portugueses[23].

Aliás, é o próprio poeta quem, no canto X, tem necessidade de esclarecer, pela voz de Tétis, que ela, Saturno e Jano, Júpiter e Juno são

[23] Hélio J. S. Alves, "O maravilhoso n'Os Lusíadas", *Dicionário de Luís de Camões*, Caminho, 2011, 559 s., dando conta das múltiplas críticas que, ao longo dos tempos, foram dirigidas em relação ao maravilhoso em Os Lusíadas. Nomes como Voltaire (*O Ensaio sobre a poesia épica*, 1733), Hugh Blair (*Lectures on Rethoric and Belles Lettres*, 1783), Almeida Garrett (*Viagens na Minha Terra*) estão entre os maiores críticos.

Cf., igualmente, Maria Vitalina Leal de Matos, *Tópicos para a Leitura de Os Lusía-*

«fabulosos/fingidos de mortal e cego engano», servindo apenas para «fazer versos deleitosos»[24]. Ou seja, apesar de a intervenção do maravilhoso pagão dar dinamismo à obra, o poeta, como cristão, não poderia deixar de atribuir a criação do mundo a Deus. Na viagem de regresso à Pátria, somos, por isso, confrontados com uma reflexão sobre a importância da fé dos portugueses — «Sabia bem que, se com fé formada/ Mandar a um monte surdo que se mova,/Que obedecerá logo à voz sagrada,/Que assi lho insinou Cristo, e ele o prova» - e com o episódio de São Tomé, apóstolo de Cristo, que, pregando a Sua palavra até ao oriente, onde fez milagres, foi martirizado[25]. Há, portanto, uma claríssima ligação entre as descobertas portuguesas, pelas quais o bicho da terra se elevou, evidenciando-se como um ser capaz de se autodeterminar acima das forças da natureza, e a fé impulsionadora no desígnio e protetora na epopeia, o que terá levado Frei Bartolomeu Ferreira, censor de *Os Lusíadas*, a não encontrar nada de contrário à fé na obra, e, por isso, a autorizar a sua publicação, que ocorreu em 1572[26].

O homem glorificado, esse homem do renascimento que se vai valorizando pela heroicidade, pela valentia, pela bravura, e com isso se vai

---

das, Lisboa: Verbo, 2003, 95, assinalando a incongruência de combinar a fé cristã e a mitologia pagã.

[24] Hélio J. S. Alves, "O maravilhoso n'Os Lusíadas", 560, considerando a incongruência da combinação entre a mitologia pagã e a teologia cristã e sustentando que ela se afirma sob a forma de dilema, "pois a lógica não permite ao mesmo tempo o ser e não-ser".

Veja-se, ainda, António José Saraiva, *Estudos sobre a arte d'Os Lusíadas*, Lisboa: Gradiva, 1992, 39 s., considerando que os verdadeiros deuses são os mitológicos, sendo as figuras do cristianismo meras imagens fabricadas pelos deuses, dentro da máquina do poema. Em sentido crítico, contestando o posicionamento e sustentando a incongruência ao nível do maravilhoso em Os Lusíadas, cf. novamente Hélio J. S. Alves, "O maravilhoso n'Os Lusíadas", 560, pela verificação da "disparidade da articulação significante do maravilhoso", surgindo os deuses como realidades, como alegorias, ou simplesmente não surgindo "exceto num fluir temporal que denega a redoma perfeita, segundo Saraiva, pelo resto do poema forma".

[25] Veja-se, ainda, no canto II, a aparição de Baco e o verso «o falso Deus adora o verdadeiro», que muitos interpretaram no sentido de que Baco, deus falso, adora Cristo, Deus verdadeiro.

[26] Não obstante, "o maravilhoso é a matéria relativamente à qual o poema épico de Camões historicamente mais desmereceu", como esclarece Hélio J. S. Alves, "O

libertando da lei da morte, que se compreende a si mesmo desprendido das leis da natureza, e, por isso, assume o papel de sujeito da História e é colocado no centro do universo, avulta com clareza em *Os Lusíadas* e estará na base da evolução que a conceção do direito natural conhece a partir deste período histórico. É neste homem, antropocentricamente compreendido, que se vai alicerçar o novo direito natural, que se afasta de Deus. Camões, como homem da cultura, contribuiu para a sedimentação de uma mundividência que haveria de se intensificar no período subsequente.

IV. A evolução subsequente do direito natural

Com o Renascimento, alterou-se sobremaneira a compreensão do mundo, que deixa de ser suportada por uma visão teocêntrica e pelas premissas aristotélicas da causalidade final, dando lugar a uma visão matematicista e mecanicista. Por seu turno, no campo da razão prática, o fundamento da ação passou a ser procurado não na pressuposição teológica, mas num sujeito intelectual e racional. A emancipação da razão relativamente à revelação determina que a lei natural decorra da razão, ou porque é imposta pela própria razão ou porque deriva de um Deus racional. Afasta-se a vontade de Deus e afirma-se a sua racionalidade como fator exclusivo para aferir a validade da lei. Apesar de autores como Francisco Suárez continuarem a conceptualizar o direito natural à luz do quadro filosófico com inspiração em Aristóteles e São Tomás de Aquino, a evolução subsequente determinaria uma absolutização da razão, conduzindo-nos ao jusracionalismo.

O homem deixa de se entender como um ser criado à imagem e semelhança de Deus, para passar a entender-se a si mesmo como um ser natural. O avanço nas ciências da natureza faz com que o homem tenha a pretensão de estender os grandes sistemas do mundo físico à sociedade, procurando compreendê-la e regê-la através de leis dotadas da

maravilhoso n'Os Lusíadas", *Dicionário de Luís de Camões*, Caminho, 2011, 559 s. Acrescenta o autor que o censor dominicano alertou para os problemas religiosos que poderiam suscitar-se, no parecer que exarou na primeira edição de 1572.

imutabilidade própria das deduções matemáticas. Assim se criam os grandes sistemas, fechados, de direito natural[27].

Os autores jusracionalistas partem da análise do homem para tentarem extrair dessa análise a característica psicológica mais marcante do ser humano — instinto de sociabilidade (Grócio), egoísmo (Hobbes), instinto de conservação do homem (Pufendorf) — com base na qual vão elaborar os sistemas de direito natural, de natureza puramente racional, que se libertam progressivamente da teologia moral, regressando ao dualismo clássico entre *ius naturale* e *ius positivum*. Uma das características marcantes do jusracionalismo foi exatamente a secularização do pensamento dos seus autores ou, mais exatamente, como refere Wieacker[28], "a emancipação metodológica em relação à teologia moral e à sua promoção a uma ética social profana e autónoma"[29]. Liga-se a esta seculariza-

[27]Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, 288, alerta-nos para o facto de nem sempre se compreender esta origem do jusracionalismo. Diz-nos o autor que "esta génese é, decerto, abafada e muito obscurecida pelas ligações constantes do jusracionalismo moderno ao jusnaturalismo greco-helénico e à tradição da teologia moral, da metafísica do direito e da filosofia social da Idade Média; depois pelo seu envolvimento nas lutas políticas e confessionais da época; finalmente, também pelo facto de o método matemático-sistemático típico não ter chegado a ser criado pelos pensadores que são considerados fundadores do jusracionalismo (Grócio e Althussius), mas apenas pela geração seguinte de Hobbes, Espinosa e Pufendorf".

Pensamos, contudo, que é comumente aceite a ligação entre o surgimento do jusracionalismo e o desenvolvimento das modernas ciências da natureza. Além do mais, não temos a pretensão de explicar um fenómeno da cultura jurídica de uma forma simplista, pelo que nos parece importante considerar, embora não em primeira linha, os elementos focados por Wieacker. De facto, não nos parece indiferente para esta emancipação do homem na forma como se compreende a si mesmo quer a influência de alguns pensadores gregos, quer as lutas religiosas que se verificaram no período em que nos situamos. Qualquer quadro explicativo que se pretenda traçar padecerá sempre das insuficiências próprias dos esquemas que procuram reduzir a complexa evolução da realidade a um enunciado teórico.

Mais se refira que, para além da complexidade da génese do jusracionalismo, não podemos olvidar a própria complexidade do pensamento em causa. De facto, como já tivemos oportunidade de referir o jusracionalismo não constitui um pensamento unitário, verificando-se flutuações entre os diversos autores que nele se inscrevem.

[28] Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, 299

[29] A grande alteração na conceção do direito natural reside essencialmente no retorno à

ção do pensamento e do direito natural a própria mundividência da época, mergulhada em profundas crises religiosas. De acordo com o autor citado, trata-se de um direito natural que "nas guerras religiosas, políticas e coloniais da época teve de funcionar como a linguagem comum de uma confrontação que era também prosseguida com recurso a armas espirituais; uma linguagem na qual teístas (como os espanhóis, Althusius, Grócio e Leibniz), adeptos de religiões naturais (como Pufendorf, Thomasius e, em especial, Christian Wolff), panteístas como Espinosa e ateus como talvez Hobbes se puderam confrontar e compreender."

O jusracionalismo surge numa tentativa de criar um direito das gentes que pudesse fazer entender um mundo dividido e em guerra. Mas não se verifica um corte abrupto com o período anterior. Os primeiros jusracionalistas, como Grócio, mantinham a invocação de autoridades teológicas, à boa maneira escolástica[30].

Para ele, direito natural teria vigência mesmo se Deus não existisse e, contrariamente ao direito positivo, mesmo em períodos de guerra. O grande propósito do autor parece mesmo ser o de humanizar a guerra. Funda este direito natural em "conceitos tão certos que ninguém pode negar sem se violentar a si mesmo". Em toda a sua obra é evidente o paralelo entre a sua preocupação com o direito da guerra e o direito natural[31]. Para ele, o direito valeria independentemente de qualquer realidade

dicotomia clássica, em oposição à tricotomia medieval cristã, assente na distinção entre *ius positivum*, *ius naturale humanum* e *ius divinum*, renovada mais tarde pela Igreja Católica. De acordo com o que nos diz Reis MARQUES (*Grandes linhas,* 235), "a transcendência é substituída pela imanência das leis, a lei eterna dá lugar à lei racional (Grócio, Leibniz) e a vontade divina é superada pela vontade do Estado (Rousseau e Hobbes) ". Exceção a esta tendência é DOMAT, que procura deduzir um sistema de direito natural a partir da teologia católica– cf. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1756. Outra diferença fundamental entre o direito natural medieval e o direito natural racional é a ideia que reside na própria extensão do direito natural, dado que os jusracionalistas não se limitam a entender os princípios mais gerais daquele, chegando, pelo contrário, à construção de grandes sistemas completos e imutáveis de direito natural.

[30] Como nos diz WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno* 303, "o sistema de Althussius remonta diretamente à escolástica através de Pierre de La Ramée; e Grócio elabora os seus princípios jurídicos não através de dedução estrita a partir de axiomas, mas através da invocação das autoridades teológicas e humanísticas que tinham um carácter modelar para a ética do seu tempo."

[31] Cf., sobre o ponto, Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa, Lex, 1997.

empírica. Era esse direito natural, agora de base racional, que se edificava, transformando o autor num "laicizador de muitos conteúdos espirituais de certas soluções escolásticas"[32].

Por seu turno, Pufendorf procurou deduzir racionalmente de um único princípio todo o sistema de direito natural: o princípio da conservação do indivíduo, que se encontra no pleno desenvolvimento do seu instinto de sociabilidade. Para Pufendorf, o Estado e a soberania são entes morais. Não são criados por Deus. Ou seja, são modos de ser acrescentados às coisas pelos seres racionais, com a finalidade de estabelecer uma certa ordem e um certo decoro. E com isto, vai-se libertando progressivamente, e cada vez mais, da Igreja, tal como o direito se emancipa da ética[33-34].

Thomasius[35], por sua vez, parte de uma descrição das coisas existentes no mundo, para conseguir alcançar a singularidade do homem, integrado por vontade e intelecto. Aquela seria o verdadeiro impulsionador da ação, embora existam ações não voluntárias[36]; o segundo

---

Do autor, cf. Hugo Grotius, *De iuris belli ac pacis*, 1623 (*The Law of War and Peace in Three Books*, tradução inglesa de Francis W. Kelsey (1925) com a colaboração de Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves e Herbert F. Wright (<http://www.lonang.com/exlibris/grotius/gro-217.htm>).

[32] Cabral Moncada, *Filosofia do Direito,* I, 164. Segundo o testemunho do autor, Grócio estava ainda longe do pensamento científico-natural e matemático de Descartes. Seria Hobbes, a que nos referiremos de seguida, que desenvolveria o novo espírito matemático das ciências exatas no quadro das ciências sociais — p. 166.

[33] Cabral Moncada, *Filosofia do Direito,* I, 184. O autor considera-o, de certo modo, um pensador que já se poderia integrar no Iluminismo. São características do seu pensamento: o individualismo, o pensamento científico-natural, o regalismo anticlerical, o absolutismo jusnaturalista e antiescolástico. Com ele, "a máquina do estado é demonstrada e reduzida a um agregado de seres humanos, só movidos por instintos e paixões de puro significado individual, que, por meio de um contrato, dão depois origem à sociedade civil". O homem transforma-se "na pura forma abstrata de um indivíduo mero conceito, mero número" (p. 192-193). Mas, Cabral Moncada conclui que Pufendorf foi, afinal, "um totalitário disfarçado de individualista", sentindo-se uma "hipostasiação do social" (p. 195)

[34] Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Frankfurt e Leipzig, 1759 (tradução de Barbeyrac — *Le droit de la nature et des gens*, tome I, Basle, 1732; tome II, Basle, 1750); Id., *Les devoirs de l'homme et du citoyen*, Caen : Bibliothèque de Philosophie Politique et Juridique, 1984, tradução de Barbeyrac.

[35] Thomasius, *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, 1718

[36] Thomasius, *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, I, 1, 51 s.

identificar-se-ia com o pensamento. A articulação entre a razão e a vontade afigurar-se-ia, então, fundamental: se a natureza humana prezaria pela bondade, havia a necessidade de controlar a vontade através da razão, impedindo que o sujeito agisse contra a sua natureza, que apontava para a sociabilidade e para a busca das vantagens que a convergência entre seres humanos poderia gerar, entre as quais a paz[37]. Chega-se, portanto, à necessidade de formulação de regras que sejam capazes de manter a vida social, as quais deveriam ter a natureza de um conselho (*consilium*) ou de comando (*imperium*). Enquanto as leis humanas revestiriam esta natureza de comando, as leis divinas e naturais surgiriam sob a forma de *consilium*[38]. Se a violação das leis humanas geraria a possibilidade de aplicação de uma sanção, haveria que garantir uma necessária correspondência ao direito natural, para proscrever penas arbitrárias. Além disso, impunham-se soluções ao direito humano, como seja a proibição de lesões e a defesa do decoro. Entre o direito positivo e o direito natural surgiria o *ius gentium*, utilizado por todos os povos, cujas normas seriam deduzidas de um pacto natural, através da razão e do direito consuetudinário[39]. A norma universal que garantiria a conformidade com o direito natural e o *ius gentium* seria fazer o que permitisse uma vida longa e feliz, evitando tudo o que acelerasse a morte e gerasse infelicidade.

A tendência de secularização haveria de se fazer sentir com mais acuidade através da obra de Hobbes, outros dos autores incontornáveis nesta época. Hobbes elaborou os grandes princípios do direito segundo a ideia de que explicar é reduzir a realidade, por meio da sua análise, aos seus elementos mais simples, para depois a voltar a construir, a partir desses mesmos elementos. Pela análise dessa realidade, concluiu que os indivíduos não passam de puras unidades abstratas e que o único dado que os caracterizava era o mais insociável dos egoísmos. Por isso, sob pena de os homens se devorarem uns aos outros, tiveram de abandonar o estado de natureza, renunciando ao seu direito natural de só fazerem aquilo que lhes apetece, e fundaram o Estado. Este tem, pois, uma natureza contratual. E porque o pensamento de Hobbes é dominado pelo

[37] THOMASIUS, *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, I, 2, 44 s.
[38] THOMASIUS, *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, I, 2, 148.
[39] THOMASIUS, *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, I, 5, 162.

pessimismo em relação ao ser humano, o Estado que se concebe não pode deixar de ser um Estado absoluto, totalitário, cujo poder se deve estender a todas as formas de vida — nasce o chamado *Leviathan*[40]. Neste quadro de pensamento, o direito natural mais não é do que um ditame da razão, com a mesma natureza daquele ditame que exigiu aos homens a passagem do estado de natureza para o estado social. O direito natural é definido como "o ditame da reta razão acerca daquelas coisas que o homem deve praticar, ou abster-se de praticar, para a conservação mais duradoira possível da sua vida e dos seus membros". Ou seja, o primeiro postulado do direito natural é o dever de respeitar os nossos deveres para com os outros, porque atentar contra eles é atentar contra a nossa própria conservação. De acordo com o que nos diz Cabral Moncada[41], em Hobbes, "o único direito natural a que estão subordinados os cidadãos e o soberano é o direito de autoconservação". Daí resulta um dever de respeitar os contratos, a propriedade e a vida dos outros, bem como de evitar a dissolução do Estado[42].

V. A degenerescência do jusracionalismo e a decadência da Pátria

Com o jusracionalismo estavam lançadas as bases do positivismo legalista: quer a conceção do direito como um conjunto de normas, quer a

[40] Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651 (disponível em formato digital em <http://books.google.pt/books?id=-Q4nPYeps6MC&printsec=frontcover&dq=Thomas+Hobbes+Leviathan&hl=pt-BR&ei=0ZqpTqHWNOBQ4QS06_XrDw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CDIQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>.

[41] Cabral Moncada, *Filosofia do Direito,* I, 175.

[42] É curioso ver como em Hobbes, a par do direito natural de origem puramente racional, todo o direito é uma criação do Estado. Também com o positivismo o direito se vai esgotar no direito emanado pelo Estado. Mas este já não é o Estado absoluto hobbesiano, mas um Estado dividido em três poderes que são estanques entre si. Outras diferenças são visíveis por entre as semelhanças. De facto, enquanto Hobbes falava de um direito natural, os positivistas negavam a sua existência. Daqui resulta que enquanto para Hobbes o princípio norteador da atuação dos homens deve ser a procura da sua conservação, para os espíritos positivistas, arreigados ao individualismo e liberalismo da época, a principal preocupação era a da salvaguarda da liberdade individual contra o Estado. Este já não é visto como a garantia de felicidade, mas como um inimigo que deve ser limitado no seu poderio.

racionalidade subjacente a este pensamento, quer a desconsideração do caso concreto como único e infungível são características comuns a ambos os modelos de pensamento. A diferença está na pressuposição pelo jusracionalismo de um fundamento extralegal, identificado com um direito natural puramente racional, que o positivismo terá desconsiderado por completo, desinserindo o pensamento jurídico do quadro mais amplo de problematização filosófico-prática. Não erra, pois, quem se atrever, na esteira do ensinamento de quantos sobre estas matérias se debruçaram, a sustentar ter sido o jusracionalismo um dos fatores de emergência do positivismo[43]. A redução do direito a um acervo normativo e a índole fechada e completa dos sistemas edificados seriam um instrumento útil para quem, fruto de um pensamento demoliberal, quis deixar nas mãos do legislador a legitimidade de criação de todo o direito. O jurista, que já entendia o jurídico como a normatividade, desprendendo-se de toda e qualquer ordem pressuposta, afirmando como valor máximo a sua liberdade (negativa e formal), acaba por confundir o direito

A este propósito, convém, no entanto, atentar nos ensinamentos de Cabral Moncada acerca de Hobbes. É que, segundo o autor, o totalitarismo a que o pensamento hobbesiano nos conduz é, afinal, "um totalitarismo individualista, nada metafísico, nada supra-personalista". Mais concretamente, "Hobbes era um burguês e um liberal de bom tipo britânico a quem, mais que tudo, interessavam a ordem e a tranquilidade, para poder realizar os seus fins de indivíduo amante do conforto e da liberdade das suas opiniões", pelo que seria desejável que o Estado limitasse a sua ação ao mínimo.

[43] Castanheira Neves, "Escola da Exegese", *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 181 s.) afirma que "há que considerar sobretudo um pressuposto filosófico no jusracionalismo moderno-iluminista, um pressuposto político no legalismo demo-liberal e um pressuposto cultural no fenómeno jurídico da codificação pós-revolucionária. Os dois primeiros pressupostos permitem compreender o terceiro, e decerto o que mais diretamente potenciou a *école de l'exégèse*. O legalismo pós-revolucionário via o direito tão-só nas leis politicamente legitimadas num Estado de assembleia representativa e estruturado segundo um rígido princípio da separação de poderes, e o jusnaturalismo dizia-as fundadas no direito natural-racional deduzido de axiomas socialmente antropológicos, mas aquele legalismo, que tinha uma imediata origem ideológica no contratualismo iluminista, não deixou de receber do jusracionalismo não só muito do conteúdo normativo prescrito pelas suas leis, como ainda a ideia de que à normatividade jurídica correspondia essencialmente o modus de uma racionalidade sistemática e mesmo de uma racionalidade axiomaticamente sistemática." Veja-se, ainda, J. F. Pinto Bronze, *Lições de Introdução ao Direito,* 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 282.

com o direito posto pela instância politicamente legitimada para o efeito, o legislador. Direito e lei passam a ser conceitos confundíveis. E esta lei de que agora falamos não é mais a lei moderno-iluminista, com as suas características de generalidade (eram leis que se dirigiam a todos), abstração (a razão iluminista alheava-se do concreto para conseguir alcançar o bem comum, pelo que a lei iluminista procurava resolver casos típicos e não casos historicamente situados), formalidade (as leis apenas definem as condições de ação, sem se preocuparem com os interesses a realizar, que eram deixados à liberdade dos indivíduos a que se dirigiam, só assim se compreendendo, aliás, que estas normas fossem condições de liberdade de cada um) e imutabilidade (na medida em que estas leis deveriam assimilar o direito natural racional). Quase todas as características de uma seriam também as características da outra, mas a lei positivista deixa de se limitar a definir as condições de ação de cada um, passando a definir o próprio programa da ação[44]. No fundo, parece-nos ser uma a principal nota diferenciadora entre a lei jusracionalista e a lei positivista. Enquanto esta era constitutiva de direito (era o legislador quem criava indistintamente o direito), para o jusracionalismo, a lei era declarativa de direito, na medida em que ela estaria sempre aferida por um conteúdo exterior àquele que a emanava — o direito natural, ainda que meramente racional. Ademais, na busca da almejada segurança, valor fundamental para o positivismo, as suas leis passam a ter um conteúdo mais preciso que as leis jusracionalistas, que se limitavam a delimitar a esfera do permitido, dentro da qual atuaria a liberdade relativa de cada indivíduo. Já as leis positivistas, procurando cegamente garantir a neutralidade do julgador, acabariam por tentar ser minuciosas na sua previsão[45].

Não se pense, contudo, que o positivismo apenas se deixou guiar por considerações meramente políticas. É verdade que a transmutação de um postulado político num concreto esquema metódico nos permite explicar, em grande parte, as conceções positivistas do direito e da prática judicativa, mas não é menos verdadeira a ideia de uma concreta axiologia que conformava o pensamento em causa. Como valores essen-

[44] Cf. Pinto Bronze, *Lições de Introdução ao Direito,* 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 333 s., que aqui seguimos de muito perto.

[45] De acordo com Pinto Bronze, *Lições,* 336, esta alteração do conteúdo da lei resulta da "progressiva prevalência do ideário democrático sobre o do liberalismo".

ciais dos cultores desta tendência avultam a liberdade, a igualdade e a segurança. A primeira seria alcançada com a mera obediência à lei. A segunda decorreria dessa mesma obediência, na medida em que a lei se postula racionalmente universal. Por seu turno, porque as leis seriam universais, estáveis e objetivas, estaria garantida a segurança, cada um sabendo, antecipadamente, aquilo que efetivamente poderia fazer.

O positivismo mostra-se, pois, um pensamento formal. Dando a palavra a Pinto Bronze[46], a axiologia positivista é meramente formal, "e por isso mesmo, indiferente ao conteúdo das leis. Com efeito, se as leis fossem gerais, abstratas e formais, assegurariam (independentemente do seu conteúdo e da especificidade da situação judicanda) a igualdade visada. Se fossem objetivamente pré-enunciadas (e posteriormente aplicadas segundo os cânones da racionalidade axiomático-dedutiva, que então se postulava), garantiriam (também aqui sem que importasse o respetivo conteúdo, ou as singularidades do problema constitutivo do caso decidendo) a segurança prosseguida".

Não bastava, contudo, que a lei revestisse estas propriedades. Seria necessário postular um esquema de realização do direito que garantisse que o juiz nada acrescentaria à previsão legal, até porque essa seria, além do mais, a única forma de garantir o cumprimento do princípio da separação de poderes. Esta a explicação básica do silogismo judiciário, que constituía o cerne do Método Jurídico. A lei continha todo o direito (postulado da identidade entre direito e lei), previa todos os casos juridicamente relevantes (suficiência da lei), sendo o único critério de resolução desses mesmos casos. Ao julgador nada mais competia fazer senão interpretar essa mesma lei, em moldes filológicos e exegéticos, para depois a aplicar lógico-subsuntivamente aos casos concretos, vistos como meros correlatos lógicos das hipóteses normativas. Baseado numa lógica apofântica e tautológica, o julgador seria, nas palavras de Montesquieu, "a boca que profere as palavras da lei"[47].

O positivismo trilhou o seu caminho e prescindiu de qualquer fundamentação transpositiva para a juridicidade. Mas com isto acabou por

[46] Pinto Bronze, *Lições*, 336.

[47] A grande tarefa do julgador resumia-se ao conhecimento da lei, na qual se esgotava todo o direito. Daí a importância crescente que passa a ser dada à publicação das mesmas que está, aliás, na base do periodismo jurídico, na sua primitiva fase. Sobre

determinar a sua própria falência. Se do ponto de vista metodológico, o esquema metódico imposto pelo logos à prática se mostra irrealizável, pela necessária transposição do abstrato e geral das normas para o particular e concreto do caso, do ponto de vista axiológico, o formalismo a que somos conduzidos leva a que o direito se possa converter facilmente num instrumento ao serviço do arbítrio e da tirania. Os acontecimentos políticos do século XX, ainda que inspirados em correntes diversas do pensamento filosófico e em racionalidades díspares[48], evidenciam-no à

este ponto em concreto, veja-se Rui MARCOS, *A Fundação do Boletim da Faculdade de Direito e o periodismo jurídico em Coimbra*, separata do *Boletim da Faculdade de Direito,* vol. Comemorativo, tomo 75, Coimbra, 2002.

[48] Cf. Cabral MONCADA, *Filosofia do Direito,* I, 386 e ss., acerca do nacional-socialismo alemão. Para o autor, em certa medida, ainda se pode reconduzir tal sistema a algumas das ideias saídas da Revolução francesa. Na verdade, embora procure a "eliminação de todos os elementos da conceção individualista ocidental do direito e do Estado e a sua substituição por uma conceção comunitária, dentro da qual a comunidade prevalece sobre o indivíduo", a ideia de que a origem do direito e do poder se encontrava na própria comunidade como um todo orgânico leva Cabral Moncada a considerar que se construiu uma "nova democracia, uma democracia de massas, totalmente distinta da demoliberal, e que já tem sido considerada como a última conclusão lógica das ideias democráticas, não de estirpe liberal, mas jacobina de Rousseau, Robespierre e Danton". Como características do regime nacional-socialista, Cabral Moncada (p. 393) aponta o comunitarismo totalista, romântico e suprapersonalista, o realismo social, o democratismo direto, cesarista, antiparlamentar e antiliberal de puro tipo rousseauniano, o racismo naturalista e histórico, o chefismo e o socialismo. Veja-se, também, A. KAUFMANN, "A problemática da filosofia do direito ao longo da história", in ID. / W. HASSEMER, org., *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, 123, considerando o estado da filosofia do direito e de alguns aspetos metodológicos no período do nacional-socialismo.

Não esqueçamos, igualmente, os regimes de inspiração marxista. Sobre o ponto, cf. Cabral MONCADA, *Filosofia do Direito,* I, 380 s.: "O Estado soviético, começado a construir a partir de 1917, pouco antes de terminada a primeira Guerra mundial, foi a primeira tentativa para pôr por obra as ideias de Marx e Lenine no campo das realidades. Lenine foi como que o Robespierre dum novo Rousseau, Marx, do qual o último chefe da Rússia, Staline, por sua vez, parece ter sido o executor testamentário já distante. O Bolchevismo, fiel à doutrina marxista, tem tentado ser a realização dessa conceção materialista de estado através da ditadura do proletariado, como meio de destruição, antes de tudo necessária, da burguesia e do seu capitalismo". V., ainda, pág. 385, distinguindo, apesar dos pontos de contacto, o fascismo e o nacional-socialismo do comunismo soviético, e pág. 381, considerando que a filosofia do marxismo conti-

saciedade, mostrando a importância de recuperar um fundamento axiológico para o direito[49].

A emancipação absoluta do direito relativamente a um referente de sentido que extrapole a imanência do ser humano, conduzindo paulatinamente a um sistema formalista, esteve, assim, na base da sua degradação e da emergência da crise do pensamento jurídico. E se o século XX ficou marcado por tentativas de renascimento do direito natural[50], não é menos verdade que não só continuam a emergir novas formas de positivismo, como não se pode dar por encerrada a discussão em torno da fundamentação do direito. E, no meio de tentativas várias de explicitação da *ratio* do direito e de sedimentação da juridicidade, são muitas as

nua a laborar sobre os pressupostos filosóficos do século XVIII, com todas as suas notas materialistas, positivistas e eudemonistas. Por exemplo, o proletariado não é "uma grandeza de revelo metafísico, ontológico-histórico ou místico", mas apenas "o somatório dos trabalhadores e proletários de todo o mundo".

Cf., também, A. KAUFMANN, "A problemática da filosofia do direito ao longo da história", 109 e 111 (considerando, não sem a devida ponderação do pensamento e da atuação dos diversos intervenientes na revolução comunista, que "o direito é reconhecido como tal pelo partido comunista, isto é, pelo comité central (…)").

[49] Teria sido a constatação da insusceptibilidade de se manter um pensamento de tipo formal. Sobre o ponto, em sentido crítico, veja-se, porém, A. KAUFMANN, "A problemática da filosofia do direito ao longo da história", 125. Considera o autor, a este propósito, que "este renascimento do direito natural foi muito criticado, e, de facto, ele não foi fruto da racionalidade e da razoabilidade, mas a acusação deve, na verdade, ser dirigida à ciência, em especial à filosofia do direito, que não preparou a jurisprudência para o fenómeno da injustiça legal". E acrescenta que "este renascimento do direito natural foi enquanto tal esporádico".

[50] Rememora-se, a este ensejo, a lição de Cabral Moncada. O insigne jurista considera que, no início do século XX, o pensamento filosófico caracterizou-se pela continuação das quatro grandes correntes fundamentais anteriores: o idealismo, o positivismo racionalista, o materialismo histórico e económico e a filosofia cristão do catolicismo. Os sistemas filosóficos mais importantes são, então, os seguintes: neovitalismo, neoidealismo e neohegelianismo, fenomenologia, neopositivismo, neokantismo, empiriocriticismo, pragmatismo, existencialismo, neoescolástica — cf. Cabral MONCADA, *Filosofia do Direito,* I, 360/1. O autor acrescenta que "os começos do século XX são a época por excelência dos *ismos*, embora muitos destes *ismos* acompanhados do prefixo *neo* — a época de todas as renovações e de todos os epigonismos — de tal modo variada e confusa, que não é fácil, a princípio, surpreender aí um sistema de ideias dominante ou dar-lhe como nome um qualquer desses numerosos *ismos*".

soluções de *quid iuris* que se vão afirmando de forma degradante para o ser humano, exatamente porque afastadas do núcleo central do que deve ser a juridicidade.

Se a degradação do homem, como consequência da degradação do direito, se verifica em muitos domínios, podemos estabelecer um paralelo entre este fenómeno e a própria degradação da pátria vaticinada por Camões, não com um sentido profético, mas como resultado da bipolaridade entre o tempo da narração e o tempo do autor. Não são raras, na verdade, as reflexões críticas do poeta contra os poderes pátrios que, movidos pelo egoísmo, pela ganância, pela hipocrisia impedem o desenvolvimento do povo e a governação livre do rei e "não permitem que (…) se mondasse o novo trigo florescente"[51]; sobre o poder corruptor do dinheiro (que faz dos amigos traidores e falsos; que faz os juízes interpretara discricionariamente os textos, fazendo e desfazendo leis; que torna os reis tiranos e corrompe os próprios membros do clero — estâncias 96-99, canto VIII).

Em contraste com a tenacidade e a bravura de outrora, quando os portugueses se orientavam pelo espírito de cruzada e de difusão da fé (canto VII, 2-14), o poeta refere, com amargura, no final, como se sente e vê a Pátria: «Não mais, Musa, não mais, que a Lira tenho/Destemperada e a voz enrouquecida,/E não do canto, mas de ver que venho/ Cantar a gente surda e endurecida». A Pátria «metida no gosto da cobiça e na rudeza duma austera, apagada e vil tristeza), sem orgulho, sem ânimo, sem alegria para enfrentar os desafios.

VI. O tempo atual

Em *Os Lusíadas*, Camões, ao elogiar os portugueses, elogia simultaneamente a condição humana e a sua capacidade de superação. Sendo esta uma marca do humanismo renascentista, e apesar de ser convocado o maravilhoso pagão para poeticamente elevar a gente lusa, torna-se evidente, sobretudo por meio das reflexões críticas do poeta, que Camões não só não abjura a fé cristã, como vê nela o alicerce dos feitos gloriosos

[51] Vítor Aguiar e SILVA, "Ilha dos Amores", *Dicionário de Luís de Camões*, Caminho, 2011, 441, em referência às estâncias 26 a 29 do canto X.

dos portugueses e nos valores que ela inspira o instrumento privilegiado contra a degradação da pátria. Ao abdicar do quadro axiológico que o cristianismo forja, Portugal condena-se, pelo que a emancipação do homem relativamente aos esquemas medievais e às forças da natureza não implica a negação da Providência e da dimensão religiosa. O homem novo cantado em Os Lusíadas está, assim, longe de ser o homem atomista, dessolidário, reduzido a uma condição puramente racional. Esse homem, movido pelo individualismo, pelo egoísmo, pela ganância, acabaria por obscurecer os feitos valerosos dos antepassados.

Num outro plano, o jurídico, podemos também afirmar, agora sem hesitação, que a perda de referentes axiológicos a que conduziu a degenerescência do pensamento forjado no jusracionalismo e que foi potenciada pela exacerbação do pendor racional do direito natural conduziu à fragilização da juridicidade, tornando o direito permeável a formas várias de tirania e, portanto, fazendo das ordens jurídicas ordens de direito, mas nem sempre do direito, porquanto não cumprem o critério da justiciabilidade.

Se a resposta haveria de surgir com base na tentativa de reabilitar esse mesmo direito natural, importa não esquecer, por um lado, que há hoje múltiplas formas de o compreender, nem sempre adequadas, e que, por outro lado, a complexidade das sociedades atuais, caracterizadas pelo pluralismo, se não mesmo pelo relativismo (muitas vezes *nihilista*), determinou outras vias de superação do positivismo formalista, muito díspares na sua racionalidade e nem sempre aceitáveis nos seus pressupostos axiológicos e nos seus resultados. O que significa que, se quisermos cumprir a específica tarefa humana que envolve a juridicidade, não poderemos senão assumir os referentes éticos que nos condicionam civilizacionalmente, que nos levam a considerar a pessoa e a sua ineliminável dignidade ética, entendida segundo uma perspetiva que, afastando-se do formalismo racionalismo, do ceticismo, do funcionalismo, do procedimentalismo, nos aponte para um sentido material onto-axiologicamente conformado.

Numa tentativa de simplificação, diríamos que a pessoa é substância — unidade, identidade e totalidade no meio da comunidade de existentes, o que justifica a sua autodeterminação; é um projeto para ser; e um ser em relação, um ser de comunicação e de transcendência, o que pressupõe uma autonomia responsável, na medida em que, ao ser incapaz de

viver no isolamento solipsista, sai de si em direção ao outro, numa relação de cuidado, com proscrição do egoísmo. É esta comunidade de existentes que, alicerçando as bases da convivência no quadro axiológico que se colhe da pessoalidade responsável, constitui o projeto especificamente jurídico.

A pessoalidade pressupõe uma dimensão onto-axiológica, implicando, por um lado, a compreensão do homem como intelecto, vontade, espírito e alma, e por outro lado uma estrutura relacional que, envolvendo a mobilização de uma específica axiologia comunicada pelo quadro filosófico-cultural e teológico de que somos herdeiros, estabelece como fundamental uma ligação em termos de cuidado-com-o-outro, em que se virá a traduzir uma certa compreensão da liberdade responsável do sujeito.

E o direito surge como uma resposta civilizacional e um projeto ético-comunitário em que o homem se encontra como Pessoa, reconhecendo a sua dignidade. Nessa medida, ainda que libertados de qualquer dimensão teológica, exatamente porque o direito se apresenta como uma resposta civilizacional, não pode ser senão condicionado pela matriz judaico-cristã que nos sustenta enquanto comunidade. No fundo, não se podendo deduzir o direito da natureza ontológica do ser humano, podemos afirmar que ele resulta de uma decisão do homem relativamente ao modo como decide compreender-se a si e às suas relações sociais. Mas, sob pena de o homem se degradar, não pode senão assumir-se radicalmente como pessoa[52].

Não obsta a esta visão a invocação de que o mundo é hoje complexo e parco em consensos no que respeita aos valores essenciais. Em primeiro lugar, sabe-se que o pluralismo relativista não é mais do que a afirmação de contravalores. Como afirma Castanheira Neves, "no que se refere ao argumento do pluralismo, a sua estrita coerência não só postulará que as leis sejam fórmulas vazias de conteúdo — um seu conteúdo implicará necessariamente opção entre possibilidades diversas — como teria de renunciar ao vínculo normativo e à integração comunitária — que sempre transcenderão e limitarão a estrita alteridade pluralista — e renunciando-se a tal renuncia-se pura e simplesmente ao direito. Pelo que o pluralismo radical é juridicamente contraditório e acaba por pôr

[52] Cf. Manuel Coelho / António Sá da Silva, "Direito e pessoa: o fundamento do direito em A. Castanheira Neves", *Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP*, ano xx, 24/2 (2015) 2 s.

um problema a exigir uma solução para além e mesmo contra ele. Problema com que, por exemplo, Rawls se debateu no seu *Political Liberalism* e procurou resolver com o apelo ao *overlapping consensus*, a exigir uma intencional integração que ficou por esclarecer totalmente"[53]. Tudo isto a significar que não é viável pensar num quadro normativo sem valores subjacentes.

Por outro lado, apesar de mergulhados num mundo marcado pelo agnosticismo, se não ateísmo, e pelo relativismo valorativo, a tentativa de fundamentação do direito no sentido da pessoalidade herdado do cristianismo mais não é do que assumir a dimensão especificamente cultural e histórica do direito, na medida em que é esse o quadro civilizacional que nos condiciona e que nos sustenta enquanto comunidade.

Francesco d'Agostino, apesar de distinguir os problemas próprios da normatividade moral daqueles outros inerentes à estrutura intersubjetiva societária da existência, indaga acerca da viabilidade de um fundamento teológico da normatividade. São suas as palavras: "a perspetiva pós-moderna vem mostrar que a ética não é universal, mas se articula numa multiplicidade de singulares opções morais. Nem sequer se considera louvável do ponto de vista axiológico a redução da complexidade à unidade, pois tal implicaria uma opção a favor de uma uniformidade ética, que na época pós-moderna é tida como repressiva"[54]. Por isso questiona como será possível encontrar o necessário fundamento para a juridicidade. Em diálogo com outros autores, que o procuram no acordo alcançado através da linguagem, diz "o diálogo é uma experiência unicamente e profundamente humana", ou seja, só é possível entre pessoas que se reconheçam como pessoas. O reconhecimento, que é pressuposto do diálogo, deve ter uma valência empírica (reconheço que o outro, que a mim se contrapõe, é como eu), mas também ontológica (reconheço que o outro — como outro e não só como mero indivíduo empírico — é como eu) e ao mesmo tempo axiológica (reconheço que o outro — como outro e não apenas como mero indivíduo empírico — vale tanto como eu)[55].

[53] Castanheira Neves, "O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro", *Boletim da Faculdade de Direito* 83 (2007) 28.

[54] Francesco d'Agostino, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, 83.

[55] Francesco d'Agostino, *Il diritto come problema teológico*, 86.

Para o autor, a ideia de estranho moral é uma categoria jurídica (jurídico positiva e não jurídica em si mesmo), mas não é uma categoria antropológica, filosófica ou teológica: a demonstrá-lo o facto de a qualquer homem, mesmo como estranho, ser possível aspirar a um diálogo e atingir um acordo[56]. Apresenta, por isso, um paradigma do que é o direito no quadro de uma sociedade plural[57]. O direito tem um caráter laico, universal, transcultural. Dirige-se a todos os homens; é transcultural porque, para lá das suas múltiplas concretizações, é uma constante da sua exigência estrutural de defesa e promoção do bem-estar humano. Mas a laicidade não implica ausência de valores. O direito deve ser um promotor da coexistência intersubjetiva, no sentido do respeito e da solidariedade e nesse sentido são-lhe intrínsecos alguns princípios: paridade ontológica; liberdade, que não existe verdadeiramente senão mediatizada pelo direito, sob pena de se resvalar para a libertinagem que é ela própria a negação da liberdade; tolerância que, adequadamente compreendida, não pode ser assumida como uma abertura para o desvalor ou a indiferença ética; anti-dogmatismo. Ora, todos estes valores, que são intrínsecos ao direito (mesmo de caráter laico, universal e transcultural), alicerçam-se na pessoa[58].

E se o pensamento cristão contribuiu francamente para a fundamentação do conceito de pessoa, importa não esquecer que a mundividência cultural herdada do mundo judaico-cristão contaminou todo o ocidente. Por isso, a dignidade da pessoa, que pressupõe o encontro com o outro que seja igualmente pessoa, mesmo que desnudada de qualquer sentido teológico, não pode deixar de apontar para o sentido relacional a que se alude. Assim, o outro a quem nos dirigimos não pode ser entendido numa perspetiva puramente instrumental. A relacionalidade que se invoca não pode ser vista como um mero facto, mas há de ser

[56] Francesco d'Agostino, *Il diritto come problema teológico*, 88.

[57] Francesco d'Agostino, *Il diritto come problema teológico*, 130.

[58] Francesco d'Agostino, num outro escrito, acaba por ir um pouco mais além. Falando do direito divino, o autor aduz que o mesmo mostra o caráter pessoal da *lex* e que consolida definitivamente o conceito jurídico de pessoa. Todo o ser humano é pessoa porque criado à imagem e semelhança de Deus. Enquanto pessoa, o homem é sujeito de direitos, sendo essa a base da igualdade. Cf. Francesco d'Agostino, "Filosofia del diritto divino", in Agata Mangiameli / Maria Rosa di Simone, org., *Diritto e religione tra passato e futuro. Atti del convegno internazionale*, Aracne, 2010, 225 e ss., em especial p. 230 e ss.

concedida como um princípio, e a alteridade não implica, apenas, a presença do outro, mas o reconhecimento de um dever diante do *tu* através do qual o *eu* se respeita[59].

Camões anteviu-o; a realidade que se experimenta hoje no plano social e jurídico atesta-o.

RESUMO: O direito atinge o homem intensiva e extensivamente, razão pela qual se torna natural que, quando mergulhamos em textos que nos fazem confrontar com o que de mais radicalmente humano há, possamos ser confrontados com questões jurídicas que, não sendo enunciadas, vão pressupostas no enunciado linguístico. É assim com Camões. Poeta do Amor e da Pátria, são várias os temas por si abordados com relevância jurídica. Não pretendendo analisar cada um deles, procurar-se-á refletir sobre os fundamentos do direito à luz da poesia camoniana.

PALAVRAS-CHAVE: *direito; fundamento do direito; direito natural; Camões*

Camões and the Foundation of Law

ABSTRACT: Law affects human beings both intensively and extensively. That is why it is natural that, when we immerse ourselves in texts that confront us with what is most radically human, we may also be faced with legal issues that, though not explicitly stated, are implied in the linguistic expression. This is the case with Camões. A poet of Love and of the Fatherland, he addresses various themes of legal relevance. Without intending to analyse each of them, the aim here is to reflect on the foundations of law in light of Camonian poetry.

KEYWORDS: *law; foundations of law; natural law; Camões*

[59] Francesco D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, 44/5 e 40/50.

TUTELA PROCESSUAL DE MAIORES VULNERÁVEIS
DUPLA VIA

Lucinda Dias da Silva

I. NOTA INTRODUTÓRIA

A situação de especial fragilidade em que os sujeitos jurídicos maiores se podem encontrar coloca-os (por vezes subitamente) num contexto de vida que evidencia a importância da realização jurídica, adequada e eficaz, do princípio da igualdade. O grau de desnível em que esses sujeitos jurídicos se passam a encontrar relativamente à maioria dos demais, no que diz respeito à possibilidade de autónoma e plenamente exercerem direitos e cumprirem deveres, é variável (sendo a escala de variação é muito ampla.

À singularidade e debilidade desse contexto, deve o sistema jurídico responder de modo a compensar essa diferença, na medida de grau em que ela ocorra. Assim se cumpre materialmente o propósito do princípio da igualdade: se alguns sujeitos partem (em termos significativos, sob o ponto de vista jurídico) de uma situação de base diferente (relativamente aos seus pares), impõe-se, de forma aparentemente paradoxal, que sejam tratados de modo diferente, para que sejam tratados de modo igual.

Nesta intervenção compensadora do sistema jurídico, o direito adjetivo pode assumir diferentes perfis de contributo tutelador. Destacaremos, no presente texto, dois: *i)* a tutela para a igualdade *através do* processo e *ii)* a tutela para a igualdade *no* processo.

II. TUTELA EQUALIZADORA *ATRAVÉS DO* PROCESSO

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto introduziu no ordenamento jurídico português o regime do maior acompanhado, revogando, em simultâneo, os anteriores institutos da interdição e da inabilitação.[1] Embora esta modificação legislativa tenha entrado em vigor em 10 de fevereiro de 2019, não lhe é estranho o lastro sociológico[2]

[1] Sobre as origens e evolução do regime anterior, António Menezes CORDEIRO, "Da situação jurídica do maior acompanhado: Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores", *Revista de Direito Civil* 3 (2018) 475-492. Para uma visão concentrada dos principais traços do regime das incapacidades aplicável antes do início da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto (regime jurídico do maior acompanhado), Maria dos Prazeres BELEZA, "Brevíssimas notas sobre a criação do regime do maior acompanhado, em substituição dos regimes da interdição e da inabilitação — Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto", *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, fevereiro, 2019, Centro de Estudos Judiciários, 16-18.

[2] Sobre a evolução económico social e demográfica portuguesa desde a década de 60 do século XX, bem como sobre as patologias limitativas em Portugal, António Menezes CORDEIRO, "Da situação jurídica do maior acompanhado", 492-502.

e jurídico[3] [4] que de há muito se vinha formando (no plano nacional[5] e internacional[6]) no sentido da gradual e geral estabilização de convicção

[3] Ainda no período de vigência do regime anterior à Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, António Pinto Monteiro sublinhava: "Efectivamente, só depois de interdita ou inabilitada é que a pessoa incapaz encontra quem a substitua — tutor — ou quem a acompanhe — curador — na prática dos actos que lhe digam respeito. Ora, este é um dos maiores inconvenientes que apresenta o regime ainda em vigor. Uma pessoa maior com deficiências deve poder ser ajudada sem que para isso tenha de perder a sua capacidade de exercício!" — "Das incapacidades ao maior acompanhado — Breve apresentação da Lei n.º 49 23/2018", in *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, 30. Não há, assim, no novo regime, como nota Paulo Mota Pinto, "uma alteração geral de status" — "Valor jurídico dos atos do maior acompanhado", in António Pinto Monteiro, coord., *Colóquio O novo regime do maior acompanhado*, Instituto Jurídico, 2019, 111. Retirando o sentido essencial norteador do regime de acompanhamento de maiores, Miguel Teixeira de Sousa observa, no mesmo sentido, que o atual regime de maior acompanhado "se orienta por um princípio de aproveitamento de toda a capacidade de exercício e de gozo do acompanhado" — "O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais", in *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, 52. Mafalda Miranda Barbosa explicita o sentido da mudança de modelo normativo referindo haver nele "uma inversão dos termos da equação: da incapacidade passamos para a capacidade" — "Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maior", in *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, 63. Sublinhando a mesma ideia, Joaquim Correia Gomes salienta que as medidas de acompanhamento constituem "medidas de capacitação", decretadas em ordem a promover o "empoderamento das funcionalidades pessoais" — "Os direitos humanos e o maior (des)acompanhado: causas e medidas de capacitação", *Julgar* 41 (maio-agosto, 2020) 72. Sobre os princípios estruturais a que o novo regime obedece, Geraldo Rocha Ribeiro, "O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais", *Julgar Online* (maio, 2020) 4 e ss.

[4] Para uma análise do novo regime à luz dos elementos proporcionados pelo estudo (intitulado *Da situação jurídica do maior acompanhado: Estudo de Política Legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores*) que acompanhou a Proposta de Lei que esteve na base do atual regime de acompanhamento de maior, Nuno Luís Lopes Ribeiro, "O maior acompanhado- Lei n.º 49/2018", *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, 77-109.

[5] Sobre as fontes internacionais, europeias e nacionais que antecederam o atual regime de acompanhamento de maior, António Menezes Cordeiro, "Da situação jurídica do maior acompanhado", 528-541.

[6] Destaca-se, no plano internacional, a Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, celebrada, no quadro da Organização das Nações Unidas. Com data de conclusão em 13.12.2006, iniciou a sua vigência na ordem inter-

de que se impunha adotar um novo modelo de concessão de proteção ao maior em situação de vulnerabilidade.[7]

nacional em 03.05.2008 e entrou em vigor em Portugal em 23.10.2009. Elucidativamente, António Pinto Monteiro qualifica a Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como "*razão de fundo"* (de fonte internacional) da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, destacando, em particular, a influência dos seus artigos 1.º, 3.º e 12.º. Nota, em simultâneo, o relevo da anterior Recomendação (99) 4, do Conselho da Europa, "adoptada em 23 de Fevereiro de 1999, com a proclamação de alguns princípios aplicáveis à protecção de adultos incapazes, entre os quais os da *flexibilidade,* da *proporcionalidade,* da *subsidiariedade* e da *necessidade*, princípios esses que mais tarde a Convenção de Nova Iorque veio também acolher e sublinhar" — A. Pinto Monteiro, "Das incapacidades ao maior acompanhado", 26 . Sobre os reflexos da Convenção de Nova Iorque no regime espanhol de apoio a maior, Inmaculada Vivas-Tesón, "La aplicación de la Convención de Nueva York en España: una década de aciertos y desaciertos", in António Pinto Monteiro, coord., *Colóquio O novo regime do maior acompanhado* Instituto Jurídico, 2019, 7-56.

[7] Em síntese quanto a algumas soluções de direito comparado, António Pinto Monteiro refere: "Vigora, na Alemanha, o chamado "acompanhamento" (*rechtliche Betreuung)*, através dos §§1896 a 1908 do BGB, introduzido pela reforma de 1990/1992. Efectivamente, foi aprovada, em 12 de setembro de 1990, a *Betreuuqngsgesetz*, a qual aboliu a interdição (*Entmüdigung*) e substituiu a tutela (*Vormundschaft*) e a curatela (*Gebrechlichkeitspflegschaft*) pelo regime do acompanhamento (*Betreuung*). Em França, a reforma operou através da Lei n.º 2007-308, de 5 de Março de 2007, constando dos artigos 425.º a 515.º do Código Napoleão. Entre as várias medidas de protecção, o artigo 433.º consagrou a *sauvegarde de justice*, e os artigos 477.º e seguintes o *mandat de protection future*. A Itália, por sua vez, adoptou a Lei n.º 6/2004, de 9 de Maio de 2004, tendo instituído a chamada *amministrazione di sostegno* (artigos 404 a 413 do *Codice Civile*). Quanto a Espanha, por força da Convenção das Nações Unidas, o legislador abandonou o emprego do termo "incapacidade", substituindo-o pelo de "*pessoa com capacidade judicialmente modificada"*, sendo de mencionar a Lei n.º 26/2011, de 1 de Agosto, o RD-Leg. 1/2013, de 29 de Novembro, e, por último, a Lei n.º 15/2015, de 2 de Julho. Finalmente, o Brasil, pela Lei n.º 13.146, de 6 de Julho de 2015, instituiu a "Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)", a qual alterou, entre outros diplomas, o Código Civil de 2002" — *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, 28-29. Também para uma perspetiva comparatística neste domínio do direito, considerando as ordens jurídicas alemã, francesa, espanhola, brasileira, austríaca e italiana, António Menezes Cordeiro, "Da situação jurídica do maior acompanhado", 505-528. Em particular sobre o reflexo dessa corrente "de fundo" no ordenamento jurídico germânico (concedendo especial destaque à figura da *Betreuung*, razão de ser desta e principais traços da sua evolução desde 1992), Dagmar Brosey, "Aspects of the discussion regarding

Na Alemanha, a regulação normativa ao abrigo deste espírito remonta a 1990 e foi precedida por estudos detalhados e faseados sobre os temas relevantes para esse efeito. A importância concedida a essa modificação, que implicou a alteração de vários diplomas legislativos, revela-se na qualificação que lhe foi, então, atribuída enquanto "reforma do século" (*Jahrhundertreform*).

O novo paradigma português apresenta-se marcado por três tendências essenciais: *inclusão*, *expansão e concentração flexibilizadora*.

A primeira tendência (*inclusão*) prende-se com o facto de o atual regime adotar nova visão do sujeito jurídico que, em virtude da sua especial vulnerabilidade, revela carecer do benefício de medidas de apoio adaptadas à sua circunstância, em ordem a promover a sua qualidade de vida e o efetivo exercício dos direitos que lhe assistem. bem como do cumprimento dos deveres que sobre si impendem.

Abandonando-se a perspetiva (menorizante) que partia da sua conceção enquanto incapaz, passa a promover-se (pela positiva) a construção da sua imagem e estatuto enquanto sujeito socialmente incluído e juridicamente valorizado, a quem assiste o direito de ver preservada e exercer, em toda a medida possível, a sua autonomia, bem como o direito de, quando esta não se possa conservar em toda a plenitude, beneficiar de meios que lhe permitam aproximar-se, tão intensamente quanto alcançável, do contexto em que se encontraria se dela beneficiasse.

O novo paradigma encontra-se refletido nos termos em que, no n.º 1 do artigo 140.º do Código Civil, se anunciam os objetivos cuja realização se prossegue por via do novo regime: "O acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença".

Como Mafalda Castanheira Neves recorda[8], convocando expressão de António Pinto Monteiro, a pergunta deixou de ser: "aquela pessoa

---

the reform of the German legislation of *Betreuung* in light of the UN-CRPD", *Julgar* 41 (2020) 200-211. Especificamente sobre os principais traços do regime de proteção de adulto na ordem jurídica austríaca, Michael GANNER, "The new Austrian adult protection law of 2018", *Julgar* 41, maio-agosto (2020) 175-198. Sobre os principais traços do regime irlandês em matéria de apoio a adultos deficientes, Áine FLYNN, "Ireland — Assisted decision-making (capacity) Act 2015 and article 12 of the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities", *Julgar* (maio-agosto, 2020) 231-259.

[8] "Seis anos de acompanhamento de maiores", *Revista de Direito Civil* 10/2

possui capacidade mental para exercer a sua capacidade jurídica?", para passar a ser: "quais os tipos de apoio necessários àquela pessoa para que ela exerça a sua capacidade jurídica?".[9]

Também na Alemanha este foi o propósito primordial do regime vigente desde 1990. Propósito que conserva atualidade. Na nova redação da *Betreuungsgesetz* (em vigor desde 1 de janeiro de 2023) o legislador alemão salientou, em termos acrescidamente reforçados, o relevo da autodeterminação *(Selbstbestimmung)* do acompanhado e, assim, dos seus desejos e vontade, enquanto centro do padrão *(Massstab)* decisório.

A preocupação inclusiva manifesta-se também, em Portugal, no sublinhado que o legislador imprime à natureza subsidiária das medidas de acompanhamento, quando, no n.º 2 do mesmo artigo, proíbe que estas sejam decretadas se o seu objetivo se mostrar garantido "através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam".

A segunda tendência (*expansão*) evidencia-se na ampliação do tipo de situações de fragilidade que se passou a considerar poderem justificar o decretamento de medidas de proteção.

A terceira tendência (*concentração flexibilizadora*) analisa-se em dois traços inter-relacionados. Por um lado, verifica-se uma tendência concentradora. Tomando por critério classificativo o que Menezes Cordeiro[10] delineia quando distingue entre sistemas monistas, dualistas e múltiplos, afigura-se ter-se passado de um paradigma dualista (em que se respondia ao problema da incapacidade de maiores com dois institutos — interdição e inabilitação), para um sistema monista em que o esquema de regime assenta num único instituto — o acompanhamento de maior.

Trata-se, porém, de um monismo que se diria aberto, na medida em que são múltiplas as medidas em abstrato adotáveis. É, assim, amplo o espetro das medidas que podem ser objeto de sentença. Tomando a expressão de Menezes Cordeiro, são admissíveis "variações até ao infinito"[11], desde a medida mais inócua de acompanhamento em sentido estrito, até à representação. Assim, trata-se de uma concentração que

(2025) 261.

[9] "O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro", 13.

[10] "Da situação jurídica do maior acompanhado", 544.

[11] "Da situação jurídica do maior acompanhado", 547.

comporta um traço flexibilizador: abandonando-se a consagração legal de uma previsão fechada no que concerne ao tipo de medidas judiciais a adotar, permite-se a mais flexível modelação da solução adequada para cada caso concreto. À semelhança, sob esse aspeto, do regime alemão, onde, como Menezes Cordeiro salienta, "o acompanhante recebe os poderes que cada caso recomende".[12]

A manifestação destas tendências será explicitada, de forma mais detida, no decurso do presente texto.

Porque aos anteriores institutos (da interdição e da inabilitação, entretanto revogados) se associava um regime substantivo a que, por sua vez, se acoplava um especial regime processual, o novo regime do maior acompanhado implicou alterações normativas quer no plano material, quer no plano adjetivo. Modificações que, nessa medida, se refletiram, designadamente, em alterações introduzidas no Código Civil e no Código de Processo Civil.[13]

---

[12] "Da situação jurídica do maior acompanhado", 544.

[13] Além destes, outros diplomas foram alterados. Assim sucedeu, nomeadamente, com os seguintes: Lei n.º 66-A/2007, de 11 de dezembro (que define as competências, modo de organização e funcionamento do Conselho das Comunidades Portuguesas); Código de Registo Civil (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho); Lei n.º 7/2001, de 11 de maio (que adota medidas de proteção das uniões de facto); Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (regula a Procriação Medicamente Assistida); Lei n.º 25/2012, de 16 de julho (que regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o registo nacional de testamento vital); Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro; Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro; Código Comercial (aprovado pela Carta de Lei de 28 de junho de 1888); Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro (que opera a transferência de competências relativas a um conjunto de processos especiais dos tribunais judiciais para o Ministério Público e as conservatórias de registo civil); Regulamento das Custas Processuais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro); Lei de Saúde Mental (aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de julho); Regime Legal de Concessão e Emissão de Passaportes (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 83/2000, de 11 de maio); Lei da Investigação Clínica (aprovada pela Lei n.º 21/2014, de 16 de abril); Regime Jurídico dos Jogos e Apostas Online (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril); Regime Jurídico da Exploração e Prática das Apostas Desportivas à Cota de Base Territorial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 67/2015, de 29 de abril); Lei do Jogo (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro) e Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (aprovada em anexo à Lei n.º

O processo intervém, assim, nesta sede, enquanto via de promoção da igualdade por apresentar instrumento que assegura a realização do direito substantivo que visa promover esse princípio.

A tutela substantiva da igualdade cumpre-se através *do* processo, atenta a natureza adjectiva que o caracteriza.

É sob esta última ótica (eminentemente processual) que consideraremos o novo regime, tomando como referência de exposição as particulares fases sequenciais deste processo (tal como regulado no título III do Livro V do Código de Processo Civil, entre os artigos 891.º e 901.º).[14]

1. Fase dos articulados

1.1. Requerimento inicial

Para além do elementos que, nos termos gerais do processo comum (subsidiariamente aplicáveis a este processo especial [15]), sempre devem constar do articulado cuja submissão e aceitação em juízo dá início à instância[16], deverá o autor fazer constar do requerimento inicial informação específica, a cinco níveis: *a)* pressuposto processual da *legitimidade* (mediante invocação dos factos que permitam concluir que as partes beneficiam dessa qualidade)[17], *b)* grau de *publicidade* do processo (mediante indi-

35/2014, de 20 de junho).

[14] Os institutos da inabilitação e da interdição, entretanto revogados, encontravam-se regulados, sob o ponto de vista processual, nos artigos 944.º a 958.º do Código de Processo Civil. Essas disposições, entretanto, revogadas, encontram equivalência nos artigos 846.º a 860.º do atual Código de Processo Civil de Macau.

[15] Nos termos do previsto no artigo 549.º do Código de Processo Civil.

[16] Requisitos previstos nos artigos 552.º a 557.º do Código de Processo Civil.

[17] Artigo 892.º, n.º 1, a), primeira parte do Código de Processo Civil. Em conformidade com o previsto no artigo 141.º do Código Civil, a ação pode ser proposta: *i)* pelo Ministério Público (independentemente de qualquer autorização); *ii)* pelo beneficiário; *iii)* pelo cônjuge, pelo unido de facto ou por qualquer parente sucessível do beneficiário, quando para isso disponha de autorização concedida por este ou quando, não dispondo dessa autorização, haja suprimento judicial da autorização do beneficiário. Este suprimento será concedido pelo tribunal, neste mesmo processo de acompanhamento de maiores, quando "em face das circunstâncias" o beneficiário "não a possa livre e cons-

cação do tipo de publicidade a dar à decisão final)[18], *c) causa de pedir* (mediante invocação dos factos[19] que justificam: a proteção do maior através de acompanhamento[20]; a designação de acompanhante(s) — sujeito

cientemente dar ou quando para tal considere existir um fundamento atendível". Quando o autor seja um dos sujeitos mencionados em *iii),* intervirá na qualidade de substituto processual. Como Miguel Teixeira de Sousa sublinha, "importa ter presente que a autorização concedida pelo beneficiário ao cônjuge, ao unido de facto ou ao parente sucessível nada tem a ver com uma autorização para o representar na acção. O cônjuge, o unido de facto e o parente sucessível não vão actuar como representantes, mas antes como partes, isto é, como requerentes do processo de acompanhamento de maiores. A situação não é, assim de representação, mas de substituição processual voluntária: o beneficiário é a parte substituída e o cônjuge, o unido de facto ou o parente sucessível a parte substituta".

[18] Artigo 892.º, n.º 1, *d)* do Código de Processo Civil.

[19] Miguel Teixeira de Sousa recorda, a este propósito, que "o tribunal não está vinculado aos factos alegados pela parte e pode investigar quaisquer factos que considere relevantes (art.º 986.º, n.º 2 1.ª parte)" — "O regime do acompanhamento de maiores", 49.

[20] A factualidade invocada há-de encontrar respaldo nas hipóteses que, nos termos do artigo 138.º do Código Civil, podem fundamentar o decretamento de medidas de acompanhamento. De acordo com esta norma: "O maior impossibilitado, *por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres*, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código". A eventual incompletude da causa de pedir pode, neste processo, ser suprida pelo juiz, atentos os amplos poderes de que beneficia em matéria de facto, à semelhança do que sucede no âmbito da jurisdição voluntária (artigos 891.º, n.º 1, 2.ª parte e 986.º, n.º 1, 1.ª parte do Código de Processo Civil). António Pinto Monteiro analisa a norma, considerando os seus dois fundamentais segmentos, nos seguintes termos: "por um lado, quanto à *causa*: razões de saúde, deficiência ou ligadas ao seu comportamento; e, por outro lado, quanto à *consequência:* a impossibilidade de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres" — "Das incapacidades ao maior acompanhado", 34. Mafalda Miranda Barbosa distingue os dois pressupostos em função da sua natureza *subjetiva* ("possibilidade de o sujeito formar a sua vontade de um modo natural e são", *quer* detendo "as capacidades intelectuais que lhe permitam compreender o alcance do ato que vai praticar quando exerce o seu direito ou cumpre o seu dever", *quer* possuindo o "suficiente domínio da vontade que lhe garanta que determinará o seu comportamento de acordo com o pré entendimento da situação concreta que tenha") ou *objetiva* (nota, quanto a estes, que "nas razões de saúde integram-se quer as patologias de ordem física, quer as patologias de ordem psíquica e mental", o que representa "um alargamento em relação ao quadro de fundamentos das interdições e inabilitações, não se ficando preso a uma ideia estrita de anomalia psíquica") —

imperativamente maior e no pleno gozo dos seus direitos[21])[22], bem como, se for o caso, a composição do conselho de família e o suprimento da autorização do beneficiário)[23], *d) prova* (mediante junção dos elementos que indiciem a situação clínica do maior)[24] e *e) pedido* (mediante requerimento da medida ou medidas de acompanhamento que o Autor considere adequadas, bem como, cumulativamente, se for o caso, do suprimento da au-

"Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maior", 64-65. Impor-se-á um especial rigor no que diz respeito ao decretamento de medidas de acompanhamento com base em razões comportamentais. Indispensável será, para tanto, como sublinha a mesma Autora, "que o comportamento concreto se repercuta na impossibilidade de exercer direitos e cumprir deveres, isto é, que o comportamento seja causa, em concreto, pelo menos num domínio específico da vida, da falta de autodeterminação da pessoa", ob. cit., p. 65. No mesmo sentido, Carlos Ferreira de Almeida observa que deve continuar "a valer para o acompanhamento de maiores a doutrina e a jurisprudência que, para a interdição, sublinhavam não serem bastantes para a decretação comportamentos apenas contrários à ética ou a regras sociais dominantes, estados emotivos inconstantes ou excessivos, negligência ou desleixo na gestão dos próprios assuntos, falta de educação ou cultura, capacidade de comunicação entorpecida em função da idade e da saúde" — "Capacidade e incapacidades contratuais dos maiores acompanhados", *Revista de Direito Comercial* (12.05.2020) 1064.

[21] Em conformidade com o previsto no n.º 3 do artigo 143.º do Código Civil, podem ser "designados vários acompanhantes com diferentes funções, especificando-se as atribuições de cada um, com observância dos números anteriores.".

[22] Cfr. n.º 1 do artigo 143.º do Código Civil. A não designação, pelo requerente, de um acompanhante conduz a que o juiz designe, no mesmo processo, para desempenho dessa função, a pessoa que "melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário". Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, esse sujeito pode coincidir com *a)* o cônjuge não separado, judicialmente ou de facto; *b)* o unido de facto; *c)* qualquer dos pais; *d)* pessoa designada pelos pais ou pessoa que exerça as responsabilidades parentais, em testamento ou em documento autêntico ou autenticado; *e)* os filhos maiores; *f)* qualquer dos avós; *g)* pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado; *h)* o mandatário a quem o acompanhado tenha conferido poderes de representação ou i) outra pessoa idónea".

[23] Artigo 892.º, n.º 1, *a),* segunda parte e *c)* e n.º 2 do Código de Processo Civil.

[24] Artigo 892.º, n.º 1, *e),* primeira parte do Código de Processo Civil.

torização do beneficiário[25]).[26] [27] Em sintonia com Teixeira de Sousa[28], Abrantes Geraldes, Paulo Pimenta, Pires de Sousa[29] e Nuno Pissarra[30], entendemos que , considerando que o juiz não está vinculado à medida de acompanhamento solicitada pelo requerente e que importa que a medida se adapte à situação do requerido no momento em que é decretada, a alteração do pedido pode ser realizada sem que para tanto se imponham as condicionantes previstas no n.º 2 do artigo 265.º do CPC.

De notar que, não obstante com o início do processo se visar o decretamento de medidas de acompanhamento de pessoa *maior*, a ação pode ser proposta dentro do ano anterior à maioridade, a fim de que, quando esta seja atingida, as medidas possam produzir efeito imediato, assim se evitando a existência de período em que o maior fique desguarnecido de tutela.[31] Se, porém, a ação for proposta nesse período mas se en-

[25] Artigos 892.º, n.º 1, *b),* primeira parte e n.º 2 do Código de Processo Civil e 141.º, n.º 3 do Código Civil.

[26] No âmbito do regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, o preceito equivalente ao que, a este propósito, se menciona no corpo do texto, tinha correspondência no então artigo 944.º do Código de Processo Civil. O seu teor era menos completo que o atual, nele se fazendo, então, menção apenas aos elementos que, *mutatis mutandis*, atualmente constam das alíneas *a)* e *c)* do n.º 1 do artigo 892.º do Código de Processo Civil. Por outro lado, a designação atribuída ao primeiro articulado era, então, *petição inicial* (à semelhança do que sucedia e sucede atualmente no âmbito do processo declarativo comum), como resultava, desde logo, da sua epígrafe. Diferentemente, a designação atualmente adotada é, como *supra* explicitado, *requerimento inicial.* A redação anterior ao regime atualmente vigente era a seguinte: "Na petição inicial da ação em que requeira a interdição ou inabilitação, deve o autor, depois de deduzida a sua legitimidade, mencionar os factos reveladores dos fundamentos invocados e do grau de incapacidade do interditando ou inabilitando e indicar as pessoas que, segundo os critérios da lei, devam compor o conselho de família e exercer a tutela ou curatela".

[27] O Código de Processo Civil de Macau rege, a este propósito, no seu artigo 846.º, nos seguintes termos: "Na petição inicial da acção em que requeira a interdição ou inabilitação de alguém deve o autor mencionar os factos reveladores da existência e do grau de incapacidade do interditando ou inabilitando e indicar as pessoas que, segundo os critérios da lei, devam compor o conselho de família e exercer a tutela ou curatela.".

[28] "O regime do acompanhamento de maiores", 46.

[29] *Código de Processo Civil anotado*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, 355.

[30] *Processo Especial de Acompanhamento de Maiores*, Lisboa: AAFDL Editora, 2023, 102.

[31] Artigo 142.º do Código Civil.

contrar ainda pendente no momento em que o menor atinge a maioridade, as responsabilidades parentais ou a tutela manter-se-ão até ao trânsito em julgado da sentença a proferir na ação de acompanhamento de maior.[32]

1.2. Despacho liminar

Uma vez recebido o requerimento inicial e distribuído o processo, é este concluso ao juiz para prolação de despacho liminar.

Caso não haja motivo para indeferimento liminar, nem para a formulação de convite ao aperfeiçoamento, o juiz definirá (em decisão proferida em concretização dos seus poderes de gestão processual) o grau de publicidade a conferir ao ato de propositura daquela ação[33] [34] e ordenará a realização da citação.

A circunstância de o tribunal (em específica concretização do princípio da gestão processual) beneficiar do poder de graduar o nível de publicidade do processo tem aplicação em vários momentos da marcha

[32] Artigo 131.º do Código Civil.

[33] Artigo 893.º, n.º 1 do Código de Processo Civil. Acompanhamos Miguel Teixeira de Sousa, quando, em conformidade com o previsto no artigo 153.º, n.º 1 do Código Civil, observa que, a fim de assegurar preservação da intimidade da vida privada, só nos casos estritamente necessários (em virtude da necessidade de garantir a tutela do beneficiário ou de terceiros) deve haver lugar a publicitação da propositura da ação — "O regime do acompanhamento de maiores", 44. De notar que, nos termos do previsto no artigo 164.º, n.º 2, d) do Código de Processo Civil, os processos de acompanhamento de maior preenchem as restrições à publicidade previstas no n.º 1 do mesmo artigo, onde se estabelece que o acesso aos autos é limitado "nos casos em que a divulgação do seu conteúdo possa causar dano à dignidade das pessoas, à intimidade da vida privada ou familiar ou à moral pública, ou pôr em causa a eficácia da decisão a proferir". Para um confronto entre o atual regime em matéria de publicidade e o regime anterior, Nuno Andrade Pissarra, *Processo Especial de Acompanhamento de Maiores*, 113.

[34] O Código de Processo Civil de Macau esclarece, a este propósito, no seu artigo 847.º, o seguinte: "1. Se a petição inicial estiver em condições de ter seguimento, o juiz determina a afixação de edital e a publicação de anúncios, nos termos do n.º 1 do artigo 197.º, com menção do nome do requerido e do objecto da acção. 2. Afixa-se ainda um edital na sede do município da residência do requerido, se esta se situar em Macau. 3. À designação do requerido nos editais e nos anúncios é aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 195.º".

processual, na medida em que se reconhece ao juiz a possibilidade de graduação do nível de publicidade a que deve obedecer cada um dos três períodos macro do processo (início, decurso e decisão final).

Esta caraterística (graduação judicial do nível de publicidade) encontra previsão expressa no artigo 893.º do Código de Processo Civil.

É atenta a sensibilidade e a importância dos interesses em causa (quer do beneficiário, quer de terceiros), que se permite que, caso tanto se afigure necessário, o juiz introduza desvios ao regime regra em matéria de publicidade.[35]

Essa concreta modelação do regime da publicidade processual[36] pode ser desenvolvida em dois sentidos.

Pode, por um lado, ocorrer no sentido do aumento do nível de publicidade externa (isto é, do grau de acesso ao conhecimento do teor dos atos processuais por sujeitos que não integrem a relação jurídica processual, nem se incluam entre os sujeitos que, integrando a orgânica judiciária[37], assegurem a regular tramitação da instância). A possibilidade de determinação da publicação de anúncios em site oficial[38] constitui um meio importante para concretização desse incremento do grau de publicidade. [39]

A diferenciação do nível de publicidade pode, por outro lado, operar no sentido da redução do grau de publicidade (interna ou externa) do processo (designadamente através da redução do número de pessoas presentes em diligências processuais).[40]

---

[35] Sobre o regime regra da publicidade no domínio processual civil, bem como sobre os desvios a esse regime, pronunciámo-nos em "Publicidade e segredo em Processo Civil — que fronteiras?", *Revista da Ordem dos Advogados* 80/3-4 (dezembro, 2020) 633-665.

[36] Esta particularidade de regime ora introduzida revela-se em conformidade com a tendência de evolução do regime processual civil em Portugal, marcada por uma crescente concessão de amplos poderes ao juiz, no sentido de lhe permitir adaptar a concreta tramitação processual em função das especificidades do litígio e da prática dos atos que em concreto se revelem mais adequados à justa composição do litígio

[37] Ou intervindo em substituição desta (assim, por exemplo, com os agentes de execução).

[38] Artigo 893.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

[39] O legislador remete a regulamentação destes meios de promoção da publicidade para portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça (artigo 893.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

[40] Diferentemente sucedia no âmbito do regime pretérito, constante da redação do Código de Processo Civil introduzida pelo D.L. n.º 329-A/95, de 12 de dezembro.

Da análise do teor do requerimento inicial pode, ainda, retirar-se a necessidade de imediato decretamento de medidas cautelares ou de adoção de medidas provisórias.[41]

Esta caraterística — previsão, normativamente integrada, de tutela cautelar (a decretar na sequência de iniciativa oficiosa ou de formulação de pedido pelo requerente) — manifesta-se em vários momentos processuais. Encontra-se consagrada no n.º 2 do artigo 891.º do Código de Processo Civil e reflete-se, sobretudo, em três especificidades de regime.

De um lado, na circunstância de — contrariamente ao que, por regra, sucede, em virtude da vigência do princípio do pedido — poder o juiz, oficiosamente (isto é, sem que tanto lhe tenha sido pedido), em qualquer momento do processo, decretar uma providência cautelar que entenda pertinente para preservação do efeito útil da ação. [42] No art. 762. da Ley de Enjuiciamiento Civil prevê-se, mais amplamente, que se o tribunal tiver conhecimento de uma pessoa em situação de "discapacidad" que requeira medidas de apoio, adotará, a título oficioso, as diligências que entenda necessárias para a sua proteção pessoal ou patrimonial, dando disso conhecimento ao Ministerio Fiscal para que este, querendo, dê início a um expediente de jurisdição voluntária.[43]

Então, o legislador reportava o regime especial de publicidade ao momento da propositura da ação e determinava, com carácter necessário, que, nesse momento, houvesse lugar a afixação de editais e publicação de anúncios. As referidas soluções normativas constavam do artigo 945.º do Código de Processo Civil, nos termos do qual: "Apresentada a petição, se a acção estiver em condições de prosseguir, o juiz determina a afixação de editais no tribunal e na sede da junta de freguesia da residência do requerido, com menção do nome deste e do objecto da acção, e publicar-se-á, com as mesmas indicações, anúncio num dos jornais mais lidos na respectiva circunscrição judicial".

[41] Dado que, nesta hipótese, tais decisões serão adotadas antes mesmo de haver lugar a citação, o exercício do contraditório que esta proporcione terá por objeto quer o teor do requerimento inicial, quer tais decisões, à semelhança (em termos devidamente adaptados) do que sucede quando, em sede de procedimentos cautelares, há lugar a diferimento do contraditório (artigos 366.º e 372.º do Código de Processo Civil).

[42] Miguel Teixeira de Sousa salienta que a vigência do princípio da efetividade (de que o regime cautelar é uma manifestação) "é patente quer quanto à efectividade da protecção do beneficiário da medida de acompanhamento, quer quanto à efectividade da medida de acompanhamento que venha a ser decretada pelo tribunal" — "O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspetos processuais", 42-43.

[43] De notar que, em conformidade com o estabelecido no artigo 756., 1 da Ley

Como segunda especificidade observa-se que a previsão legal de possibilidade de recurso à tutela cautelar se encontra, sob o ponto de vista sistemático, integrada no próprio processo especial em causa (ao invés do que acontece na generalidade dos demais processos, em que a possibilidade de recurso a esse tipo de tutela se retira das regras gerais vigentes em matéria de tutela cautelar).[44] [45]

---

de Enjuiciamiento Civil, as normas previstas nos artigos 756 e seguintes desse diploma (reguladoras dos processos sobre a adoção de medidas judiciais de apoio a pessoas com incapacidade), só se aplicarão se tiver sido apresentada oposição no processo de jurisdição voluntária ou se este não se tiver resolvido.

[44] Artigos 362.º a 409.º do Código de Processo Civil, no que diz respeito aos procedimentos cautelares nele contemplados.

[45] No âmbito do regime processual aplicável antes da entrada em vigor do diploma em análise, a expressão normativa reportava-se a noção relativa a uma caraterística em regra própria das providências cautelares (a provisoriedade), mas delas não exclusiva. Referimo-nos ao artigo 900.º da anterior redação do Código de Processo Civil português, que tinha por epígrafe "Providências provisórias" e de cujo corpo normativo constava o seguinte: "1 — Em qualquer altura do processo, pode o juiz, oficiosamente ou a requerimento do autor ou do representante do requerido, proferir decisão provisória, nos próprios autos, nos termos previstos no artigo 142.º do Código Civil. 2 — Da decisão que decrete a providência provisória cabe apelação, nos termos do n.º 2 do artigo 644.º". Esse artigo, entretanto revogado, encontra equivalência no atual artigo 855.º do Código de Processo Civil de Macau, onde se prevê: "1. Em qualquer altura do processo, pode o juiz, oficiosamente ou a requerimento do autor ou do representante do requerido, decretar a interdição ou inabilitação provisórias, nos próprios autos, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 125.º e no artigo 139.º do Código Civil. 2. Da decisão que decrete a interdição ou inabilitação provisórias cabe recurso ordinário que sobe imediatamente, em separado e sem efeito suspensivo.". Tanto não significa, porém, que a figura das providências provisórias seja estranha ao atual regime. Na verdade, ela encontra-se prevista no n.º 2 do artigo 139.º do Código Civil, onde se estabelece que: "Em qualquer altura do processo, podem ser determinadas as medidas de acompanhamento provisórias e urgentes, necessárias para providenciar quanto à pessoa e bens do requerido". Miguel Teixeira de Sousa salienta que as medidas provisórias não se confundem com as medidas cautelares, adotando, como critério distintivo entre ambas, o seguinte: "Uma medida cautelar é uma medida que antecipa uma medida de acompanhamento; por exemplo: o tribunal pode sujeitar, desde já, a celebração de certa categoria de negócios à autorização de uma pessoa (que pode vir a ser o futuro acompanhante)", entendendo por medida provisória e urgente aquela "que o tribunal impõe para protecção da pessoa ou do património do beneficiário ou que alguém, em representação deste beneficiário, trate da obtenção, junto dos serviços da segurança social, de uma pensão ou procure regularizar a situação suces-

Finalmente, ressalta a particularidade de que, quando a tutela cautelar seja promovida na pendência da ação, não haver lugar a abertura de incidente autónomo (antes decorrendo os seus trâmites no âmbito da própria ação).

1.3. Citação

Caso, após apreciação liminar, o juiz conclua que o processo reúne as condições necessárias para prosseguir, determinará, como acima observado, que haja lugar a citação.

No que a esta diz respeito, importa salientar duas notas, relativas ao *meio* de citação e às *consequências da sua frustração*.

Quanto ao primeiro aspeto *(meio de citação),* o legislador enfatiza, em sintonia com o princípio geral da gestão processual[46], que o juiz deve selecionar o meio de citação que, em função das circunstâncias, entenda ser o mais eficaz (por regra correspondente à citação por via de contacto pessoal).[47] [48] [49]

No que diz respeito ao segundo aspeto (*frustração da citação*, designadamente em virtude de o beneficiário se encontrar impossibilitado de a

sória do beneficiário junto de outros herdeiros" — "O regime do acompanhamento de maiores", 43-44.

[46] Artigo 6.º do Código de Processo Civil.

[47] Artigo 895.º, n.º 1, segunda parte, do Código de Processo Civil. Miguel Teixeira de Sousa identifica o regime de citação como uma das manifestações concretizadoras do princípio da gestão processual no regime de acompanhamento de maior" — "O regime do acompanhamento de maiores", 44.

[48] No âmbito do regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, excluía-se expressamente a realização de citação por via postal (cfr. primeira parte do n.º 2 do artigo 942.º do Código de Processo Civil, na sua anterior redação). Dessa proibição salvaguardavam-se apenas as ações intentadas com base em mera prodigalidade do inabilitando (primeira parte do n.º 2 do artigo 893.º do Código de Processo Civil, na sua anterior redação). Era o seguinte o teor desse preceito: "É aplicável à citação o disposto na parte geral; a citação por via postal não terá, porém, cabimento, salvo quando a acção se basear em mera prodigalidade do inabilitando."

[49] No Código de Processo Civil de Macau dispõe-se, a este propósito, no seu artigo 848.º, o seguinte: "1. O requerido é citado para contestar, no prazo de 30 dias. 2. Não há lugar à citação por via postal, salvo se a acção se basear em prodigalidade do inabilitando.".

receber), a efetividade da defesa é assegurada mediante previsão de que a mesma incumbirá ao Ministério Público.[50] [51]Para tanto, este será citado[52], correndo novamente o prazo para exercício do contraditório.[53]

Prescindir-se-á, porém, da realização do ato de citação quando o requerente seja, em simultâneo, o beneficiário.[54] Exceção que bem se compreende, já que, se a diligência de citação se destina a levar ao conhecimento do beneficiário que relativamente a si foi proposta a ação em apreço, quando tenha sido o beneficiário a dar início à ação esse conhecimento encontra-se, por natureza, assegurado.[55]

---

[50] No âmbito do regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, a frustração da citação não conduzia, com caráter imediato, à citação do Ministério Público. Esta era concebida como medida de *ultima ratio*. Antes devia o juiz designar curador provisório para o efeito, como decorre da anterior redação do n.º 1 do artigo 894.º do Código de Processo Civil: "Se a citação não puder efetuar-se, em virtude de o requerido se encontrar impossibilitado de a receber, ou se ele, apesar de regularmente citado, não tiver constituído mandatário no prazo de contestação, o juiz designa, como curador provisório, a pessoa a quem provavelmente competirá a tutela ou a curatela, que não seja o requerente, que será citada para contestar em representação do requerido; não o fazendo, aplica-se o disposto no artigo 21.º".

[51] O Código de Processo Civil de Macau rege, a este propósito, no seu artigo 849.º, nos seguintes termos:" 1. Se a citação não puder efectuar-se, em virtude de o requerido se encontrar impossibilitado de a receber, ou se ele, apesar de regularmente citado, não tiver constituído mandatário no prazo da contestação, é citado para contestar, como curador especial, a pessoa a quem provavelmente competirá a tutela ou a curatela, que não seja o requerente; não havendo contestação, aplica-se o disposto no artigo 49.º 2. Se for constituído mandatário judicial pelo requerido ou pelo respectivo curador especial, o Ministério Público, quando não seja o requerente, tem intervenção acessória no processo".

[52] Em conformidade com o previsto no n.º 1 do artigo 21.º do Código de Processo Civil, a citação do Ministério Público será realizada através do sistema de informação de suporte à atividade dos tribunais, nos termos definidos na portaria prevista no n.º 2 do artigo 132.º, presumindo-se a citação efetuada no terceiro dia posterior ao do seu envio.

[53] Artigos 895.º, n.º 2 e 21.º do Código de Processo Civil.

[54] Artigo 895.º, n.º 1, primeira parte do Código de Processo Civil.

[55] Nota Miguel Teixeira de Sousa que, se a acção for proposta pelo beneficiário ou por alguém em sua substituição, o Ministério Público, enquanto órgão a quem incumbe representar os incapazes (artigo 3.º, n.º 1, alínea *a),* EMP), deve ser chamado a intervir no processo como parte principal (artigo 5.º, n.º 1, alínea *c),* EMP) — "O regime do acompanhamento de maiores", 48. Sobre várias hipóteses relativamente à de-

1.4. Resposta

O exercício do contraditório tem lugar mediante o oferecimento de resposta, a apresentar, no prazo de dez dias.[56]

É esta uma manifestação da especial celeridade conferida ao processo[57], a cuja tramitação é conferida, com caráter geral, natureza *urgente*, como resulta, em termos literais, de modo expresso, da primeira parte do n.º 1 do artigo 891.º do Código de Processo Civil. Esta característica manifesta-se, depois, de modo concreto, em alguns aspetos reveladores da maior concentração da sequência processual. Disso é exemplo, como referido, o período mais contido de que o beneficiário dispõe para contestar (10 dias[58], quando o prazo regra para oferecimento de contestação no âmbito do processo comum corresponde a 30 dias[59]). Desta caraterística decorrem, por outro lado, como corolários, os traços que, em geral, caraterizam os processos urgentes. Donde se lhe aplica, designadamente, o critério da não suspensão dos prazos durante as férias judiciais[60], bem como a adoção de prazo mais curto para efeitos de interposição de recurso ordinário[61].

A omissão de apresentação de resposta conduz a que a mesma passe a ser incumbência do Ministério Público, que para tanto será citado.[62] [63]

---

terminação do sujeito a citar, Margarida PAZ, "O papel do Ministério Público no processo do maior acompanhado", *Cadernos de Direito Privado* 66 (abril-junho, 2019) 28.

[56] Artigo 896.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

[57] Como Nuno Andrade Pissarra explicita, a especial celeridade do processo decorre também de outras previsões normativas, designadamente das que se encontram previstas nos artigos 892.º, n.º 2, 895.º, n.º 1, 896.º, n.º 1, 897.º, n.º 1 e 899.º, n.º 1 do CPC — *Processo Especial de Acompanhamento de Maiores*, 17.

[58] Artigo 896.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

[59] Artigo 569.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

[60] Artigo 138.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

[61] Artigos 638.º, n.º 1 e 677.º do Código de Processo Civil (quanto aos recursos de apelação e de revista, respetivamente), onde se prevê o prazo de 15 dias.

[62] Artigos 896.º, n.º 2 e 21.º do Código de Processo Civil.

[63] De acordo com a solução adotada antes da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, também aqui a citação do Ministério Público só se verificava caso o curador provisório designado para oferecimento de defesa a não apresentasse, como resultava da já acima transcrita anterior redação do n.º 1 do artigo 947.º

Em coerência com a natureza urgente do processo, à resposta não sucederão quaisquer outros articulados.[6465]

Contudo, e em conformidade com o previsto no n.º 4 do artigo 3.º do Código de Processo Civil, não poderá deixar de ser concedida ao requerente a possibilidade de exercer o contraditório relativamente a eventuais exceções que sejam invocadas na resposta.

2. Fase intermédia

Uma vez terminados os articulados, o processo é concluso ao juiz para prolação de despacho.

Assim se inicia uma fase intermédia que tem por escopo o desenvolvimento de atividade equivalente (em termos devidamente adaptados) àquela que, no âmbito do processo declarativo comum, tem lugar em sede de pré-saneamento e saneamento[66].

O decisor desenvolverá, assim, quanto ao articulado de resposta, exercício de análise idêntico àquele que, na fase liminar, desenvolveu quanto ao requerimento inicial. Donde poderá concluir: haver fundamento para imediata extinção da instância por motivos de índole processual, existirem razões para convite ao aperfeiçoamento da resposta ou

---

do Código de Processo Civil: "Se a citação não puder efetuar-se, em virtude de o requerido se encontrar impossibilitado de a receber, ou se ele, apesar de regularmente citado, não tiver constituído mandatário no prazo de contestação, o juiz designa, como curador provisório, a pessoa a quem provavelmente competirá a tutela ou a curatela, que não seja o requerente, que será citada para contestar em representação do requerido; não o fazendo, aplica-se o disposto no artigo 21.º". Em desenvolvimento, previa-se no n.º 2 do mesmo artigo: "Se for constituído mandatário judicial pelo requerido ou pelo respetivo curador provisório, o Ministério Público, quando não seja o requerente, apenas terá intervenção acessória no processo".

[64] Diferentemente, no âmbito do regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, previa-se que à contestação se seguiriam os demais articulados admitidos em processo comum (cfr. o artigo 895.º do Código de Processo Civil na redação então vigente).

[65] No atual Código de Processo Civil de Macau estabelece-se, quanto a este aspeto, o seguinte: "Se houver contestação, seguem-se os demais articulados admitidos em processo ordinário de declaração".

[66] Regulada entre os artigos 590.º a 598.º do Código de Processo Civil.

dever tão só praticar os atos necessários à regular continuidade da subsequente atividade processual. Nesta última hipótese, pronunciar-se-á relativamente ao nível de publicidade a observar durante o curso do processo[67]; apreciará os requerimentos de prova que tenham sido apresentados pelas partes, bem como a prova documental por estas junta e, em conformidade com o geral princípio do inquisitório,[68] ordenará a produção dos meios de prova que entenda aplicáveis, bem como a obtenção de informações[69] [70]que entenda convenientes, marcando, em simultâneo, as datas para a realização das diligências de prova (audição do beneficiário e, por exemplo, eventuais perícia, prestação de depoimentos testemunhais e inspeção judicial[71]).

[67] Artigo 897.º, n.º 1 do Código de Processo Civil. Aqui valerá também, como critério decisório, a regra (contemplada no artigo 153.º, n.º 1 do Código Civil) de que a publicidade se deve circunscrever ao estritamente necessário para a defesa dos interesses do beneficiário ou de terceiros. Miguel Teixeira de Sousa sublinha-o, por referência ao relevo da tutela da intimidade da vida privada — "O regime do acompanhamento de maiores", 41.

[68] Nos termos do previsto no artigo 411.º do Código de Processo Civil: "Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer".

[69] A obtenção de informação com esta natureza pode, aliás, revelar-se importante para avaliar da necessidade de, já nesta fase do processo, o juiz adotar medidas imediatas para proteção (assim tão precocemente quanto possível) do beneficiário (designadamente decretando medidas provisórias ou providências cautelares ou, ainda, dirigindo, em conformidade com o previsto no artigo 894.º do Código de Processo Civil, comunicações e ordens a instituições de crédito, a intermediários financeiros, a conservatórias do registo civil, predial ou comercial, a administrações de sociedades ou a quaisquer outras entidades).

[70] O atual Código de Processo Civil de Macau rege, a este propósito, no seu artigo 851.º, nos seguintes termos: "Quando se trate de acção de interdição, ou de inabilitação não fundada em prodigalidade, haja ou não contestação, procede-se, findos os articulados, ao interrogatório do requerido e à realização da perícia".

[71] Também a prestação de depoimento pelo requerente (quando este não seja o beneficiário — que já é ouvido na obrigatória diligência da sua audição — ou o Ministério Público) e a audição da pessoa proposta para desempenhar as funções de acompanhante podem, em concreto, assumir interesse para efetiva compreensão, pelo decisor, das razões que conduziram à propositura da ação, bem como das reais condições e capacidade para desempenho da atividade de acompanhamento.

De notar que os poderes do juiz beneficiam de maior amplitude que no processo comum, em virtude da *natureza mista* das regras especiais aplicáveis. [72] Na verdade, apesar de se tratar de um processo de jurisdição contenciosa, aplicam-se-lhe (em termos devidamente adaptados) algumas das regras dos processos de jurisdição voluntária (as que aí regem os poderes do juiz, o critério de julgamento e a alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes[73]).

A enunciação normativa desta caraterística (de aplicação transversal no processo) situa-se, sob o ponto de vista literal, na segunda parte do n.º 1 do mencionado artigo 891.º e revela-se, de modo concreto, em vários aspetos do regime, como *infra* melhor se terá oportunidade de explicitar. Dela se retira, quando conjugada com o regime geral, que o processo em apreço obedece a um regime normativo escalonado, quanto à sua fonte (interna), em três níveis. Para efeitos decisórios em matéria processual aplicar-se-ão, em primeiro lugar, as normas contidas nos artigos 891.º a 901.º do Código de Processo Civil. O processo obedecerá, depois, a título subsidiário (isto é, quanto ao que não se encontre regulado no primeiro nível), às regras da jurisdição voluntária no que diz respeito aos três aspetos acima mencionados.[74] No mais, relevará, em segundo nível de subsidiariedade, o regime consagrado nas disposições

[72] Maria dos Prazeres Beleza sublinha, como traço importante e global do regime do acompanhamento de maior, o "incremento do papel do juiz, seja na definição das próprias *situações* em que se justifica decretar certas medidas (por ex: quando é a que *saúde* ou o *comportamento* impedem o consciente exercício dos direitos ou cumprimento de deveres), seja das *limitações* a aplicar a cada situação, seja na *condução dos processos judiciais* respectivos" — "Brevíssimas notas sobre a criação do regime do maior acompanhado", 21.

[73] Porque a remissão se circunscreve a este âmbito, o prazo para proferir a sentença e as regras relativas ao patrocínio judiciário, próprias da jurisdição voluntária, não se aplicam.

[74] Poderes do juiz, critérios de julgamento e alterabilidade das decisões proferidas. No sentido, que acompanhamos, de que, atenta a circunstância de a remissão, feita do artigo 891.º, n.º 1 do CPC para o artigo 986.º, n.º 2 do CPC, ser feita com as necessárias adaptações (o que envolve a conjugação com o previsto no artigo 892.º, n.º 1, a) do CPC), o tribunal não beneficia de poderes inquisitórios quanto aos factos constitutivos da instituição de acompanhamento, Nuno Andrade PISSARRA, *Processo Especial de Acompanhamento de Maiores*, 27.

gerais e comuns, bem como o regime aplicável ao processo declarativo comum (artigo 549.º do Código de Processo Civil).[75]

3. Produção de prova

Apesar de não haver qualquer restrição legal no que diz respeito ao tipo de meios de prova convocáveis para instrução e decisão da causa, cumpre salientar algumas especificidades associadas à audição pessoal do requerido.[76] Trata-se de diligência instrutória atípica[77] que tem por fim averiguar a sua situação e ajuizar das medidas de acompanhamento mais adequadas.[78] [79]

As particularidades que notamos no que diz respeito a esta audição reconduzem-se, no essencial, a três traços.

[75] Nos termos do artigo 549.º do Código de Processo Civil os processos especiais "regulam-se pelas disposições que lhes são próprias e pelas disposições gerais e comuns; em tudo o quanto não estiver previsto numas e noutras, observa-se o que se acha estabelecido para o processo comum".

[76] Sobre a evolução do regime da audição do beneficiário (antes designada interrogatório), Maria Inês COSTA, "A audição do beneficiário no regime jurídico do maior acompanhado: notas e perspectivas", *Julgar* (julho, 2020) 7-9.

[77] Neste sentido, Miguel Teixeira de SOUSA, "O regime do acompanhamento de maiores", 44. A classificação como atípica releva quando se tome por referência o conjunto geral de meios de prova. Representará, contudo, sob outra perspetiva, prova típica pelo facto de se encontrar legalmente tipificada no âmbito deste processo especial. No sentido de que se trata de prova nominada e típica, Nuno Andrade PISSARRA, *Processo Especial de Acompanhamento de Maiores*, 152.

[78] Em consonância com a diferente conceção (ou pelo menos com o diferente enfoque) que presidia ao regime deste processo especial antes da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, previa-se, na redação então vigente do artigo 897.º do Código de Processo Civil, que o interrogatório tinha por fim "averiguar da existência e do grau de incapacidade do requerido e é feito pelo juiz".

[79] O atual Código de Processo Civil de Macau dispõe, a este propósito, no seu artigo 852.º, o seguinte: "O interrogatório tem por fim averiguar da existência e do grau de incapacidade do requerido e é feito pelo juiz, com a assistência do autor, dos representantes do requerido e do perito ou peritos nomeados, podendo qualquer dos presentes sugerir a formulação de certas perguntas".

Destaca-se, por um lado, a natureza obrigatória que a realização da diligência em apreço assume, devendo, assim, o juiz proceder a essa audição.[80]

De salientar, por outro lado, o caráter direto e imediato da audição, na medida em que será o juiz a realizar a inquirição (não obstante os presentes poderem sugerir a formulação de perguntas)[81] [82]. Para que a efetividade do caráter imediato seja assegurada a nível físico, o juiz deslocar-se-á, quando necessário, ao local onde o beneficiário se encontre.[83] [84]

---

[80] No sentido de que, sem prejuízo da gravação, o teor da audição do beneficiário deve ser sempre reduzido a auto, de modo a facilitar o processo decisório e futuras revisões da decisão, Maria Inês Costa, "A audição do beneficiário no regime jurídico do maior acompanhado", 27-28.

[81] Artigo 898.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

[82] Releva, a este propósito, também o teor do n.º 1 do artigo 139.º do Código Civil: "O acompanhamento é decidido pelo tribunal, após audição pessoal e direta do beneficiário, e ponderadas as provas". No âmbito do regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, a diligência de audição (então designada interrogatório) só assumia caráter obrigatório quando em ação de interdição ou de inabilitação, cujo fundamento não fosse a mera prodigalidade, não tivesse sido havido revelia (ou seja, tivesse havido contestação). O teor literal da redação então vigente do artigo 896.º do Código de Processo Civil era o seguinte: "Quando se trate de ação de interdição, ou de inabilitação não fundada em mera prodigalidade, procede-se, findos os articulados, à realização do exame pericial ao requerido e, tendo havido contestação, ao seu interrogatório". No artigo 897.º do Código de Processo Civil estabelecia-se, então, que o interrogatório tinha por fim "averiguar da existência e do grau de incapacidade do requerido e é feito pelo juiz, com a assistência do autor, dos representantes do requerido e do perito ou peritos nomeados, podendo qualquer dos presentes sugerir a formulação de certas perguntas".

[83] Estes dois aspetos resultam do previsto no n.º 2 do artigo 897.º do Código de Processo Civil.

[84] Maria Inês Costa reflete sobre a solução a adotar quando o beneficiário altere a sua morada, durante a pendência do processo (em momento anterior à realização da sua audição) para comarca diferente. O problema suscita-se na medida em que, por regra, a alteração de domicílio não determina a alteração do tribunal competente (artigo 38.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto — Lei de Organização do Sistema Judiciário), o que significa que, de acordo com o regime vigente, duas hipóteses se prefiguram: ou o beneficiário é ouvido pelo juiz do processo através de meios de comunicação à distância ou é ouvido, presencialmente, por juiz que não o do processo em diligência a realizar na sequência de expedição de carta precatória. Na esteira de António Pinto Monteiro e de Nuno Lopes Ribeiro, a autora rejeita a primeira hipótese. A se-

No regime alemão, não obstante se prever, no §278 da FamFG, que o tribunal deve ouvir pessoalmente o interessado, de modo a conhecer os seus desejos e a formar uma impressão pessoal (*persönlichen Eindruck*), contempla-se também a possibilidade de não haver lugar a essa diligência se existir receio de que isso cause prejuízos significativos ou se o interessado estiver manifestamente incapaz de exprimir a sua vontade (§34 (2) e §278 (4) da FamFG). Esta ressalva encontra-se também prevista no regime francês, embora em termos mais amplos, no que diz respeito às razões atinentes ao estado de saúde, prevendo-se que pode não haver audição se esta puder prejudicar a saúde do interessado ou se este não se encontrar capaz de exprimir a sua vontade (art. 1220-3 do Code de Procédure Civile e art. 432 do Code Civile).

De sublinhar, por fim, a possibilidade de exclusão *parcial* da publicidade da audição. Por regra, podem assistir à diligência o requerente, os representantes do beneficiário e o perito (ou peritos) se tiverem sido nomeados.[85] Porém, caso tanto se lhe afigure pertinente para assegurar, o juiz pode deter-

gunda hipótese levanta, por sua vez, o problema de saber se, sendo o beneficiário ouvido pelo tribunal deprecado, não deverá ser este (que não o tribunal onde a ação foi proposta) a proferir decisão. A autora defende que a solução no sentido de ser este segundo tribunal a decidir não poderia fundamentar-se no princípio da plenitude de assistência dos juízes (artigo 605.º do Código de Processo Civil), por entender não estar em causa a fase de audiência de julgamento. Sublinha, contudo, que a mera redução a escrito do resultado da audição realizada no tribunal deprecado, de molde a ser utilizado pelo juiz do tribunal onde a ação foi proposta, não se revela suficiente para assegurar os desideratos que presidem à legislação em apreço, "A audição do beneficiário no regime jurídico do maior acompanhado", 16-27. Cremos que a obrigatoriedade de realização da audição do beneficiário, associada à inequívoca importância de que a mesma seja realizada pelo juiz que virá a proferir a decisão determinam que a competência para decidir a causa deveria transitar para o tribunal da comarca onde o beneficiário passou a residir com caráter duradouro (admitindo que tal mudança não foi propositadamente realizada em tentativa de *forum shopping*). Tanto pressuporia, contudo, que o legislador consagrasse normativamente, de forma expressa, essa solução. Solução legal que, assim, representaria solução especial ante a regra de que a competência se fixa, com caráter imodificável, no momento em que a ação é proposta. De notar, aliás, que, na norma em que se prevê esse princípio (o referido artigo 38.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto), se contempla também a possibilidade de, em situações especiais, a lei consagrar solução diversa da contida nessa regra: "A competência fixa-se no momento em que a ação se propõe, sendo irrelevantes as modificações de facto que ocorram posteriormente, a não ser nos casos especialmente previstos na lei".

[85] Cfr. n.º 2 do artigo 898.º do Código de Processo Civil.

minar que parte da audição decorra apenas na presença do beneficiário.[86] [87] Já no regime francês a audição não é, por regra, pública. O juiz poderá, contudo, caso o entenda oportuno, proceder à audição com a presença de outras pessoas (art. 1220 — 1 do Code de Procédure Civile).

4. Sentença final

Uma vez coligidos e apreciados os elementos necessários à prolação da decisão final, o juiz proferirá sentença.[88]

A elaboração desta obedecerá aos requisitos gerais previstos, a este propósito, no âmbito do processo declarativo comum.[89]

---

[86] Miguel Teixeira de Sousa observa, também, a este propósito, que, por razões de igualdade processual, se se vedar a presença, na diligência de audição, do mandatário da outra parte, tanto determinará igualmente a impossibilidade de presença do mandatário do beneficiário" — "O regime do acompanhamento de maiores", 45. Cfr. n.º 3 do artigo 898.º do Código de Processo Civil.

[87] Acompanhamos Miguel Teixeira de Sousa quando nota que a obrigatoriedade de audição do beneficiário não significa que "se estiver comprovado no processo que essa audição pessoal e directa não é possível (porque, por exemplo, o beneficiário se encontra em coma), o juiz, fazendo uso dos seus poderes de gestão processual (artigo 6.º, n.º 1) e de adequação formal (artigo 547.º), não deva dispensar, por manifesta impossibilidade, a realização dessa mesma audição — "O regime do acompanhamento de maiores", 51. No mesmo sentido, Maria Inês Costa, "A audição do beneficiário no regime jurídico do maior acompanhado", 14-15.

[88] A morte do beneficiário é também, nos termos do previsto no n.º 1 do artigo 904.º do Código de Processo Civil, causa de extinção da instância. A esta causa extintiva presidirá a ideia inutilidade superveniente da lide. No sentido de que representa uma extinção por inutilidade superveniente da lide, Bruno Mestre, *O Acompanhamento de Maiores na Jurisprudência (2019/2024) Regime Substantivo e Processual,* Coimbra: Almedina, 2025, 265. Diferentemente, no âmbito do regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, previa-se, no então artigo 904.º do Código de Processo Civil, que: "1 — Falecendo o requerido no decurso do processo, mas depois de feitos o interrogatório e o exame, pode o requerente pedir que a ação prossiga para o efeito de se verificar se existia e desde quando datava a incapacidade alegada. 2 — Não se procede neste caso a habilitação dos herdeiros do falecido, prosseguindo a causa contra quem nela o representava". Quanto a este aspeto, o atual artigo 859.º do Código de Processo Civil de Macau apresenta uma redação em tudo igual à daquele revogado artigo.

[89] Artigos 607.º e 608.º do Código de Processo Civil.

Por outro lado, para que a decisão proferida seja no sentido do decretamento de medidas de acompanhamento, necessário será, antes de mais, que se verifiquem, no caso, os pressupostos legais para tanto: o maior deverá encontrar-se *impossibilitado por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres.* Requisitos que, no seu conjunto, evidenciam (pela maior amplitude de hipóteses merecedoras de tutela que comportam) uma tendência *expansiva* (a que *supra* se aludiu) do universo aplicativo do regime em apreço (quando cotejado com o âmbito de situações a que o regime anterior se aplicava).

Necessário será, por outro lado, que o decisor possa concluir que o estabelecimento de medidas de acompanhamento é inevitável, em virtude de o objetivo a prosseguir com o acompanhamento não se mostrar garantido através do exercício dos deveres de cooperação e assistência.[90]

Admitindo que o tribunal conclui nesse sentido, importa, quanto ao mais, explicitar três especificidades.

Uma, relativa aos poderes decisórios do juiz. Outra, relativa ao teor da sentença. Uma terceira, ainda, concernente ao limite temporal do poder decisório do juiz.

A primeira assume natureza de exceção. Dela decorre que o juiz não se encontra limitado pelo princípio do pedido, podendo decretar medidas de acompanhamento não coincidentes com as que foram solicitadas pelo requerente.[91]

---

[90] Artigo 140.º, n.º 2 do Código Civil. Miguel Teixeira de Sousa identifica duas condições de decretamento de medida de acompanhamento: "uma condição positiva (orientada por um princípio de necessidade): tem de haver justificação para decretar o acompanhamento do maior e, designadamente, uma das medidas enumeradas no artigo 145.º, n.º 2 CC; isto significa que, na dúvida, não é decretada nenhuma medida de acompanhamento" e "uma condição negativa (norteada por um princípio de subsidiariedade): dado que a medida de acompanhamento é subsidiária perante os deveres gerais de cooperação e assistência (nomeadamente, de âmbito familiar) (artigo 140.º, n.º 2, CC), o tribunal não deve decretar aquela medida" — "O regime do acompanhamento de maiores", 51.

[91] Artigos 145.º, n.º 2.º do Código Civil e 900.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código de Processo Civil. De tais normas decorre a não aplicação do previsto nos artigos 609.º, n.º 1 e 615.º, n.º 1, e) do Código de Processo Civil. Da circunstância de o juiz não estar vinculado à medida de acompanhamento requerida pelo requerente que instaurou o processo (aspeto de regime compreensível na medida em que "o juiz não deve decretar nem uma

A segunda prende-se com o teor da sentença, na medida em que se impõe que dela conste, a título de conteúdo específico e acautelando o respeito pela vontade antecipadamente expressa pelo acompanhado: a designação do acompanhante (a que se pode somar a designação de um acompanhante substituto, de vários acompanhantes e, sendo o caso, do conselho de família); as concretas medidas de acompanhamento adotadas (a definir em conformidade com o previsto no artigo 145.º do Código Civil), podendo o juiz limitar-se a adotar uma dessas medidas ou, se tanto se revelar mais adequado, construir — em expressão concretizadora da maior *flexibilidade* deste regime, em matéria de determinação judicial de medidas de proteção (quando comparado com as soluções taxativas propugnadas no âmbito das anteriores figuras da interdição e da inabilitação) — um regime especial ou misto que, em concreto, se revele próprio para assegurar, em termos efetivos e tão plenos quanto possível, a tutela do maior beneficiário; a existência de testamento vital e de procuração para cuidados de saúde e, quando possível, a fixação da data a partir da qual as medidas decretadas se tornaram convenientes.[92] [93] [94] [95]

---

medida que seja excessiva atendendo às necessidades do beneficiário, nem uma medida que seja insuficiente considerando essas mesmas necessidades"), Miguel Teixeira de Sousa retira que "não há nenhum obstáculo a que esse requerente altere essa medida fora dos condicionalismos estabelecidos no art.º 265.º, n.º 2, para a alteração do pedido", já que a medida de acompanhamento deve poder ser adaptada à situação desse beneficiário apurada no próprio processo de acompanhamento" — "O regime do acompanhamento de maiores", 46.

[92] Artigo 900.º do Código de Processo Civil.

[93] No âmbito do regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, era diferente a solução consagrada a esse propósito. Constava do então artigo 901.º do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: "1 — A sentença que decretar, definitiva ou provisoriamente, a interdição ou a inabilitação, consoante o grau de incapacidade do requerido e independentemente de se ter pedido uma ou outra, fixa, sempre que seja possível, a data do começo da incapacidade e confirma ou designa o tutor e o protutor ou o curador e, se for necessário, o subcurador, convocando o conselho de família, quando deva ser ouvido. 2 — No caso de inabilitação, a sentença especifica os atos que devem ser autorizados ou praticados pelo curador. 3 — Se a interdição ou inabilitação for decretada em apelação, a nomeação do tutor e protutor ou do curador e subcurador faz-se na 1.ª instância, quando baixe o processo. 4 — Na decisão da matéria de facto, deve o juiz oficiosamente tomar em consideração todos os factos provados, mesmo que não alegados pelas partes". Tal disposição, entretanto revogada, encontra equivalência no atual artigo 856.º do Código de Processo Civil de Macau, onde se dispõe: "1. A sentença que, independentemente de se ter pedido uma ou

outra, decretar a título definitivo ou provisório a interdição ou a inabilitação, fixa, sempre que possível, a data do começo da incapacidade e confirma ou designa o tutor e o protutor ou o curador e, se for necessário, o subcurador, convocando o conselho de família, quando deva ser ouvido. 2. No caso de inabilitação, a sentença especifica os actos que devem ser autorizados ou praticados pelo curador. 3. Se a interdição ou inabilitação for decretada em recurso ordinário, a nomeação do tutor e protutor ou do curador e subcurador faz-se na primeira instância, quando baixe o processo. 4. Na decisão da matéria de facto deve o juiz tomar em consideração todos os factos provados, mesmo que não alegados pelas partes".

[94] Os aspetos referidos em texto não assumem caráter esgotante enquanto conteúdo da sentença. A estes, outros podem acrescer. Na verdade, e a título de exemplo, a decisão de acompanhamento constitui impedimento matrimonial dirimente absoluto, quando a sentença assim o determine (artigo 1601.º, b) do Código Civil). De notar que, quando dotado de poderes para o efeito, o acompanhante beneficia de legitimidade para propor ação de anulação de casamento fundada em impedimento dirimente, bem como para lhe dar continuidade, caso já se encontrasse pendente (artigo 1639.º, n.º 2 do Código Civil). Contudo, para proteção do acompanhado, o prazo para este intentar ação de anulação fundada em impedimento dirimente só caduca decorridos que sejam seis meses depois de cessar ou ser revisto, nesse sentido, o acompanhamento (artigo 1643.º, n.º 1, *a),* primeira parte, do Código Civil). Por outro lado, em conformidade com o previsto no artigo 1601.º*, d)* do Código Civil, o acompanhamento de maior será impedimento matrimonial impediente, sendo que a infração desta norma importa para o acompanhante ou administrador "a incapacidade para receberem do seu cônjuge qualquer benefício por doação ou testamento" (artigo 1650.º, n.º 2 do Código Civil). De notar, ainda quanto ao teor da decisão final, que, quando a sentença assim o determine, o acompanhamento de maior provoca a cessação de todos os efeitos de procuração que o maior tivesse emitido para se fazer representar, enquanto nubente, por procurador, no ato de celebração do casamento (artigo 1621.º, n.º 1 do Código Civil). Da sentença pode também decorrer, em termos devidamente fundamentados, a inibição do exercício das responsabilidades parentais (artigo 1913.º, n.º 1, *b)* do Código Civil); inibição que findará com o termo do acompanhamento ou com a sua revisão nesse sentido (artigo 1914.º do Código Civil). Quando tanto se justifique, poderá o tribunal determinar a incapacidade do maior acompanhado para testar (artigo 2189.º, *b)* do Código Civil), sendo que o testamento que seja feito em infração dessa determinação padece de nulidade (artigo 2190.º do Código Civil). Ainda em sede de regime testamentário, importa observar que, ao abrigo e sob as condições inerentes à figura da substituição quase-pupilar, o progenitor de maior acompanhado tem a faculdade de substituir ao filho os herdeiros ou legatários que bem lhe aprouver, quando o filho (maior acompanhado) for, nos termos da sentença de acompanhamento, incapaz de testar (artigo 2298.º, n.º 1 do Código Civil). A substituição quase-pupilar perderá, contudo, a sua eficácia quando cesse a incapacidade de testar do maior acompanhado ou se este (substituído) falecer deixando descendentes ou ascendentes (artigo 2298.º,

No que estritamente concerne ao regime de acompanhamento a aplicar no caso concreto, dois são os principais[96] aspetos a definir: por um lado, a determinação do sujeito que desempenhará as funções de acompanhante; por outro lado, a definição da medida ou medidas de acompanhamento a aplicar no caso.

No que diz respeito ao primeiro aspeto — designação do sujeito que desempenhará as funções de acompanhante —, importa verificar se

n.º 2 do Código Civil). Pode, por outro lado, haver lugar a definição judicial de domicílio legal. Quando tenha sido instituído o regime da administração de bens, o domicílio do maior acompanhado será o do administrador, nas relações a que essa administração se refere, desde que daí não resulte que o maior acompanhado não tenha domicílio em território nacional (artigo 85.º, n.ºs 5 e 6 do Código Civil). No mais, em conformidade com o previsto no artigo 85.º, n.º 4 do Código Civil (e sob a mesma condição: desde que daí não resulte que o maior acompanhado não tem domicílio em território nacional), o domicílio do maior acompanhado é determinado de acordo com as regras gerais constantes dos artigos 82.º a 84.º do mesmo diploma (onde se encontram regulados o domicílio voluntário geral, o domicílio profissional e o domicílio eletivo). Estas regras recuam, porém, como se prevê no mesmo artigo, caso a sentença que decreta o acompanhamento dispuser especificamente quanto a esse aspeto. A definição judicial do domicílio legal assumirá relevo, entre o mais, para efeito de determinação da lei pessoal aplicável quando o maior acompanhado seja apátrida com domicílio em território nacional, na medida em que a lei pessoal será a lei do domicílio legal (artigo 32.º, n.º 2 do Código Civil).

[95] Como sublinha Jorge Artur Costa, ante a alteração de redação introduzida pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, no artigo 495.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, o decretamento de uma medida de acompanhamento de maior (mesmo se medida de representação) não implica necessariamente a impossibilidade de o depoimento prestado pelo maior ser considerado para efeitos decisórios, cabendo ao tribunal avaliar, em concreto, a aptidão para depor, bem como apreciar criticamente o conteúdo do depoimento e determinar a sua valia ou não (ou a medida em que pode valer) para efeitos processuais, "Capacidade para depor como testemunha: as alterações ao artigo 495.º, n.º 1, do Código de Processo Civil pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto (regime jurídico do maior acompanhado)", *Revista de Direito Civil* 4/2 (2019) esp. 372-373. De acordo com a atual redação do n.º 1 do artigo 495.º do Código de Processo Civil: "Têm capacidade para depor como testemunhas todos aqueles que tiverem aptidão mental para depor sobre os factos que constituam objeto da prova". Na redação anterior a interdição implicava, necessariamente, a incapacidade do interdito para depor como testemunha.

[96] Não exclusivos, como se retira do parágrafo antecedente.

o beneficiário procedeu ou não a escolha em momento anterior ao início da instância.

Caso o maior, antecipando hipotética necessidade de acompanhamento, tenha celebrado mandato (com ou sem poderes de representação)[97] para futura gestão dos seus interesses[98], o tribunal decidirá manter ou não o mandato.[99] [100]

Se decidir no sentido da sua manutenção, tê-lo-á em consideração (total ou parcialmente) para efeito de designação do acompanhante.

Se, ao invés, o beneficiário não houver provido ou se o tribunal fizer cessar o mandato (por presumir que a vontade do mandante seria a de o revogar)[101], caberá ao decisor designar como acompanhante a pessoa que se revele mais apta a salvaguardar o "interesse imperioso do beneficiário". Do elenco legal de pessoas passíveis de exercer essas funções constam os seguintes sujeitos: *a)* cônjuge não separado, judicialmente ou de facto; *b)* unido de facto; *c)* qualquer dos pais; *d)* pessoa designada pelos pais ou pela pessoa que exerça as responsabilidades parentais, em testamento ou em documento autêntico ou autenticado; *e)* filhos maiores; *f)* qualquer dos avós; *g)* pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado; *h)* mandatário a quem o acompanhado tenha conferido poderes de representação; *i)* outra pessoa idónea.

---

[97] Nos termos do previsto no n.º 2 do artigo 156.º do Código Civil, o mandato "segue o regime geral e especifica os direitos envolvidos e o âmbito da eventual representação, bem como quaisquer outros elementos ou condições de exercício, sendo livremente revogável pelo mandante".

[98] Artigo 156.º, n.º 1 do Código Civil.

[99] Artigo 156.º, n.º 4 do Código Civil.

[100] Sobre o caráter central dos instrumentos voluntários de planeamento das situações de diminuição de capacidade e, em particular, sobre a figura adotada no âmbito do novo regime de acompanhamento de maior (mandato com vista ao acompanhamento), considerando, designadamente, os seus sujeitos, conteúdo e meios de controlo, Paula Távora Vítor, "O "mandato com vista ao acompanhamento"", in António Pinto Monteiro, coord., Colóquio O novo regime do maior acompanhado, Instituto Jurídico, novembro, 2019, 245-272. No sentido de que ao maior acompanhado assiste o direito de emitir diretiva antecipada de vontade, Lucas Nóbrega Ribeiro, "O maior acompanhado e as diretivas antecipadas de vontade", Lex Medicinae 16/31-32 (2019) 59..

[101] Artigo 156.º, n.º 4 do Código Civil.

No que diz respeito à idoneidade, a aferição far-se-á mediante densificação concreta deste conceito. No regime jurídico alemão encontram-se normativamente concretizados os pressupostos que têm de estar reunidos para que alguém assuma a qualidade de cuidador profissional (*Berufliche Betreuer*), sendo que esta está sujeita a registo. Em conformidade com o previsto no §23 da Betreuungsgesetz, só pode assumir essa qualidade quem revele adequação pessoal (*persönliche Eignung*) e fiabilidade *(Zuverlässigkeit)*[102] para tanto, detenha conhecimentos técnicos suficientes para o exercício da atividade[103] e beneficie de um seguro de responsabilidade civil profissional para cobrir os riscos de responsabilidade civil decorrentes da atividade profissional por danos patrimoniais (com um montante mínimo de seguro de 250 000 euros por cada sinistro e de 1 milhão de euros para todos os sinistros de um ano de seguro). Se estiver em causa um cuidador não profissional *(Ehrenamtliche Betruer*) os requisitos de admissão ao exercício da atividade são apenas os da aptidão pessoal e da fiabilidade (§21 (1) BtOG).

Abandonado o critério fechado, próprio do modelo anterior (em que o conteúdo de sentença, no que diz respeito a medidas decretáveis, se resumia à assistência ou à representação legal, consoante estivesse, respetivamente, em causa medida de inabilitação ou de interdição), o juiz deverá, em função das particularidades do caso, construir a solução que, em concreto, se afigure mais adequada. Dispõe, para tanto, de vários regimes, que pode convocar sem se encontrar limitado pelas barreiras impostas pelo princípio do pedido,[104] mas sempre de acordo com o princípio matricial da mínima intervenção — o acompanhamento deverá limitar-se ao necessário[105].

Os regimes para o efeito legalmente previstos podem, assim, ser convocados pelo juiz, em cada caso, de modo individual ou conjunto e reconduzem-se a cinco categorias: *a)* exercício das responsabilidades

[102] Este requisito ter-se-á, em princípio, por não preenchido quando verificadas as circunstâncias previstas em (2) do mesmo §23, entre as quais se contam o facto de ter sido objeto de alguns tipos de sanções e a situação patrimonial desordenada (designadamente em caso de insolvência ou inscrição no registo judicial de devedores executados).

[103] A comprovar documentalmente.

[104] Artigo 145.º, n.º 2 do Código Civil.

[105] Artigo 145.º, n.º 1 do Código Civil.

parentais ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias; *b)* representação geral ou representação especial (com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária);[106] *c)* administração total ou parcial de bens;[107] *d)* autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos[108] [109]

[106] A representação legal obedecerá, em termos devidamente adaptados, ao regime da tutela, podendo haver lugar a dispensa judicial da constituição do conselho de família (artigo 145.º, n.º 4 do Código Civil). Sobre o diferente âmbito aplicativo das medidas de tutela e de representação geral, Maria de Fátima Vasconcelos / Ricardo Jorge Morgado Gameiro, "Maior Acompanhado: âmbito de aplicação do artigo 145.º, n.º 2, alínea *a),* do Código Civil", in *Estudos Comemorativos do 60.º Aniversário da Inauguração do Palácio da Justiça de Leiria (1959-2019)*, 2020, Coimbra: Almedina, 63. Para uma análise das várias medidas de acompanhamento, por ordem decrescente de poderes do acompanhante e crescente autonomia do acompanhado, Carlos Ferreira de Almeida, "Capacidade e incapacidades contratuais dos maiores acompanhados", 1067 e ss.

[107] De acordo com o estabelecido no artigo 145.º, n.º 5 do Código Civil, a este regime (administração total ou parcial de bens) aplica-se, com as devidas adaptações, o previsto nos artigos 1967.º e ss. do Código Civil (relativos à administração de bens).

[108] O legislador teve o cuidado de prever, de modo especial, quanto aos atos de disposição de imóveis, que estes carecem sempre de autorização judicial prévia e específica (artigo 145.º, n.º 3 do Código Civil). Miguel Teixeira de Sousa observa, relativamente a este preceito que, não obstante nessa norma só se fazer referência a bens imóveis, "não está excluído que, através de uma interpretação extensiva, o mesmo deva valer para outras formas de riqueza, como, por exemplo, valores mobiliários e outros instrumentos financeiros" — "O regime do acompanhamento de maiores", 57. Já o exercício de direitos pessoais (tais como os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar) e a celebração de negócios da vida corrente é, por regra, livre, só assim não sendo caso o decisor conclua haver fundamento para impor, ao abrigo da alínea *d)* do n.º 1 do artigo 145.º, que tal exercício pressupõe a concessão de autorização prévia (artigo 147.º do Código Civil). Sobre as alterações introduzidas pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, em matéria de procriação medicamente assistida e investigação clínica, André Gonçalo Dias Pereira, "O maior acompanhado e o

e *e)* intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas [110] [111] [112].

consentimento para atos em saúde", in António Pinto Monteiro, coord., *Colóquio O novo regime do maior acompanhado*, Instituto Jurídico, novembro, 2019, 210-212. Quanto aos direitos pessoais, Mafalda Miranda Barbosa recorda haver mais direitos com essa natureza "do que aqueles que são referidos pelo legislador no citado artigo 147.º/2 CC. Em rigor, todos os direitos de personalidade podem ser qualificados como direitos pessoais, o que significa que, por norma, a limitação voluntária destes direitos pode ser exercida livremente pelo acompanhado, exceto se a decisão judicial decretar o contrário ou a lei dispuser de outro modo" — "Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maior", 67. Em matéria de direitos pessoais Margarida Paz nota a alteração da capacidade eleitoral operada pela Lei Orgânica n.º 3/2018, de 17 de agosto, "O Ministério Público e o novo regime do maior acompanhado", *O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado*, fevereiro, 2019, Centro de Estudos Judiciários, p. 125. Em especial sobre o regime de acompanhamento de maior no que diz respeito à capacidade para prática de atos pessoalíssimos, Rosa Cândido MARTINS, "Acompanhamento e negócios fora do "comércio jurídico" (casamento, perfilhação e testamento)", in António Pinto Monteiro, coord., *Colóquio O novo regime do maior acompanhado*, esp. 298 e ss. De notar que, quando o maior acompanhado deva ser representado para a realização de atos de disposição entre vivos, bem como quando careça da obtenção de autorização para a prática desses mesmos atos, a celebração de convenção antenupcial pelo mesmo acompanhado pressuporá sempre a obtenção de acordo expresso do acompanhante para tanto (artigo 1708.º, n.º 3 do Código Civil). Ainda na esfera patrimonial, importa notar que se o acompanhado for designado cabeça de casal para administração de herança, o acompanhante será tido como representante do acompanhado para o exercício dessas funções, se tanto resultar da sentença de acompanhamento ou de decisão judicial posterior (artigo 2082.º do Código Civil). No que respeita ao exercício das funções de tutela, os maiores acompanhados podem ser nomeados tutores, desde que sejam apenas encarregados da guarda e regência da pessoa do menor ou desde que as medidas de acompanhamento o permitam (artigo 1933.º, n.º 2 do Código Civil). Encontrar-se-ão, contudo, inibidos de exercer o cargo se afetados por perturbação mental notória; esta inibição abrange, aliás, todos os que padeçam dessa perturbação, mesmo que não se encontrem em situação de acompanhamento com limitação para o exercício de direitos pessoais (artigo 1933.º, n.º 1, *b)* do Código Civil).

[109] Sobre as repercussões do regime de acompanhamento de maior no plano do direito das sociedades (quanto à exclusão de sócio de sociedade civil e de sociedade em nome coletivo, bem como quanto aos impedimentos de membros de conselho fiscal de sociedade anónima), Pedro MAIA, "O novo regime do maior acompanhado e o direito das sociedades", in António Pinto MONTEIRO, coord., *Colóquio O novo regime do maior acompanhado*, Instituto Jurídico, novembro, 2019, 139 e ss.

Nesta amplitude de soluções se revela a plasticidade que o regime concede, a fim de que o tribunal possa construir a solução mais adequada a cada caso concreto. Flexibilidade cuja operatividade dá cumprimento a uma das principais razões de ser do regime.[113]

[110] A medida de internamento pressupõe, por regra, autorização expressa e prévia do tribunal (artigo 148.º, n.º 1 do Código Civil). António Pinto Monteiro salienta dever entender-se que "a norma abrange tanto o internamento por *razões de saúde*, num hospital ou clínica particular, como o internamento num *lar"* — "Das incapacidades ao maior acompanhado", 36. Em sentido crítico relativamente ao regime de internamento no âmbito do acompanhamento de maior (sobretudo por contraposição à solução alemã), Inês Espinhaço Gomes, "O internamento do maior (des)acompanhado à luz da Constituição", *Julgar*, n.º 41, maio-agosto, 2020, p. 94. Questionando a necessidade de autorização para todas as hipóteses de internamento, André Gonçalo Dias Pereira distingue entre *a)* internamento ao abrigo da Lei de Saúde Mental, *b)* internamento em situação de emergência; *c)* internamento em unidade de cuidados continuados integrados e d) internamento de longa duração em estabelecimentos residenciais para pessoas idosas (a pedido de familiares), sustentando não se afigurar necessária a autorização expressa do tribunal nas segunda e terceira hipóteses, "O maior acompanhado e o consentimento para atos em saúde", in António Pinto Monteiro, coord., *Colóquio O novo regime do maior acompanhado*, Instituto Jurídico, novembro, 2019, 209-210.

[111] Como António Pinto Monteiro sublinha, poderá, assim, haver situações que devam "qualificar-se dogmaticamente como casos de *incapacidade de exercício de direitos*, ainda que só excepcionalmente e dependendo, em cada caso, da decisão do tribunal". Explicita, a este propósito: "*excepcionalmente*, nos chamados *hard cases*, pode vigorar o instituto da *representação* em situações de verdadeira *incapacidade de exercício*" — "Das incapacidades ao maior acompanhado", 25 e 35.

[112] Artigo 145.º, n.º 2 do Código Civil.

[113] No sentido de que "parte da jurisprudência tem abdicado do trabalho de alfaiataria para abrir as portas a um trabalho de confeção à medida segundo um molde pré-estabelecido, em parte devido à escassez de elementos", Mafalda Miranda Barbosa, "Seis anos de acompanhamento de maiores", *Revista de Direito Civil* 10/2 (2025) 261.

Por outro lado, o juiz pronunciar-se-á quanto ao grau de publicidade a conceder à sentença[114] [115] e comunicará o seu teor, para averbamento, à Conservatória do Registo Civil[116], bem como (quando assim se

[114] Artigo 893.º do Código de Processo Civil. Também aqui acompanhamos Miguel Teixeira de Sousa quando, em sintonia com o previsto no artigo 153.º, n.º 1 do Código Civil, observa que a tutela da intimidade da vida privada aconselha a que só em circunstâncias em que tanto se revele absolutamente necessário se proceda à publicação da sentença. No âmbito regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, esta matéria encontrava-se regulada no artigo 903.º, n.º 1, b) do Código de Processo Civil, onde se previa que: "1 — Passada em julgado a decisão final, observa-se o seguinte: a) Se tiver sido decretada a interdição, ou a inabilitação nos termos do artigo 154.º do Código Civil, são relacionados no próprio processo os bens do interdito ou do inabilitado; b) Se não tiver sido decretada a interdição nem a inabilitação, é dado conhecimento do facto por editais afixados nos mesmos locais e por anúncio publicado no mesmo jornal em que tenha sido dada publicidade à instauração da ação." No artigo 858.º, n.º 1, b) do atual Código de Processo Civil de Macau prevê-se, quanto a este aspeto, em termos praticamente idênticos aos que constavam do referido artigo, entretanto revogado, o seguinte: "1. Transitada em julgado a sentença, observa-se o seguinte: a) Se tiver sido decretada a interdição, ou a inabilitação nos termos do artigo 137.º do Código Civil, são relacionados, no próprio processo, os bens do interdito ou do inabilitado; b) Se não tiver sido decretada a interdição nem a inabilitação, é dado conhecimento do facto por editais afixados nos mesmos locais e por anúncios publicados nos mesmos jornais em que tenha sido dada publicidade à instauração da acção.".

[115] Artigo 900.º do Código de Processo Civil.

[116] A decisão judicial não poderá, de resto, ser invocada contra terceiro de boa-fé enquanto se não mostre efetuado o registo (artigos 902.º, n.º 2 do Código de Processo Civil e 153.º, n.º 2, 1920.º-B e 1920.º-C do Código Civil).

afigure necessário à proteção dos interesses do beneficiário) a quaisquer outras entidades.[117] [118] [119]

Não haverá, porém, condenação em custas, dado que este tipo de processos beneficia de isenção.[120]

A terceira especificidade concerne, como acima observado, à delimitação temporal do poder decisório do juiz.

Se, de acordo com as regras gerais, o poder jurisdicional se esgota logo que o juiz profira a decisão final (salvaguardada a possibilidade, le-

[117] Artigos 902.º, n.º 3 e 894.º do Código de Processo Civil. Estas comunicações poderão ter lugar também na hipótese de não decretamento de quaisquer medidas de acompanhamento, se tanto se revelar necessário à tutela dos interesses do beneficiário.

[118] Note-se o que, a este propósito se previa, no âmbito do regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, no então artigo 903.º do Código de Processo Civil: "1 — Passada em julgado a decisão final, observa-se o seguinte: a) Se tiver sido decretada a interdição, ou a inabilitação nos termos do artigo 154.º do Código Civil, são relacionados no próprio processo os bens do interdito ou do inabilitado; b) Se não tiver sido decretada a interdição nem a inabilitação, é dado conhecimento do facto por editais afixados nos mesmos locais e por anúncio publicado no mesmo jornal em que tenha sido dada publicidade à instauração da ação. 2 — O tutor ou curador pode requerer, após o trânsito da sentença, a anulação, nos termos da lei civil, dos atos praticados pelo requerido a partir da publicação do anúncio referido no artigo 892.º; autuado por apenso o requerimento, são citadas as pessoas diretamente interessadas e seguem-se os termos do processo comum declarativo".

[119] Como António Pinto Monteiro expressivamente sublinha, em perspetiva de conjunto, este novo paradigma tem como importante traço caraterizador o abandono do "regime da interdição, medida *radical* e *rígida*, substituindo-o por um regime *flexível*, que permita ao juiz, qual alfaiate, fazer um "*fato à medida*" do necessitado, *adequando* as medidas à situação concreta de cada pessoa…". Assim sintetiza o sentido da mudança: "de um modelo, do passado, *rígido* e *dualista*, de *tudo ou nada*, em que prepondera a *substituição*, deve partir-se para um modelo *flexível* e *humanista*, baseado em medidas adoptadas *casuisticamente* e periodicamente *revistas*, prioritariamente destinadas a *apoiar* quem delas necessite, mas sem prejuízo de elas poderem vir a suprir a *incapacidade* em situações excepcionais, sempre com respeito pelos princípios da *adequação*, da *proporcionalidade* e da *dignidade* da pessoa humana." — "Das incapacidades ao maior acompanhado", 32-33. Para parametrização dos perfis de modelos adotáveis por referência a concretos ordenamentos jurídicos, António Menezes Cordeiro, "Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores", *Revista de Direito Civil* 3/3 (2018) 544-548.

[120] Artigo 4.º, n.º 2, alínea *b)* do Regulamento das Custas Processuais (D.L. n.º 34/2008, de 26 de fevereiro).

galmente prevista, de retificação de erros materiais e de reforma ou suprimento de nulidades[121]), no âmbito deste processo prevalece a regra, própria dos processos de jurisdição voluntária, de que a instância se renovará para alteração da decisão caso ocorram alterações que, tendo-se verificado supervenientemente, justifiquem essa modificação.[122]

Como *infra* melhor explicitaremos, a renovação do poder jurisdicional poderá ser solicitada para revisão ou levantamento das medidas decretadas, sendo que o novo processo decisório será tramitado por apenso ao processo principal e obedecerá, na medida do necessário e com as devidas adaptações, ao previsto nos artigos 892.º e ss. do Código de Processo Civil.[123] [124]

[121] Artigos 613.º a 617.º do Código de Processo Civil.

[122] Artigos 891.º, n.º 1, 904.º, n.ºs 2 e 3 e 988.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

[123] Artigo 904.º, n.ºs 2 e 3 do Código de Processo Civil. Da circunstância de à revisão e ao levantamento da medida de acompanhamento se aplicar, com as necessárias adaptações, o procedimento respeitante ao decretamento da medida Miguel Teixeira de Sousa retira que também nessa sede é obrigatória a "audição pessoal e directa do maior acompanhado" — "O regime do acompanhamento de maiores", 54. Em sentido convergente quanto à importância de ouvir o beneficiário (em regime de imediação) em hipóteses de tomada de decisão relevante em momento posterior ao decretamento de medida de acompanhamento, Geraldo Rocha Ribeiro observa, por referência ao regime alemão, que a interação entre o tribunal e o requerido "deve ocorrer mesmo em situações em que já se encontrando instaurada a medida, existam decisões relevantes a tomar, como por exemplo a mudança de residência", "O instituto do maior acompanhado à luz da Convenção de Nova Iorque e dos direitos fundamentais", in António Pinto Monteiro, coord., *Colóquio O novo regime do maior acompanhado*, Instituto Jurídico, novembro, 2019, 319-379.

[124] No âmbito do regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, a previsão de renovação da instância destinava-se a garantir, em caso de verificação dos pressupostos para tanto, a possibilidade de extinção da interdição ou da inabilitação (consoante o instituto que estivesse em causa) ou a substituição de uma pela outra e constava do artigo 905.º do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: "1 — O levantamento da interdição ou inabilitação é requerido por apenso ao processo em que ela foi decretada. 2 — Autuado o respetivo requerimento, seguem-se, com as necessárias adaptações, os termos previstos nos artigos anteriores, sendo notificados para deduzir oposição o Ministério Público, o autor na ação de interdição ou inabilitação e o representante que tiver sido nomeado ao interdito ou inabilitado. 3 — A interdição pode ser substituída por inabilitação, ou esta por aquela, quando a nova situação do incapaz o justifique". O artigo 860.º do atual Código de Processo Civil de Macau consagra essa mesma solução, sendo a sua redação quase sobreponível à que

5. Recursos

Da sentença final é sempre admissível a interposição de recurso de apelação[125], para o que têm legitimidade o requerente, o acompanhado e o acompanhante (este na qualidade de assistente).[126] Do acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal da Relação será, por sua vez, admissível, nos termos gerais, a interposição de recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça.[127] [128]

---

acaba de se transcrever: "1. O levantamento da interdição ou inabilitação é requerido por apenso ao processo em que ela foi decretada. 2. Autuado o respectivo requerimento, seguem-se, com as necessárias adaptações, os termos previstos nos artigos 847.º e seguintes, sendo notificados para deduzir oposição o Ministério Público, o autor na acção de interdição ou inabilitação e o representante que tiver sido nomeado ao interdito ou inabilitado. 3. A interdição pode ser substituída por inabilitação, ou esta por aquela, quando a nova situação do incapaz o justifique".

[125] Miguel Teixeira de Sousa destaca como fundamentos mais frequentes de recurso de apelação sobre o mérito, neste tipo de ações, os seguintes: i) "ao contrário do que entendeu o tribunal de 1.ª instância, a medida de acompanhamento devia ter sido decretada, hipótese em que o recurso é interposto pelo requerente"; ii) "ao contrário do que considerou o tribunal de 1.ª instância, a medida de acompanhamento não devia ter sido decretada, caso em que o recurso é interposto pelo requerido"; iii) "à medida de acompanhamento decretada pelo tribunal de 1.ª instância não é a mais adequada, hipótese em que o recurso pode ser interposto pelo requerente ou pelo requerido" — "O regime do acompanhamento de maiores", 53.

[126] Artigo 901.º do Código de Processo Civil.

[127] Artigos 629.º, 630.º e 671.º a 674.º do Código de Processo Civil. Miguel Teixeira de Sousa sublinha que o facto de o processo de acompanhamento de maior ser um processo de jurisdição voluntária sob o ponto de vista substancial, mas não sob o ponto de vista formal (em virtude de a lei não o qualificar como tal), assume relevo, na medida em que daí resulta a não aplicação de algumas regras próprias dos processos formalmente qualificáveis como de jurisdição voluntária. Donde a admissibilidade de interposição de recurso de revista e o pressuposto do patrocínio judiciário se aferirem de acordo com os critérios em geral aplicáveis aos processos de jurisdição contenciosa — "O regime do acompanhamento de maiores", 46. Também no sentido de que o recurso de revista "é *in abstracto,* admissível", Nuno Andrade Pissarra*, Processo Especial de Acompanhamento de Maiores*, 244.

[128] No âmbito do regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, era no então artigo 902.º do Código de Processo Civil que se regulava o regime do recurso de apelação, nos seguintes termos: "1 — Da sentença de interdição ou inabilitação definitiva pode apelar o representante do requerido; pode tam-

6. Consequências da decisão que decreta o acompanhamento

A prolação de decisão que decrete medidas de acompanhamento importa consequências, quer para o acompanhado, quer para o acompanhante, quer, eventualmente, para terceiros.

O acompanhado passará a ver a sua atividade apoiada — quer no plano substantivo, quer no plano processual — em conformidade com o regime que tenha sido estabelecido em sentença.[129]

A adequada efetivação prática do regime judicialmente definido dependerá, em grande medida, dos termos em que o acompanhante desenvolva as suas funções.

O seu desempenho terá por matriz diretiva a máxima segundo a qual, no exercício da sua função, o acompanhante privilegiará o bem-estar e a recuperação do acompanhado. Deverá, sob esse mote, atuar com

bém apelar o requerente, se ficar vencido quanto à extensão e limites da incapacidade. 2 — A apelação tem efeito meramente devolutivo; subsiste, porém, nos termos estabelecidos, a representação processual do interdito ou inabilitado, podendo o tutor ou curador nomeado intervir também no recurso como assistente". No artigo 857.º do atual Código de Processo Civil de Macau dispõe-se, a este propósito, que: "Os recursos ordinários interpostos da sentença ou dos acórdãos dos tribunais superiores não têm efeito suspensivo".

[129] O contrato de mandato caduca se for proferida sentença que decrete o acompanhamento do mandante ou do mandatário desde que, quanto aos atos abrangidos pelo mandato, a sentença em causa atribua poderes de representação ao mandante ou determine a necessidade de autorização prévia (artigo 1174.º, b) do Código Civil). Prevê-se no artigo seguinte (artigo 1175.º do Código Civil) que a sentença de acompanhamento do mandante não faz caducar o mandato quando ele tenha sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro, sendo que, nos demais casos, só gera caducidade "a partir do momento em que sejam conhecidas do mandatário, ou quando da caducidade não possam resultar prejuízos para o mandante ou seus herdeiros". No sentido de que o acompanhado "pode ainda atuar como procurador (artigo 263º), cabendo ao representado fazer a avaliação pessoal e concreta das aptidões e da confiança que o maior acompanhado, Carlos Ferreira de Almeida, "Capacidade e incapacidades contratuais dos maiores acompanhados", 1071-1072. Sobre o regime de capacidade judiciária a observar quanto a ações propostas pelo acompanhado ou contra este, Miguel Teixeira de Sousa, "O regime do acompanhamento de maiores", 55-56.

a diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada[130], bem como requerer ao tribunal as autorizações[131] [132]

[130] Artigo 146.º, n.º 1 do Código Civil. Em caso de caducidade do contrato de mandato por sentença de acompanhamento do mandatário, "os seus herdeiros ou o seu acompanhante devem prevenir o mandante e tomar as providências adequadas, até que ele próprio esteja em condições de as tomar" (artigo 1176.º, n.º 1 do Código Civil).

[131] Caso se verifiquem os fundamentos para extinção do casamento do acompanhado por divórcio, pode o acompanhante, se beneficiar de poderes de representação, solicitar autorização judicial para requerer o divórcio (artigo 1785.º, n.º 2, primeira parte do Código Civil). Se, porém, o acompanhante for o outro cônjuge, a ação de divórcio pode ser proposta (em nome do titular do direito de ação) por qualquer parente do acompanhado na linha reta ou até ao terceiro grau da linha colateral, bem como pelo Ministério Público (artigo 1785.º, n.º 2, segunda parte do Código Civil). Em termos equivalentes, o acompanhante terá legitimidade para intentar ação de separação quando dotado de poderes de representação e mediante autorização judicial para tanto (artigo 1769.º, n.º 1 do Código Civil). Também aqui, se o acompanhante do cônjuge lesado for o outro cônjuge, a ação só poderá ser intentada em nome do cônjuge lesado, por algum parente na linha reta ou até ao terceiro grau da linha colateral ou pelo Ministério Público (artigo 1769.º, n.º 2 do Código Civil). Ainda no âmbito de ações de estado, cumpre notar que, quando a ação de investigação da maternidade seja proposta por maior acompanhado e o tribunal considere provável o reconhecimento da maternidade, o maior acompanhado tem direito a alimentos provisórios desde a propositura da ação (artigo 1821.º do Código Civil). Por outro lado, a ação destinada a permitir ao perfilhante obter anulação judicial de perfilhação, com base em erro ou coação moral, não caduca sem ter decorrido um ano sobre a cessação ou modificação bastante do acompanhamento (artigo 1860.º, n.º 4 do Código Civil). O maior acompanhado beneficia de capacidade para perfilhar se o regime de acompanhamento judicialmente definido não contemplar restrições ao exercício de direitos pessoais (artigo 1850.º, n.º 1 do Código Civil). Quando estas restrições existam e, ainda assim, o acompanhado tenha praticado ato de perfilhação, o acompanhante pode (quando assim resulte das medidas de acompanhamento judicialmente decretadas) requerer a anulação da perfilhação por incapacidade do perfilhante, para o que, se tiver poderes de representação, disporá do prazo de um ano a contar da data da perfilhação (artigo 1861.º, n.º 1 e n.º 2, a) do Código Civil). O acompanhado poderá intentar a ação de anulação, com fundamento em incapacidade sua, no prazo de um ano a contar do termo da limitação (artigo 1861.º, n.º 2, c) do Código Civil). Por outro lado (considerando agora hipótese em que o maior acompanhado ocupe o lado passivo da relação de perfilhação), a perfilhação de filho maior ou emancipado, ou de filho predefunto de quem vivam descendentes maiores ou emancipados, só é eficaz se aquele (filho maior ou emancipado) ou estes (descendentes maiores ou emancipados de filho predefunto) — ou o respetivo acompanhante, se estiver em causa maior acompanhado com restrições ao exercício de

e as medidas que se afigurem concretamente convenientes[133]. No padrão de atividade diligente integrar-se-á, por outro lado, com caráter necessário, a manutenção de contacto com o acompanhado, bem como a observância do dever de visita, com periodicidade mínima mensal (ou outra que, em concreto, o tribunal fixe).[134]

O acompanhante deverá, em qualquer circunstância, abster-se de desenvolver a sua atividade em conflito de interesses com o acompanhado.[135] [136] Quando, contudo, tal dever seja infringido, aplicar-se-á aos atos

---

direitos pessoais — derem o seu assentimento (artigo 1857.º, n.º 1 do Código Civil). Para obtenção de assentimento, qualquer interessado beneficia do direito de "requerer judicialmente a notificação pessoal do perfilhando, dos seus descendentes ou dos seus representantes legais, para declararem, no prazo de trinta dias, se dão o seu assentimento à perfilhação, considerando-se esta aceite no caso de falta de resposta e sendo cancelado o registo no caso de recusa" (artigo 1857.º, n.º 4 do Código Civil). O assentimento pode ser dado antes ou depois do ato de perfilhação (mesmo que o perfilhante tenha falecido), por uma das seguintes vias formais: por declaração prestada perante o funcionário do registo civil (que será averbada no assento de nascimento, e no de perfilhação, se existir); por documento autêntico ou autenticado ou por termo lavrado em juízo no processo em que tenha sido feita a perfilhação (artigo 1857.º, n.º 2 do Código Civil). O registo do ato de perfilhação conservará carácter sigiloso até ser prestado o assentimento necessário, só podendo ser invocado para instrução do processo preliminar de casamento ou em ação de nulidade ou anulação de casamento (artigo 1857.º, n.º 3 do Código Civil).

[132] O pedido de autorização para atos cuja prática dependa de autorização judicial deve ser formulado pelo acompanhante no âmbito do processo especial regulado no artigo 1014.º do Código de Processo Civil e que correrá na dependência do processo de acompanhamento de maior (artigo 1014.º, n.º 4 do Código de Processo Civil). Essa é também, com as devidas adaptações, a tramitação processual aplicável para ratificação de atos que o acompanhante tenha praticado sem a prévia obtenção da necessária autorização, sendo que também neste caso esse processo é dependência do processo de instauração de acompanhamento (artigo 1016.º, n.ºs 1, c) e n.º 2 do Código de Processo Civil).

[133] Artigo 150.º, n.º 3 do Código Civil.

[134] Artigo 146.º, n.º 2 do Código Civil.

[135] Artigo 150.º, n.º 1 do Código Civil.

[136] É nula a disposição testamentária feita por maior acompanhado a favor do acompanhante (mesmo que as respetivas contas estejam aprovadas), salvo se o acompanhante for descendente, ascendente, colateral até ao terceiro grau, cônjuge ou convivente em união de facto do acompanhado (artigo 2192.º, n.º 2 do Código Civil).

jurídicos celebrados o regime de anulabilidade previsto quanto aos negócios consigo mesmo[137] [138].

O desempenho de funções será desenvolvido a título gratuito, sem embargo da alocação de despesas, consoante a condição do acompanhado e a do acompanhante.[139]

A prestação de contas terá lugar perante o tribunal e o acompanhado sempre que assim seja judicialmente determinado ou quando cesse a sua função.[140] [141] Sob o ponto de vista adjetivo, a prestação de contas a realizar durante a vigência do regime de acompanhamento observará o regime processual geral de prestação de contas[142], com as modificações previstas no artigo 948.º do Código de Processo Civil.[143]

[137] Esse regime encontra-se previsto no artigo 261.º do Código Civil, nos termos do qual: "1. É anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificadamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses. 2. Considera-se celebrado pelo representante, para o efeito do número precedente, o negócio realizado por aquele em quem tiverem sido substabelecidos os poderes de representação."

[138] Artigo 150.º, n.º 2 do Código Civil.

[139] Artigo 151.º, n.º 1 do Código Civil. Sobre o padrão de atuação do acompanhante, Geraldo Rocha Ribeiro, "Os deveres de cuidado e a responsabilidade do acompanhante perante o beneficiário — um primeiro ensaio", *Julgar* 41 (maio-agosto, 2020) 104 e ss. Na Alemanha foi recentemente revista a remuneração dos cuidadores, através da *Kosten — und Betreuervergütungsrechtsänderungsgesetz* 2025, publicada em BGBl.2025, I, Nr. 109 de 10.04.2025. O regime pretende ser uma resposta à escassez de cuidadores profissionais em algumas regiões do país.

[140] Artigo 151.º, n.º 2 do Código Civil.

[141] Para garantia de responsabilidade, o maior acompanhado beneficia de hipoteca legal sobre os bens do acompanhante (artigo 705.º, c) do Código Civil. No que diz respeito ao valor da hipoteca e à legitimidade para requerer o registo releva o artigo 706.º do Código Civil (aplicável também ao menor), nos termos do qual: "1 — A determinação do valor da hipoteca estabelecida a favor do menor ou do maior acompanhado, para efeito do registo, e a designação dos bens sobre que há de ser registada cabem ao conselho de família ou, na sua falta, ao tutor ou ao acompanhante. 2 — Têm legitimidade para requerer o registo o tutor, o administrador legal, os vogais do conselho de família, o acompanhante e qualquer dos parentes do menor".

[142] Esse regime encontra-se previsto entre os artigos 941.º e 947.º do Código de Processo Civil e a sua aplicação decorre do corpo do artigo 948.º do Código de Processo Civil.

[143] As modificações em causa constam das alíneas a) a c) do artigo 948.º do Có-

Quando, porém, o acompanhante não prestar espontaneamente as contas, a prestação forçada obedecerá ao regime constante do artigo 949.º do Código de Processo Civil.[144] Já a prestação de contas realizada após a vigência do regime de acompanhamento (por levantamento ou falecimento) ou após a sua modificação serão prestadas ao sujeito objeto das medidas (em caso de levantamento ou de modificação do acompanhamento) ou aos seus herdeiros (em caso de falecimento) e observarão o regime adjetivo geral da prestação de contas, devendo, contudo, ser ouvidos, antes do julgamento, o Ministério Público e, se os houver, os demais acompanhantes.[145]

O regime de escusa e de exoneração do acompanhante varia em função da categoria de sujeitos em que este se insira.

A escusa e exoneração encontram-se vedadas quando o acompanhante seja cônjuge ou ascendente.[146] Embora seja essa a regra consagrada também quanto aos descendente no n.º 1 do artigo 144.º do Código Civil, prevê-se, no n.º 2 do mesmo artigo, que estes podem requerer a sua exoneração decorridos que sejam cinco anos após o início

digo de Processo Civil, de acordo com as quais: "a) São notificados para contestar o Ministério Público, o acompanhado, o acompanhante ou o novo tutor ou acompanhante, quando os haja, podendo contestar no mesmo prazo qualquer parente sucessível do visado; b) Não havendo contestação, o juiz pode ordenar, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, as diligências necessárias e encarregar pessoa idónea de dar parecer sobre as contas; c) Sendo as contas contestadas, seguem-se os termos do processo comum declarativo".

[144] De acordo com esse preceito: "1 — Se o tutor ou acompanhante não prestar espontaneamente as contas, é citado para as apresentar no prazo de 30 dias, a requerimento do Ministério Público, do acompanhado, do novo acompanhante, quando o haja, ou de qualquer parente sucessível do incapaz. 2 — O prazo referido no número anterior pode ser prorrogado se tal se justificar de acordo com critérios de equidade. 3 — Sendo as contas apresentadas em tempo, seguem-se os termos indicados no artigo anterior. 4 — Se as contas não forem apresentadas, o juiz ordena as diligências que tiver por convenientes, podendo designadamente incumbir pessoa idónea de as apurar para, finalmente, decidir segundo juízos de equidade".

[145] Artigo 950.º, n.º 1 do Código de Processo Civil. De acordo com o previsto nos n.ºs 2 e 3 deste artigo, a impugnação das contas que tenham sido aprovadas durante o acompanhamento faz-se no próprio processo em que foram prestadas e é sempre deduzida no tribunal comum, sendo o processo de prestação requisitado ao tribunal onde decorreu.

[146] Artigo 146.º, n.º 2 do Código Civil.

da atividade de acompanhante, contanto que existam outros descendentes igualmente idóneos para a desempenhar. Tratando-se de acompanhante incluído noutra classe de sujeitos, pode requerer a sua substituição ao fim de cinco anos ou pedir escusa com base na verificação de um dos fundamentos que podem ser invocados como base para pedido de escusa da tutela.[147] [148]

O acompanhante a quem seja possível pedir escusa poderá requerer a sua exoneração quando a causa de escusa seja superveniente à investidura no cargo.[149] Beneficia dessa possibilidade também quando, sendo embora a causa de escusa anterior a esse momento, tenha iniciado funções (não invocando escusa). Nesta última hipótese, porém, a exoneração só poderá ter lugar decorrido que seja o período de três anos após a investidura no cargo.[150]

Distinta da escusa e da exoneração é a remoção. O acompanhante pode ser removido quando incorra em incumprimento dos deveres próprios dessa função, quando revele inaptidão para o seu exercício e quando, por circunstância superveniente ao início de funções, se verifique alguma das situações que impediriam a sua nomeação.[151]

A repercussão da definição judicial concreta do regime de acompanhamento verifica-se também na anulabilidade dos atos jurídicos substantivos que, revelando-se incompatíveis com as medidas de acompa-

[147] Esses fundamentos encontram-se previstos no artigo 1934.º do Código Civil, nos termos do qual: "1. Podem escusar-se da tutela: a) O Presidente da República e os membros do Governo; b) Os bispos e sacerdotes que tenham cura de almas, bem como os religiosos que vivam em comunidade; c) Os militares em serviço activo; d) Os que residam fora da comarca onde o menor tem a maior parte dos bens, salvo se a tutela compreender apenas a regência da pessoa do menor, ou os bens deste forem de reduzido valor; e) Os que tiverem mais de três descendentes a seu cargo; f) Os que exerçam outra tutela ou curatela; g) Os que tenham mais de sessenta e cinco anos; h) Os que não sejam parentes ou afins em linha recta do menor, ou seus colaterais até ao quarto grau; i) Os que, em virtude de doença, ocupações profissionais absorventes ou carência de meios económicos, não possam exercer a tutela sem grave incómodo ou prejuízo. 2. O que for escusado da tutela pode ser compelido a aceitá-la, desde que cesse o motivo da escusa."

[148] Artigo 144.º, n.º 3 do Código Civil.

[149] Artigos 152.º e 1950.º, *a)* do Código Civil.

[150] Artigos 152.º e 1950.º, *b)* do Código Civil.

[151] Artigos 152.º, 1948.º e 1949.º do Código Civil.

nhamento decretadas, sejam praticados depois do registo do acompanhamento.[152] [153]

O consentimento que houvesse de ser prestado pelo acompanhado a terceiro será objeto de processo especial de suprimento a intentar com fundamento na existência de acompanhamento do sujeito que havia de o prestar.[154]

No que em particular concerne ao pressuposto processual da capacidade judiciária, os maiores acompanhados que se encontrem sujeitos a representação só poderão estar em juízo, enquanto partes, quanto aos atos sujeitos a representação[155], por intermédio do seu representante.[156]

---

[152] António Pinto Monteiro identifica "alguma *indeterminação* em vários aspectos e até alguma *insuficiência* no tocante, por exemplo, ao regime da anulabilidade dos actos do acompanhado que não observem as medidas de acompanhamento decretadas ou a decretar, "maxime" quanto à *legitimidade* para pedir a anulação e quanto ao *prazo* para esse efeito", notando que "no *silêncio* da lei nova, pode suscitar-se a dúvida de saber se é de aplicar aos actos do acompanhado que sejam anuláveis o regime geral do art.º 287.º ou, por analogia, ainda que com adaptações, o regime especial do art.º 125.º" — "Das incapacidades ao maior acompanhado", 37-38. Para uma proposta interpretativa quanto ao regime de anulabilidade aplicável, Mafalda Miranda Barbosa, "Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maior", 69 e ss. Sobre as formas de tutela do incapaz de facto, Maria Inês de Oliveira Martins, "Situação do maior incapaz antes de ser objeto de medidas de acompanhamento", in António Pinto Monteiro, coord., *Colóquio O novo regime do maior acompanhado*, Instituto Jurídico, novembro, 2019, 223-243.

[153] Em matéria de suspensão de prescrição, aplica-se ao maior acompanhado que não tenha capacidade para exercer o seu direito o regime aplicável aos menores, "com a diferença de que a incapacidade se considera finda, caso não tenha cessado antes, passados três anos sobre o termo do prazo que seria aplicável se a suspensão se não houvesse verificado" (artigo 320.º, n.º 3 do Código Civil).

[154] Artigo 1001.º, n.º 1 do Código de Processo Civil. Se, sendo necessária a obtenção de consentimento do maior, o acompanhamento ainda não estiver decretado, deverá ser intentado o processo de suprimento do consentimento a que há lugar em caso de recusa (regulado no artigo 1000.º do Código de Processo Civil), mas as citações só deverão ser realizadas depois de cumprido o disposto nos artigos 234.º a 236.º do Código de Processo Civil (artigo 1001.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

[155] Essa limitação não vale, assim, quanto aos atos que possam exercer pessoal e livremente (artigo 16.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

[156] Artigo 16.º, n.º 1 do Código de Processo Civil. Nessa hipótese, a citação será realizada na pessoa do representante (artigo 20.º, n.ºs 2 e 4 do Código Civil). A prática de atos processuais pelo maior acompanhado sujeito ao regime da representação legal

Se, diferentemente, o maior acompanhado não se encontrar sujeito a representação, poderá intervir em todas as ações em que seja parte e, quando réu, deve ser citado (sob pena de nulidade não suprível pela citação do acompanhante).[157] Se, porém, estiverem em causa atos sujeitos a autorização, a intervenção processual do maior acompanhado fica subordinada a orientação do acompanhante (que prevalece em caso de divergência com a posição do acompanhado).[158]

Em matéria de prova por depoimento de parte (em ordem à obtenção de confissão), a regra é a de que este só pode ser exigido de quem tenha capacidade judiciária.[159] No que em particular diz respeito ao maior acompanhado, o depoimento pode ser prestado pelo maior acompanhado ou (quando sujeito a representação) pelo acompanhante, mas o depoimento só terá valor de confissão nos precisos termos em que o maior acompanhado possa obrigar-se (quando o depoimento seja prestado pelo maior acompanhado) ou em que o representante possa obrigar o maior acompanhado (quando o depoimento for prestado pelo acompanhante).[160]

Por outro lado, uma vez transitada em julgado a decisão de acompanhamento, podem o requerente, o acompanhado, o acompanhante ou o

ou a prática de atos processuais, em nome do incapaz, por quem não é o seu devido representante é sanada mediante intervenção ou citação do representante legítimo do incapaz (artigo 27.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

[157] Artigo 19.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

[158] Artigo 19.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

[159] Artigo 453.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

[160] Artigo 453.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

Ministério Público[161] solicitar que os bens do beneficiário sejam relacionados.[162]

[161] Quando a herança seja deferida a maiores acompanhados, o Ministério Público beneficia de legitimidade para requerer que se proceda a inventário e para nele intervir, como parte principal, em todos os atos e termos do processo (artigo 1085.º, n.º 1, b) do Código de Processo Civil). De notar, ainda, que, quando o representante legal do maior acompanhado concorra com este à herança ou quando a esta concorram vários incapazes representados pelo mesmo sujeito, o maior acompanhado será representado por curador especial nomeado pelo tribunal (artigo 1086.º, n.º 1, a) do Código de Processo Civil). Também quando, em sede de inventário, haja dívidas relacionadas que não hajam sido impugnadas pelos interessados diretos, pode o Ministério Público opor-se ao reconhecimento vinculante dessas mesmas dívidas para os referidos interessados, assim obviando à produção do efeito previsto no n.º 1 do artigo 1106.º do Código de Processo Civil, nos termos do qual, quando não impugnadas, as dívidas se consideram reconhecidas (artigo 1106.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

[162] O pedido será apreciado e decidido em apenso ao processo de acompanhamento, como se retira do previsto no artigo 902.º do Código de Processo Civil. O preceito regulador deste aspeto (e mais amplamente, dos efeitos do trânsito em julgado da decisão), no âmbito do regime processual anterior à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, correspondia ao então artigo 903.º do Código de Processo Civil, nos termos do qual: "1 — Passada em julgado a decisão final, observa-se o seguinte: a) Se tiver sido decretada a interdição, ou a inabilitação nos termos do artigo 154.º do Código Civil, são relacionados no próprio processo os bens do interdito ou do inabilitado; b) Se não tiver sido decretada a interdição nem a inabilitação, é dado conhecimento do facto por editais afixados nos mesmos locais e por anúncio publicado no mesmo jornal em que tenha sido dada publicidade à instauração da ação. 2 — O tutor ou curador pode requerer, após o trânsito da sentença, a anulação, nos termos da lei civil, dos atos praticados pelo requerido a partir da publicação do anúncio referido no artigo 892.º; autuado por apenso o requerimento, são citadas as pessoas diretamente interessadas e seguem-se os termos do processo comum declarativo." De acordo com o estabelecido no artigo 858.º, n.º 2 do Código de Processo Civil de Macau: "Transitada em julgado a sentença, observa-se o seguinte: a) Se tiver sido decretada a interdição, ou a inabilitação nos termos do artigo 137.º do Código Civil, são relacionados, no próprio processo, os bens do interdito ou do inabilitado; b) Se não tiver sido decretada a interdição nem a inabilitação, é dado conhecimento do facto por editais afixados nos mesmos locais e por anúncios publicados nos mesmos jornais em que tenha sido dada publicidade à instauração da acção.2. O tutor ou curador pode requerer, após o trânsito em julgado da sentença, a anulação, nos termos da lei civil, dos actos praticados pelo requerido a partir da publicação dos anúncios referidos no artigo 847.º; autuado por apenso o requerimento, são citadas as pessoas directamente interessadas e seguem-se os termos do processo sumário de declaração".

As alterações que o regime de acompanhamento introduz ao estatuto jurídico do maior não assumem, porém, natureza necessariamente permanente e imutável. Como acima já alvitrado, circunstâncias supervenientes podem determinar o levantamento das medidas de acompanhamento ou a sua modificação.

Atenta a sensibilidade da matéria em causa e a importância que o regime de acompanhamento assume para a pessoa do acompanhado, o legislador impôs que a revisão do regime ocorra, no mínimo, de cinco em cinco anos. Caso, porém, o tribunal tenha determinado que a revisão se verifique de acordo com um ciclo de periodicidade mais apertado, esse critério prevalecerá sobre o critério legal supletivo.[163]

Tanto não obsta, contudo, a que o reinício da instância para reavaliação se verifique em momento anterior ao decurso do ciclo periódico aplicável, se tanto for solicitado pelo acompanhante[164] ou por qualquer das pessoas a quem é reconhecida legitimidade para requerer o acompanhamento.[165]

Qualquer que seja a causa determinante da revisão (o decurso do período aplicável ou a formulação de pedido nesse sentido), a cessação ou a modificação operará mediante decisão judicial em que se reconheça a cessação ou a modificação das causas que justificaram o decretamento do acompanhamento.[166] Decisão cujos efeitos podem retroagir à data em que se verificaram as referidas causas de cessação ou modificação.[167]

[163] Artigo 155.º do Código Civil.

[164] De acordo com o previsto no artigo 903.º do Código de Processo Civil: "Transitada a decisão, pode o acompanhante requerer a anulação dos atos praticados após as comunicações referidas no artigo 894.º, quando estejam abrangidos pelas medidas de acompanhamento".

[165] Artigo 149.º, n.º 3 do Código Civil.

[166] Artigo 149.º, n.º 1 do Código Civil. De notar, porém, que, embora o internamento do maior acompanhado dependa de autorização expressa do tribunal, pode, em contexto de urgência, ser imediatamente solicitado pelo acompanhante. Nesta hipótese, fica sujeito a ratificação do juiz (artigo 148.º do Código Civil).

[167] Artigo 149.º, n.º 2 do Código Civil.

III. TUTELA EQUALIZADORA *NO* PROCESSO

Como resulta do que antecede, o direito processual, enquanto direito adjetivo, é instrumento de realização de medidas *substantivas* de tutela de maiores em situação de vulnerabilidade (destinadas a promover a igualdade destes) quando (como sucede no âmbito do regime de acompanhamento de maior) tais medidas careçam de ser judicialmente decretadas.

Contudo, o processo, tal como regido pelas normas adjetivas tipificadas pode também ser ambiente hostil a pessoas maiores que se encontrem em situação de vulnerabilidade, quer esta tenha surgido como consequência típica da longevidade atingida, com as limitações que esta normalmente traz (vulnerabilidade geriátrica), quer tenha sido gerada por outra causa.

Vulnerabilidade que coloca esses sujeitos em posição desigual, dado que lhes retira aptidão para exercerem os direitos e faculdades que integram a sua esfera jurídica processual nos termos em que o fazem os demais sujeitos sem essa limitação.

O ordenamento jurídico-processual espanhol revelou uma particular sensibilidade para com este perfil de sujeitos processuais, tendo, em 2023, aditado à Ley de Enjuiciamiento Civil o artigo 7 bis, onde previu *Ajustes para personas con discapacidad y personas mayores*.[168]

Afigura-se, por isso, importante pensar na condição do maior em situação de vulnerabilidade (por razões de idade ou outras), quando intervenha em juízo, independentemente do concreto processo em que o faça.

[168] A alteração à Ley de Enjuiciamiento Civil foi introduzida pelo Real Decreto-Ley 6/23, de 19 de dezembro e entrou em vigor em março de 2024.

Por pessoas maiores o legislador tomou as pessoas com idade superior a 65 anos. Porém, o regime não é indiferente ao concreto escalão etário em que a pessoa se situe, quando acima desse limiar.

Partindo do princípio de que o avançar na idade comporta limitações de saúde progressivamente acrescidas, distingue entre os maiores com 65 anos e mais e os maiores com pelo menos 80 anos, assegurando tutela mais intensa a estes últimos.

Essa distinção quantitativa é permeada por uma categoria de outra natureza, onde se incluem os maiores portadores de deficiência.

Assim, diferenciam-se, de um lado, os maiores (com 65 anos e mais) portadores de deficiência e, de outro lado, os referidos dois escalões etários.

A garantia geral evidencia-se na previsão normativa de que o processo será objeto das adaptações e dos ajustamentos necessários para garantir a participação na instância em condições de igualdade.

O legislador densifica, porém, essa previsão geral, explicitando a sua transversalidade processual (as adaptações podem ter lugar em todas as fases e atos processuais) e graduando a intensidade da tutela no que diz respeito ao princípio do pedido. Assim, essas adaptações terão lugar: mediante formulação de pedido, nesse sentido, pelo interessado, quando o sujeito em causa tenha sessenta e cinco anos ou mais; mediante requerimento do interessado ou oficiosamente pelo tribunal, quando o sujeito tenha 80 anos ou mais e mediante requerimento de qualquer uma das partes, do Ministério Fiscal ou oficiosamente pelo tribunal, no caso de sujeito com deficiência.

Em acréscimo de tutela, quando uma das partes no processo tenha 80 ou mais anos, esse processo terá tramitação preferencial. Na mesma senda, embora antecipando o limiar mínimo etário objeto de tutela, também no artigo 1048, I do Código de Processo Civil brasileiro se prevê que têm "prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais" em que "figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988".

O regime espanhol aprofunda, depois, no mesmo preceito, o seu grau de densidade regulativa quanto a uma das áreas onde a efetividade

da intervenção assume maior premência: a que contende com o direito a pronúncia (quer o direito de pronúncia em primeira linha, quer o direito de pronúncia em exercício do contraditório).

Este, para que efetivo, envolve o domínio das competências de compreensão, comunicação e a interação com o contexto envolvente *("comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno"*), enquanto condições necessárias para que o sujeito efetivamente compreenda e se faça compreender, qualquer que seja o momento processual.

Efetividade que se deve verificar em diversos níveis do processo comunicativo.

Em primeiro lugar, no fluxo informativo que parte do tribunal para o sujeito jurídico com intervenção no processo. Neste plano, prevê-se que todas as comunicações (orais ou escritas) serão feitas em linguagem clara, simples e acessível, em termos que tomem em consideração as caraterísticas pessoais e as necessidades do sujeito em causa, mediante recurso a técnicas de leitura fácil. Também aqui, porém, a implementação dessas medidas terá lugar mediante pressupostos distintos: independentemente de formulação de pedido nesse sentido, se o sujeito for portador de deficiência ou tiver idade correspondente a 80 anos; mediante formulação de pedido, se se tratar de um sujeito que, não se incluindo numa das categorias anteriores, tenha sessenta e cinco anos ou mais.

Em segundo lugar, no fluxo informativo que parte do sujeito para o tribunal e no fluxo recíproco de comunicação entre ambos. Neste plano, contemplam-se vários tipos de intervenção, que podem ser hierarquizados de acordo com o nível de autonomia reservada ao sujeito.

Para tornar efetiva a primeira espécie de fluxo (do sujeito para o tribunal), prevê-se a disponibilização de técnicas que viabilizam que *o sujeito* com deficiência comunique em termos que permitam que a mensagem transmitida se torne compreensível para o recetor (designadamente, mediante interpretação de linguagem gestual e convocação dos meios de apoio à comunicação oral de pessoas surdas, com incapacidade auditiva ou surdas e cegas).[169]

[169] O preceito reporta-se a sujeitos jurídicos "con discapacidad", independentemente da sua idade. Para o presente efeito, porém, atenta a delimitação do tema, consideramos em particular os sujeitos maiores (com idade igual ou superior a 65 anos).

No que diz respeito à segunda espécie de fluxo (comunicação recíproca) prevê-se a disponibilização ao sujeito com deficiência da participação de perito profissional que, com feição facilitadora, implemente as diligências de adaptação e ajustamento necessárias para que a pessoa com deficiência possa compreender e ser compreendida.

Complementarmente, prevê-se que as pessoas com deficiência e os sujeitos maiores (ou seja, com idade superior a 65 anos) se possam fazer acompanhar, por uma pessoa por si eleita, desde o primeiro contacto com as autoridades e funcionários (art. 7. bis 2, *d)* LEC).

Adotando agora uma perspetiva global (não circunscrita a uma particular ordem jurídica), cremos que, sob o ponto de vista do apoio assegurado ao maior vulnerável, importa ser de distinguir entre diferentes níveis de subsidiariedade.

Como nível preferencial de tutela, identifica-se aquele em que se garante que *o sujeito, por si só*, exerça direitos, se desincumba de ónus e cumpra deveres sem necessidade de acompanhamento (jurídico ou de facto), o que se logra mediante disponibilização, ao próprio sujeito vulnerável, de livre acesso a técnicas, dispositivos e formação capazes de compensar a situação de desigualdade em que a sua concreta circunstância o situa, repondo a sua autonomia. Estas ferramentas externas vão, assim, ao encontro do sujeito, para colmatar a sua vulnerabilidade, permitindo-lhe restabelecer a "homeostase das suas capacidades". Supridas tais limitações (por essa via técnica), é o sujeito que *per se* atua.

Subsidiariamente, a ser necessário apoio por terceiro, identifica-se, como preferencial, o apoio prestado por familiares.

Em terceiro nível de tutela (e segundo nível de subsidiariedade) situa-se o acompanhamento por via de aplicação do regime de acompanhamento de maior.

Dentro deste, divisam-se ainda diferentes graus de intervenção do acompanhante: do nível mais leve de acompanhamento "puro", até ao nível mais amplo de acompanhamento "puro" e, finalmente, ao acompanhamento representativo.

Assim, quando se torne indispensável o decretamento judicial de medidas de acompanhamento de maior, a intensidade dessas medidas deve corresponder ao mínimo que se revele necessário para assegurar o seu propósito justificador (potenciar a efetiva capacidade de exercício do

sujeito), pelo que, dentro do espetro gradativo de medidas de acompanhamento adotáveis, existe uma relação de subsidiariedade interna das medidas de intervenção mais intensa relativamente às medidas de intervenção menos invasiva.

No âmbito da equalização entre sujeitos jurídicos *no* processo (aquele que neste ponto consideramos), um conjunto importante das medidas passíveis de serem adotadas para a prossecução desse fim corresponde a medidas capazes de assegurar o acima referido nível preferencial de tutela do sujeito: aquele que promove a independência sem que se torne necessária a intervenção de terceiro para acompanhamento. É o que sucede, de resto, no âmbito da referida solução adotada, a este propósito, no ordenamento jurídico espanhol (artigo 7 bis da LEC). Trata-se, sob este ponto de vista, de uma solução jurídica com elevado potencial de realização da igualdade, mediante forte promoção do grau de independência do maior vulnerável.

No regime processual civil português, prevê-se, no artigo 135.º do CPC, um regime especial de tutela de depoentes mudos, surdos e surdos-mudos, onde se incluem, por implicação, os maiores inseríveis nessas categorias. Representa uma via de compensar a desigualdade em que essa condição de vulnerabilidade os posiciona.

Por outro lado, a geral concessão de poderes de gestão processual ao juiz (artigo 6.º do CPC) permite que este proceda a concretos ajustamentos da tramitação, em função das especificidades dos sujeitos intervenientes na instância.

Não obstante, (à semelhança do que sucede em Espanha)) afigura-se ser de ponderar se um regime normativo densificado — onde se contemplem categorias mais amplas de maiores vulneráveis intervenientes no processo (que não apenas depoentes), se organize a tutela em graus de intensidade (considerando, por exemplo, escalões de idade) e se identifiquem algumas das concretas medidas adotáveis — contribuiria para assegurar efetividade da igualdade material adjetiva quanto a este tipo de sujeitos jurídicos.

IV. NOTA FINAL

A situação de especial fragilidade do maior em situação de vulnerabilidade juridicamente relevante é suscetível de ser tutelada por diversas vias garantísticas. Nesse contexto, a intervenção da normatividade adjetiva pode assumir relevo, quer para promover a tutela *através* do processo, quer para garantir proteção *no* processo.

No que diz respeito ao primeiro nível de intervenção, o novo universo lexical que perpassa o regime de proteção do maior (onde se incluem, em termos semanticamente significativos, os vocábulos *beneficiário* e *maior acompanhado*) não consubstancia pura modificação formal. A análise a que se procedeu dos principais aspetos do regime em apreço denota que essa alteração linguística encontra respaldo em soluções normativas que promovem a definição judicial da solução que mais potencie a autonomia e realização das intenções e propósitos de vida de cada individuo.

A realização concreta deste novo paradigma de concessão de apoio a maior impôs, contudo, que o legislador recorresse, com frequência, a conceitos indeterminados, enquanto meios de concessão, ao juiz, da latitude e flexibilidade necessárias para poder construir, em cada caso, a medida efetivamente adequada ao perfil de cada situação jurídica.

Em causa está, portanto, um domínio em que o exercício (por natureza concreto) da atividade jurisdicional ganha um relevo acrescido. Por um lado, pela importância e sensibilidade das matérias em causa. Por outro lado, pelo carácter especialmente determinante que, quer a adequada interpretação das normas, quer a correta transposição da sua intencionalidade (para as especificidades do caso) assumem.

Acresce que as singulares especificidades observadas no plano da matéria substantiva denotam o acerto da criação de um processo próprio, re-

gido por previsões normativas concebidas em função dessas particularidades. A equalização opera assim, neste particular, *através do* processo.

Além de instrumento de promoção da igualdade de maiores vulneráveis na realidade quotidiana, as normas processuais podem ser via de realização da igualdade dos maiores em situação de vulnerabilidade também *intramuros*, isto é, quando aqueles figuram como sujeitos jurídicos atuantes *no* processo.

Nesse campo de regulação, observa-se que garantir que o sujeito maior e vulnerável, enquanto interveniente no processo, beneficie de efetivo acesso a informações, formações e técnicas facilitadoras da comunicação se pode revelar um meio particularmente eficaz de, em elevado número de casos, assegurar que o sujeito veja resposta a situação de igualdade, *sem que* para isso se tenha de fazer acompanhar por outrem.

Trata-se, nesta medida, de uma solução normativa a que reconhecemos potencial, quer no que diz respeito aos benefícios que pode proporcionar ao sujeito vulnerável, quer no que respeita à facilidade da sua implementação. Na verdade, atento o elevado nível de desenvolvimento tecnológico atual, torna-se viável, através de mecanismos de reduzida dimensão e custo moderado, proporcionar qualidade comunicativa de alto grau.[170] Razão por que se nos afigura ser de ponderar a eventual possibilidade de previsão deste tipo de solução no ordenamento jurídico processual português, hipótese em que as normas processuais além de cumprirem a função de promover, instrumentalmente, a igualdade *através* do processo, serviriam a promoção do valor da igualdade *no* processo.

[170] A título meramente exemplificativo, pense-se na facilidade com que, através de técnicas disponíveis ao nível do utilizador, é possível obter sínteses de textos com muito considerável qualidade, traduções praticamente imediatas e contacto entre pontos opostos do planeta com grau de fidelidade de som e de imagem muito elevado.

RESUMO: O contexto de fragilidade do maior vulnerável convoca o sistema jurídico, nos seus diferentes ramos, enquanto meio de garantia de tutela. Também o direito processual civil representa uma via tuteladora, sendo que esta pode assumir diversas formas operativas. Por um lado, enquanto ramo de direito adjectivo, o direito processual civil representa um instrumento de realização do direito substantivo. Nessa face, cumpre-lhe assegurar as vias processuais necessárias à efectiva observância e realização das soluções normativas materiais (*maxime* de Direito Civil) neste particular domínio, vias que poderão assumir caráter especial, quando as especificidades materiais justifiquem um tratamento processual especializado. Foi essa a opção do legislador no que diz respeito ao processo de acompanhamento de maior, cujos traços essenciais são, à luz deste olhar salientados no presente artigo. O processo civil pode, porém, ser meio de proteção do maior vulnerável também num outro plano, mediante adoção de medidas para sua proteção num conspeto autónomo do direito substantivo e, assim, qualquer que seja o processo em que o maior vulnerável intervenha. Sob esta face o ordenamento jurídico focaliza a sua atenção para a proteção do maior *no* processo.Representa uma dimensão que não se encontra desguarnecida no regime vigente. A importância deste caminho poderá, em todo o caso, como se propõe, justificar reflexão sobre a possibilidade de aprofundamento normativo desta segunda via protetiva.

PALAVRAS-CHAVE: *tutela processual; maiores vulneráveis; maior acompanhado; processo civil*

Procedural Protection for Vulnerable Adults: A Twofold Path

ABSTRACT: The fragile context of the most vulnerable calls upon the legal system, in its various branches, as a means of guaranteeing protection. Civil procedure also represents a means of protection, which can take various operational forms. On the one hand, as a branch of adjective law, civil procedure represents an instrument for the realisation of substantive law.In this regard, it is responsible for ensuring the procedural means necessary for the effective observance and implementation of substantive normative solutions (maxime of civil law) in this particular field, which may take on a special character when the specificities of the matter justify specialised procedural treatment. This was the option chosen by the legislator with regard to the process of monitoring adults, the essential features of which are highlighted in this article. Civil procedure may, however, also be a means of protecting vulnerable adults on another level, through the adoption of measures for their protection in an autonomous concept of substantive law, regardless of the proceedings in which the vulnerable adult is involved. In this regard, the legal system focuses its attention on protecting adults in the procedure. This is an aspect that is not neglected in the current system. The importance of this approach may, in any case, as proposed, justify reflection on the possibility of further developing the rules governing this second means of protection.

KEYWORDS: *procedural protection; vulnerable adults; accompanied adult; civil procedure*

Conferência Comemorativa — 25 de Abril 50 Anos Depois

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA

Jónatas Machado*

Iniciamos com uma apresentação da liberdade religiosa antes e depois do 25 de Abril. Chamaremos a atenção apenas para alguns tópicos que permitam perceber o Estado Novo e a Constituição de 1933. De facto, o 25 de Abril foi um momento marcante da história de Portugal, com um antes e um depois, e é importante reflectirmos sobre o que ele representou, o que ele representa e o que ele deve continuar a representar. Thomas Jefferson dizia que o preço da liberdade é a vigilância eterna, e nós devemos estar eternamente vigilantes quando se trata de defender a liberdade.

O Estado Novo e a Constituição de 1933

O Estado Novo não surge num vácuo ou por acaso. Entre a proclamação da República em 1910 e o golpe militar de 28 de Maio de 1926, houve uma grande instabilidade política que ainda hoje temos alguma dificuldade em compreender. Havia uma verdadeira *Kulturkampf,* no fundo replicando aquilo que já tinha acontecido noutros países europeus no século XIX, e que nesse século já tinha acontecido também em Portugal. Há, aliás, um paralelo entre a figura de Afonso Costa e a de Joaquim António de

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID 0000-0001-8065-3383.

Transcrição da intervenção inaugural, acedida em <https://www.uc.pt/fduc/vai-acontecer-na-fduc/conferencia-comemorativa-25-de-abril-50-anos-depois/>.

Aguiar (dos anos 30 do século XIX), tanto é que ambos foram chamados de "Mata Frades". Ambos comungavam de um anticlericalismo, talvez de matriz jacobina, e depois mais tarde maçónica e carbonária e republicana. Matriz esta que também não surgir por acaso… Aqui, teríamos de ver alguns episódios do século XIX que ajudam a explicar esse contexto.

A verdade é que a instabilidade política que se viveu na Primeira República — 45 governos em 16 anos! –, com ataques terroristas, mortes, movimentos anarquistas, etc., criou grande instabilidade durante esse tempo. A essa instabilidade se acrescentava a instabilidade gerada pelas próprias divisões e tensões entre os republicanos — a Carbonária, a Maçonaria e os próprios republicanos mais ou menos extremados. E depois, obviamente, temos de considerar a entrada de Portugal na Primeira Guerra Mundial, a Revolução Mexicana de 1917, a Revolução Russa de 1917, e a confusão geopolítica e geo-ideológica a criarem grande instabilidade. Agravando também essa instabilidade, tivemos o movimento sidonista de Sidónio Pais, em 1917, seguindo-se o seu assassinato em 1918. A certa altura, sobreveio aquela ideia, que surge nestes contextos, de que os militares considerados como a reserva moral, são quem pode assegurar alguma estabilidade. Ocorreu assim o golpe militar de 28 de Maio de 1926.

Não devemos esquecer também a questão religiosa, que opôs Afonso Costa à Igreja Católica, e que implicou a proibição e a extinção de ordens religiosas, o saque a muitos conventos, mosteiros e igrejas. Havia uma grande trepidação que conduziu a que o grande objectivo o golpe de 1926 e da Constituição de 1933 fosse: *(i)* a estabilização de Portugal, na sequência de uma instabilidade insustentável que atravessou aqueles 16 anos anteriores; *(ii)* a pacificação; e *(iii)* a unificação ou — como muito se enfatizava — unidade, como aliás já se tinha assistido com Sidónio Pais e a sua República Nova, e como se irá verificar também com a Constituição de 1933. Um outro novo factor foi também o da pacificação das relações com a Igreja Católica.

Em síntese, é como se, diante da instabilidade quer geopolítica e geo-ideológica, quer política e ideológica interna, Portugal lançasse mão daquilo que achava serem as instituições mais estáveis: o Exército e a Igreja — sendo certo que a Igreja já existia na Península Ibérica havia mais de 1100 anos antes do Estado português.

Vemos assim uma nova ênfase na ideia de Nação e de Soberania, um certo *estatismo*, seguindo aliás uma tendência que também se verificava noutros contextos. No entanto, se analisarmos o texto constitucional de 1933, designadamente, quando fala da liberdade de expressão e da liberdade de religião, e dos outros direitos fundamentais, até poderíamos pensar que havia traços de liberalismo na nossa Constituição, que não era uma constituição autoritária. Mas de facto tornou-se uma constituição autoritária, porque a prática constitucional e a teoria do Estado, a teoria política subjacente, era estatista, nacionalista, soberanista, e muito traumatizada pela instabilidade política existente. Se em 16 anos tinha havido 45 governos e 40 presidentes do Conselho de Ministros, o grande objectivo foi, portanto, o de estabilizar ao máximo a situação global, e também corrigir a situação financeira, que estava muito depauperada por causa, nomeadamente, da participação de Portugal na Primeira Guerra Mundial.

Vai-se assim caminhar para uma doutrinação ideológica. É claro que, se lermos a Constituição de 1933, encontramos uma disposição algo estranha, do ponto de vista do constitucionalismo liberal pós-25 de Abril. Não é tanto a ideia de liberdade de expressão que lá está, nem de leis especiais que regulam a liberdade de expressão e as demais liberdades — pois havia então uma teoria da regulamentação das liberdades, algo que hoje também existe, com a lei da regulamentação da televisão, uma lei de imprensa e da rádio, e a própria União Europeia acaba de aprovar diplomas sobre a regulação da liberdade dos *media*, refiro-me em particular a uma norma de protecção da opinião pública. A mesma ideia, que está na Constituição de 1933, é a de que nós temos de preservar a opinião pública dos desvios, dos atentados contra a verdade, contra a justiça, contra a segurança; devemos proteger a opinião pública. Quem ler isso a partir do século XXI, encontra aí algumas das preocupações que hoje também se vêem face aos riscos da desinformação, aos riscos das *fake news* — a UE tem todo um programa contra a desinformação. Encontra-se ali também a distinção entre crimes comuns e crimes políticos.

De facto, a Constituição de 1933, do ponto de vista da liberdade de expressão, achamo-la interessante, ao consagrar a liberdade de expressão. E contudo, podemos dizer que a Constituição deu mas a lei tirou. Foi isso que aconteceu: a censura e a perseguição em nome da segurança pública.

Vejamos no *Decreto da censura*, de 11/4/1933, o estilo de algumas normas nos trechos que seleccionámos:

> "É garantida a expressão do pensamento, por meio de qualquer publicação gráfica, nos termos da lei de imprensa e deste decreto."

> "Artº 2 — Continuam sujeitas a censura prévia as publicações periódicas definidas na lei de imprensa, e bem assim as folhas volantes, folhetos, cartazes e outras publicações, sempre que em qualquer delas se versem assuntos de carácter político ou social."

Refere-se aqui, remetendo para a disposição constitucional de protecção da opinião pública, qual era a finalidade da censura:

> "Artº 3 — A censura terá somente por fim impedir a perversão da opinião pública na sua função de força social e deverá ser exercida por forma a defende-la de todos os factores que a desorientem contra a verdade, a justiça, a moral, a boa administração e o bem comum, e a evitar que sejam atacados os princípios fundamentais da organização da sociedade".

Depois, a censura será exercida por comissões nomeadas pelo Governo, podendo ser remuneradas as respectivas funções.

Encontramos no final do diploma uma norma interessante:

> "Quando em recurso [da actividade de censura] for autorizada a publicação do escrito censurado, a entidade que julgar o recurso, ponderando as circunstâncias que ocorreram, poderá propor ao Governo que a imprensa jornalística ou o proprietário da publicação sejam indemnizados dos prejuízos, propondo também o quantitativo da indemnização".

Trata-se de uma salvaguarda que, na verdade, não era grandemente aplicada.

Antes deste diploma, já havia um outro sobre a restrição á liberdade de reunião e de associação. Outras leis houve, com a "lei da rolha", que proibia críticas aos superiores hierárquicos. E abundavam também os conceitos indeterminados — justiça, verdade, perversão da opinião pública, boa administração –, sem que ninguém vislumbrasse facilmente onde é que estavam as linhas do que fosse permitido ou proibido. Era assim violado, flagrantemente, o princípio fundamental do Direito Penal *nullum crimen sine lege certa*, i.e. a ideia da tipicidade, precisão e clareza das leis penais, criando-se um clima de censura, e mesmo de autocensura. Gerava nas pessoas um grande receio de falar, um *chilling effect*: as pes-

soas não falavam, porque nunca se sabia… tudo podia caber dentro do âmbito da lei, e a pessoa podia ser criminalizada.

Isto obviamente criou um regime autoritário, mesmo sem considerarmos ainda todo o quadro de acção e propaganda ideológica, expresso em *slogans* colocados estrategicamente nos vários ambientes, nos manuais escolares, em prol de um pensamento ideológico único.

Constituição de 1933: liberdade religiosa

Do ponto de vista da liberdade religiosa, a grande preocupação do regime de 33, também como reacção ao que se passara a seguir à instauração da República, nomeadamente uma *Kulturkampf* extremamente radical e radicalizada, foi a de pacificar as relações com a Igreja Católica. Daí a Concordata de 1940. Chegou-se à conclusão de que o melhor mesmo era pacificar as relações, encontrar algumas referências para reagir contra quaisquer factores geradores de extrema instabilidade, como no período da Primeira República. Desse modo, aquela separação entre a Igreja e o Estado que resultava da Constituição de 1911 e da Lei de Separação que vinha da Primeira República seria agora mitigada. Passava a reconhecer-se, não a existência de uma religião oficial, mas uma catolicidade da cultura e da identidade do País. Neste contexto, as demais confissões religiosas eram microconfissões, praticamente invisíveis. Havia, possivelmente, alguma desconfiança em relação a movimentos protestantes que tinham andado associados ao republicanismo e à maçonaria, na transição entre o século XIX e o século XX.

Ainda assim, em 1971, no tempo da Primavera marcelista, há uma lei da liberdade religiosa que acabou por não funcionar. O Conselheiro Sousa Brito afirmou que ela era uma *lei da não liberdade religiosa*. Porquê? Porque, apesar de afirmar os princípios da liberdade religiosa, colocava depois uma cláusula-barreira em que permitia às confissões que tivessem 500 membros a possibilidade de serem reconhecidas como confissões religiosas. No contexto português, porém, muitas das confissões religiosas não tinham sequer esse número. Eram microconfissões religiosas, e num certo sentido ainda hoje o são, de acordo com o último censo, de 2021, que indica 2,5 % de evangélicos, enquanto os muçulmanos e os judeus não vão além de cerca de 1% da população, contra os cerca de 80%

que se declaram católicos. Para muitas das confissões religiosas esta era, sobretudo naquela altura, uma cláusula-barreira quase intransponível.

A Revolução dos Cravos e a Constituição de 1976

Assinala-se nesta época a ruptura com o Estado Novo e a Guerra Colonial. Recorde-se que, em reacção aos 16 anos de instabilidade política subsequente à Primeira República, passou-se do "oito para o oitenta": tivemos uma demasiada estabilidade política com um regime que se tornou ditatorial. Efectivamente, o Estado Novo, com a sua máquina de propaganda e de perseguição política, acirrada principalmente a partir de 1959 com a ameaça do General Humberto Delgado, evoluiu para um regime ditatorial. Surgiu, então, uma reacção. Reacção contra a Guerra Colonial, que certamente terá de ser compreendida também num contexto geopolítico mais vasto.

Em 25 de Novembro assinala-se a liberalização e democratização do Regime, e a inserção da Constituição no sistema da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Com efeito, a nossa Constituição, no artigo 16.º, procede à indexação dos nossos direitos fundamentais, designadamente, dos direitos, liberdades e garantias na linha da Declaração Universal dos Direitos do Homem e, no fundo, também da Concenção Europeia dos Direitos Humanos, a partir da adesão de Portugal em 1978. Terminava, com o início deste novo contexto, o período do "orgulhosamente sós".

No âmbito da liberdade de expressão, sucedeu que a nossa Constituição consagrou, logo no artigo 37.º, uma ampla liberdade de expressão e normas contra a censura, contra *todas as formas de censura*; não só a censura prévia, mas muitas outras formas de censura que vão aparecendo aqui e acolá. Esta e outras disposições foram evoluindo, designadamente, com as sucessivas revisões da Constituição (a de 1989), no sentido da liberalização dos serviços de rádio e televisão, que não existia, seja em Portugal, seja em alguns países da Europa. Com efeito, devido a uma certa desconfiança em relação ao modelo americano de liberdade de rádio difusão, os europeus preferiam um serviço público de televisão e de rádio, sendo as televisões privadas olhadas com desconfiança. Assim aconteceu, portanto, até à revisão constitucional de 1989, numa altura em que as transformações tecnológicas já se tornavam imparáveis.

Portugal e a União Europeia

A partir da adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, muita da nossa liberdade de expressão passou a ser europeizada, isto é, encarada sob a égide do direito da União Europeia, sendo a rádio e a televisão consideradas no âmbito da liberdade de prestação de serviços transfronteiriços. Trata-se aqui de um desenvolvimento importante: muito da regulação que hoje temos nestes domínios corresponde a transposição de Directivas. Isso significa que estamos agora sob a égide, não só da Constituição e do Tribunal Constitucional, mas também da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e do Tribunal de Justiça da União Europeia. E isso vai sendo doravante cada vez mais assim, porque a União Europeia vai criar uma entidade da comunicação a nível europeu. Temos por ora a ERGA, o grupo de reguladores europeus; mas vai ser criada, numa legislação prestes a ser promulgada, uma entidade reguladora europeia para os serviços audiovisuais e para as redes sociais. É algo novo. E cai sob a égide do Tribunal de Justiça da União Europeia no Luxemburgo.

Esta nova legislação surge, obviamente, num clima de liberdade de expressão, mas não sem algumas restrições. Sabemos, por exemplo, que o Conselho interrompeu a transmissão de alguns canais russos na televisão, e isso foi validado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia… Ou seja, continua presente uma ideia de zelar pela opinião pública europeia, neste novo contexto. Por outro lado, muita da nossa jurisprudência em matéria de liberdade de expressão provém do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e da sua interpretação e aplicação do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos sobre liberdade de expressão.

A nível de liberdade religiosa, a situação mudou. Podemos dizer que hoje temos uma ampla liberdade de culto individual e colectiva. Houve no mandato do Primeiro Ministro António Guterres uma Lei de Liberdade Religiosa 16/2001, que foi realmente muito importante — e cumpre reconhecer que alguns dos principais avanços na liberdade religiosa no nosso País se deveram ao Partido Socialista. Em 2009, verificaram-se mais avanços legislativos importantes, designadamente no tocante à assistência religiosa nos estabelecimentos prisionais, no exército, nos hospitais, etc. Voltando à Lei de Liberdade Religiosa 16/2001, ela

- consagra uma ampla liberdade religiosa individual e colectiva;
- consagra um princípio de cooperação entre as confissões religiosas e o Estado;
- admite alguma diferenciação consoante a fenomenologia das próprias religiões, no sentido de que a liberdade religiosa admite que algumas não tenham personalidade jurídica e ainda assim possam gozar de ampla liberdade religiosa, e que outras se organizem de acordo com o modelo das associações do Código Civil e se tornem associações religiosas; depois, admite ainda que outras sejam reconhecidas como pessoas colectivas de natureza religiosa (há um registo para essas confissões, e nessa linha verifica-se o surgimento de muitas confissões); admite um regime para as chamadas "pessoas religiosas radicadas", aquelas que em Portugal estão há mais de trinta anos e em qualquer parte do mundo há mais de sessenta.

Todas elas podem em Portugal gozar de ampla liberdade religiosa, mas estas últimas as "radicadas" podem celebrar o casamento por forma religiosa e ser-lhes-ia reconhecida a forma (não a substância!) de casamento civil sob a forma religiosa, ou optar por escolher entre a devolução do IVA e uma consignação de 0,5% do IRS. Regulam-se também determinados benefícios fiscais que outrora eram reservados só à Igreja Católica e que passaram a ser acessíveis, designadamente benefícios em termos de IRC e IMI no caso de edifícios destinados a fins religiosos.

Temos em 2004 uma nova Concordata com a maior confissão religiosa no país, a Igreja Católica, em que se procurou remover alguns aspectos da Concordata de 1940 que se acreditava serem mais clericalistas. Curiosamente, temos também um acordo com outra confissão religiosa no nosso País que é o Imamat Ismaili, um grupo muçulmano (xiita) que celebrou não só um acordo com Portugal, mas também um acordo de sede, um *Traité de siège* ou *Headquarters Agreement,* em que a sede mundial é em Lisboa. Isto mostra que mesmo um grupo islâmico vê Portugal como um contexto favorável ao exercício da liberdade religiosa. Existe também uma Comissão da Liberdade Religiosa, de constituição plural, que funciona junto do Ministério da Justiça e vai avaliando as incidências que ocorrem a nível da liberdade religiosa.

Em conclusão, evoluiu-se muito bem para um sistema que é visto lá fora com exemplar a nível de liberdade religiosa. Quando muito, há algumas críticas de algumas confissões religiosas minoritárias relativamente a alguns pormenores administrativos da aplicação da lei, mas trata-se de incidentes meramente locais. A verdade é esta: no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nós não temos casos de liberdade religiosa em Portugal, embora tenhamos alguns, bastantes, sobre liberdade de expressão. Temos portanto uma grande casuística sobre liberdade de expressão, porquê? Porque há por vezes entre nós uma sobre-interpretação do direito ao bom nome e à reputação de figuras públicas quando está em causa a discussão pública. Sobre isso, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem mais de vinte casos em que condenou Portugal por violação à liberdade de expressão.

Riscos de censura hoje

Temos de estar alerta, porque a censura e os impulsos censórios estão aí. Começam a ressurgir na nossa sociedade: temas interditos; impulsos de cancelamento, linchamentos digitais; represálias profissionais contra quem diga ou faça algo em relação a determinados temas; SLAPPS, isto é, acções judiciais estratégicas que visam silenciar quem se insurja contra determinadas situações — como no caso de um guardião do Rio Tejo que, verificando uma espuma branca a jusante, inferiu uma relação de causalidade com uma fábrica de celulose a montante, que depois se veio a verificar, embora imediatamente ele fosse perseguido com várias acções judiciais de várias empresas com o objectivo de silenciarem, não só o referido guardião mas todos os outros, dando-se a entender que não se pode criticar certas empresas, sob pena de penalizações. Temos portanto de estar alerta, também, contra o abuso de conceitos indeterminados do direito penal.

Em conclusão, o 25 de Abril foi realmente uma grande conquista, quer sob os vários pontos de vista que vão ser aqui referidos, quer sob o ponto de vista da liberdade de expressão e liberdade religiosa. No entanto, Portugal, apesar de ter indexado as suas liberdades à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, não se tem livrado de algumas condenações. E os impulsos censórios andam por aí, e portanto temos de evitar a sua consolidação e radicação entre nós.

RESUMO: Após o 25 de Abril de 1974, Portugal conquistou direitos fundamentais como a liberdade de expressão e de religião, pilares da democracia. Estes direitos garantem pluralidade e respeito pelas diferenças, essenciais para uma sociedade livre. É crucial combater qualquer forma de censura ou restrição ideológica, pois ameaçam a igualdade e a participação cidadã. A defesa contínua dessas liberdades preserva os valores conquistados pela Revolução dos Cravos.

PALAVRAS-CHAVE: *liberdade de expressão; liberdade de religião; democracia; 25 de Abril de 1974*

Freedom of Expression and Freedom of Religion

ABSTRACT: After April 25, 1974, Portugal secured fundamental rights such as freedom of expression and religion, which are pillars of democracy. These rights ensure plurality and respect for differences, essential for a free society. It is crucial to fight any form of censorship or ideologically motivated restriction, as they threaten equality and civic participation. The ongoing defense of these freedoms preserves the values achieved by the Carnation Revolution.

KEYWORDS: *freedom of expression; freedom of religion; democracy; 25 April 1974*

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, ANTES E DEPOIS DE ABRIL
I – INTRODUÇÃO E HISTÓRIA ATÉ 1974

João Carlos Loureiro*

"Manhã de abril
E um gesto puro
Coincidiu com a multidão
Que tudo esperava e descobriu
Que a razão de um povo inteiro
Leva tempo a construir"

Pedro Ayres de Magalhães, *Brumas do Futuro*

I. Introdução: entre Immanuel Kant (na celebração dos 300 anos do seu nascimento – 22 de abril) e Pedro Ayres de Magalhães [à conversa com Peter Häberle em torno de constitucionalismo (e) (como) cultura]

A persistência de um texto constitucional e a sua capacidade de conformar a realidade constitucional dependem da consonância com a consciência jurídica comunitária, de uma "garantia político-cultural"[1].

(*) Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID 0000-0003-1371-1285.

O texto resulta de um convite da Direção da Faculdade para assinalar Abril, num registo que, em primeira linha, tivesse como destinatários os alunos, o que explica algumas passagens mais descritivas. Com alguns desenvolvimentos, mantém-se, no essencial, o texto da intervenção oral.

[1] José Manuel Moreira Cardoso da Costa, *Sumários e tópicos das prelecções feitas e da matéria versada na unidade curricular «Jurisprudência de Direito Constitucional I», da área de especialização em «Direito Constitucional», do 2º ciclo de estudos (Mestrado) da Faculdade de Direito da*

Também aqui as comemorações são oportunidade de refrescamento e de reforço de raízes. A dois anos da celebração de meio século da Constituição de 1976, festejar Abril é também revigorar a narrativa cívica em termos intergeracionais – e sublinho que, no convite do Senhor Diretor[2] para esta jornada, se realçava que, em primeira linha, os destinatários seriam os estudantes.

Na mitologia da Revolução que se cruza com utopia(s)[3], destacam-se três palavras-chave (Democratizar, Descolonizar, Desenvolver), que se expressaram em palavras de ordem, deixadas também "Nos muros da cidade"[4]. A Constituição de Abril resultou de um atribulado procedimento constituinte, assinalando-se, por exemplo, os pactos MFA-Partidos e um cerco à Assembleia Constituinte (pensou-se mesmo na sua transferência para o Norte[5]).

II. Algumas notas introdutórias

Permitam-me realçar, brevemente, algumas notas, a saber:

a) Dignidade da pessoa humana como princípio fundante, ponto que não posso desenvolver aqui[6];

Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008 [revisão de 2020], 9. Repare-se neste citado trecho de Almeida Garrett: "embora uma Constituição se escreva n'um papel, embora as maiores sommas de liberdade se ponham nesse papel, se a Constituição escripta não for acomodada na prática aos usos e costumes dos póvos, a Constituição ha de ficar no papel" [*Diario das Cortes Gerais Extraordinarias, e Constituintes da Nação Portugueza reunidas no anno de mil oitocentos trinta e sete*, vol. II, Lisboa: Imprensa Nacional, 1837 (n.º 74, 24 de abril de 1837, 13)].

[2] Para memória futura, precisa-se que o múnus era então exercido pelo Senhor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado.

[3] Maria Manuela CRUZEIRO, *A nossa Fada Morgana: viagem pelos imaginários da Revolução de Abril*, Porto: Afrontamento, 2017.

[4] Pedro Ayres de MAGALHÃES, *Brumas do futuro*, na voz de Teresa Salgueiro.

[5] Sobre este ponto, *vd.* Jorge MIRANDA, *Da revolução à Constituição: memórias da Assembleia Constituinte*, Cascais: Princípia, 2015, 237 (quanto ao texto, *vd.* Projeto de Lei Constitucional, 405-407).

[6] Para um levantamento de referências bibliográficas, permito-me remeter para João Carlos LOUREIRO, "Human dignity in Portugal", *in* Paolo BECCHI / Klaus MATHIS, ed., *Handbook of human dignity in Europe*, Cham: Springer International Publishing,

b) Ideia de constitucionalismo em sentido amplo, abraçando também, *inter alia*, canções, literatura, teatro, etc, não se limitando, pois, aos textos constitucionais (uma ideia sublinhada por Peter Häberle, que vai mais longe, sublinhando "o «quantum» de utopia" do Estado Constitucional, que ilustra com a *Paz perpétua*, de Kant, e … a Revolução dos Cravos[7]);

c) Circunstância(s) – Em artigo publicado em 2024, Andreas Voßkuhle[8] assume como motivo diretor "A crise mundial da jurisdição constitucional", considerando, entre outras questões, o crescimento do iliberalismo, o ativismo judicial e a sobrecarga institucional.

Mas de que falamos, pois, quando convocamos a expressão justiça constitucional?

Cardoso da Costa apresenta-a como a "intervenção dos tribunais na defesa da Constituição, através da resolução de controvérsias, conflitos ou litígios (*lato sensu*) de direito constitucional"[9]. Trata-se, pois, do exercício da função jurisdicional como forma de garantia da Constituição. Para o Presidente emérito do Tribunal Constitucional, é possível uma caraterização material da justiça constitucional, desde que esta seja entendida em temos de conceito-tipológico e não definitório[10]. Este caminho permite-nos a via da comparação, identificando campos ou domínios típicos da justiça constitucional, que podem, ou não, existir num

---

2019, 1-27. Mais recentemente, *vd*., entre outros, José Manuel Aroso Linhares, "Precisará o significante *dignidade* de um *significado* intrinsecamente jurídico? Breves notas sobre um percurso com duas máscaras", *in* João Carlos Loureiro, coord., *Constituição, política e direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Doutor Vieira de Andrade*, vol. I, Coimbra, Portugal: Almedina, 2023, 217-238.

[7] Peter Häberle, "Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo", *Anuário Português de Direito Constitucional* 5 (2006) 35-62, 53.

[8] Andreas Vosskuhle, "Die weltweite Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit", *JuristenZeitung* (JZ) 79 (2024) 1-7.

[9] José Manuel Cardoso da Costa, *Sumários e tópicos das prelecções feitas e da matéria versada na unidade curricular «Jurisprudência de Direito Constitucional I», da área de especialização em «Direito Constitucional»,* 10. Não se curará aqui do ensino da Justiça constitucional na nossa Faculdade, ponto objeto de tratamento sistemático em artigo de Ana Raquel Moniz, "A justiça constitucional no ensino da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", *Boletim da Faculdade de Direito* 96/2 (2020) 785-873.

[10] António Barbosa de Melo, *Sobre o problema da competência para assentar*, Coimbra, 1988, 24-26.

determinado ordenamento jurídico[11]. Assim, estão em causa questões jurídico-constitucionais (e não meras questões políticas), respeitantes ao "funcionamento constitucional do Estado" e que para a sua resolução convocam normas constitucionais (podendo sê-lo só numa aceção material), ou seja, dito agora num registo breve, mesmo que não tenham assento no texto constitucional, mas que definam aspetos essenciais do Estado e da sociedade.

Na Europa, o modelo dominante que atravessa o século XIX é o de um controlo político da constitucionalidade, e Portugal não é, como já veremos, uma exceção. Não raro, o controlo político da constitucionalidade é apresentado como modelo francês. Contudo, sem prejuízo da sua relevância, a experiência gaulesa é mais complexa. Na verdade, nos primeiros anos depois da Revolução de 1789 (entendida globalmente, pois não é inusual falar-se de duas revoluções[12]), não só o controlo judicial da constitucionalidade foi discutido, como foi praticado[13]. Logo no ano da aprovação da primeira Constituição – 1791, a *Cour de Cassation* anulou decisões de outros tribunais por as considerar contrárias à lei fundamen-

[11] Para o caso português, *vd.* a síntese de José Manuel Cardoso da COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, 30-31, considerando competências que o Tribunal Constitucional não tem (à cabeça, indica a solução de litígios constitucionais *stricto sensu*) e realçando a existência de outras competências que não são correntes em termos de direito comparado.

[12] Martin KRIELE, *Libertação e iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem*, São Paulo: Edições Loyola, 1983, 17-20 (duas Revoluções: 1789 e 1792). Alexis de Tocqueville (*O Antigo Regime e a Revolução*, Lisboa: Imprensa da Universidade de Lisboa, 2019), no Cap. III ("Como a Revolução Francesa foi uma revolução política que procedeu à maneira das revoluções religiosas, e porquê") sublinha que "A Revolução Francesa operou, relativamente a este mundo, precisamente do mesmo modo que as revoluções religiosas agem com vista ao outro; considerou o cidadão de um modo abstracto, apartado de todas as sociedades particulares, assim como as religiões consideram o homem em geral, independentemente do país e da época" (31).

[13] Na verdade, têm-se multiplicado os estudos que veem as raízes do controlo ainda no Antigo Regime, sublinhando o papel dos *Parlements*, nomeadamente do de Paris: com outras indicações, *vd.* Aïda MANOUGUIAN, *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français: étude d'un phénomène doctrinal*, Paris: Dalloz, 2022, esp. 47-102 (Cap. 1). Para a questão no Antigo Regime em Portugal, *vd.*, com outras indicações, Carlos Blanco de MORAIS, *Justiça constitucional, t. I: Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 309-310.

tal[14]. E, ao longo do século XIX, encontramos a questão também reiterada. Aliás, do ponto de vista doutrinal, a sua defesa encontra expressão quer em autores nostálgicos do sistema de controlo pré-revolução *(Parlements)* quer em autores liberais (recorde-se o que escreveu Alexis de Tocqueville)[15].

A partir de uma ideia de constituição material, houve quem defendesse que os alvores da justiça constitucional datam da primeira metade do século XVII, convocando a figura de Edward Coke[16] e tendo presente o caso *Bonham* (1610), sustentando-se a superioridade do *common law* face a leis parlamentares que com ele fossem desconformes. Mas é nos princípios do século XIX que encontramos um primeiro modelo judicial no quadro do constitucionalismo moderno, que terá influência decisiva entre nós e no Brasil. Falo da experiência norte-americana, seminalmente expressa em *Marbury versus Madison* [17] (conhecido também como caso dos "juízes da meia-noite", designados à pressa antes da saída de John Adams)[18]. Quanto ao controlo concentrado, teve de se esperar até

[14] Para uma síntese, *vd.* Olivier JOUANJAN, "Constitutional justice in France", *in* Armin von BOGDANDY / Peter M. HUBER / Christoph GRABENWARTER, ed., *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, vol. III – *Constitutional adjudication: institutions*, 3.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2020, 223-278, 227-228.

[15] Sobre o *Supreme Court*, Alexis de TOCQUEVILLE, *Da democracia na América*, Lisboa: Relógio D'Água, 2008, 138, 144-145; 139, 376, n. 161 (considerando "quase nula […] qualquer analogia entre o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e o […] Tribunal da Cassação").

[16] Por exemplo, Friedrich HAYEK, *Os fundamentos da liberdade*, Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo, Editora Visão, 1983, Cap. XI ("As origens do Estado de direito"); sobre o papel de Coke, *vd.* J. G. A. POCOCK, *La Ancient Constitution y el derecho feudal*, Madrid: Tecnos, 2011.

[17] Há tradução: *vd.* "Marbury v. Madison: a lição primeira", *Sub Judice* (1994/7-9) 145-148.

[18] Marnoco e SOUZA, *Constituição Politica da Republica Portuguêsa: Commentario*, Coimbra: F. França Amado Editor, 1913, 582, depois de dar conta de que "[a]lguns juspublicistas inglêses vão mais longe, sustentando que o poder exercido pelos tribunaes americanos foi sempre reconhecido pela jurisprudência inglêsa, que attribuiu constantemente aos tribunaes de justiça o direito de apreciar e determinar plenamente o sentido, alcance e validade das leis". Recusando esta leitura, sublinha que nas colónias inglesas do Novo Mundo "o seu poder legislativo se encontra[va] limitado pela carta, emanada da corôa, que auctorizava a fundação da colonia. Por isso, qualquer lei colonial que ultrapassasse estes limites era nulla e podia ser impugnada como tal pe-

1920, para que na Áustria fosse consagrado na Constituição – o modelo kelseniano –, tributário da sua conceção de direito e a partir da ideia de pirâmide normativa[19]. Trata-se de uma jurisdição constitucional autónoma.

Em *A cabeça perdida de Damasceno Monteiro*, menciona-se a importância de Hans Kelsen e da *Grundnorm*[20]. Diz o advogado, ao saber que Damasceno teria sido morto na esquadra da

Guarda Nacional: "mas então é uma Grundnorm!". E continua:

> "[…] Não posso pretender que você saiba o que é uma Grundnorm […], dou-me conta [de] que nós, homens de leis, às vezes falamos de uma maneira esotérica.
>
> […] para Kelsen, ela está situada no vértice da pirâmide, é uma norma-base invertida, está no topo da sua teoria de justiça, a que ele definia por Stufenbau Theorie, a propósito da construção piramidal".

No século XX, na sequência da criação do Tribunal Constitucional austríaco e de um controlo abstrato da constitucionalidade das leis, vamos encontrar um confronto de visões que ainda hoje assume ressonância. Refiro-me às perspetivas de Carl Schmitt[21] e Hans Kelsen[22]. O primeiro considera que o modelo austríaco não é compatível com a natureza da função judicial, capaz de abrigar um controlo difuso da constitucionalidade (à americana), mas não a solução concentrada. Para Schmitt, o guardião ou defensor da constituição não pode, pois, ser um Tribunal Constitucional, devendo a tarefa caber ao Presidente da Repú-

---

rante o *Privy Council* do monarca. É neste primitivo direito que se deve filiar o systema actual da jurisprudencia americana".

[19] Sublinha-se aqui que esta visão hierárquica da ordem jurídica aparece já na obra de Adolf Merkel, sendo, no entanto, referida a Teoria pura do direito (*Reine Rechtslehre*) de Hans Kelsen como a expressão doutrinária por excelência.

[20] Antonio Tabucchi, *A cabeça perdida de Damasceno Monteiro*, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2001.

[21] Carl Schmitt, *La defensa de la constitución: Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

[22] Hans Kelsen, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit: Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte", in *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928; Mit einem Auszug aus der Aussprache*, Berlin/ Leipzig: Walter de Gruyter, 1929, 30-88.

blica[23]. Não podendo, *hic et nunc*, percorrer as linhas de força do debate, sempre se dirá que, na sua análise, Schmitt recupera a ideia de poder neutro de Benjamin Constant, uma dimensão que se cruza com a nossa história constitucional (recorde-se a Carta Constitucional). Num "Estado pluralista de partidos", lê a posição do Presidente da República na Constituição de Weimar como "centro de todo un sistema – construido sobre fundamentos plebiscitarios – de neutralidad y independencia respecto a los partidos políticos"[24].

Kelsen, como se antecipou pela via literária (o texto de Tabucchi), faz do controlo judicial concentrado a pedra angular do sistema, apresentando o Tribunal Constitucional como um "legislador negativo"[25].

III. Justiça constitucional antes de Abril: "Da Lusitana antiga liberdade" (Luís de Camões), do constitucionalismo moderno ("respira livre cidadão: Eis o fruto que produz/ A Lusa Constituição" (Francisco José d'Oliveira Gomes, 1822)

1. Constitucionalismo monárquico

Não se curará aqui das primícias de controlo no quadro do constitucionalismo antigo[26]. Na verdade, é longa a história em que se forjou a liberdade, também a "Lusitana antiga liberdade"[27], a partir de uma ideia

[23] Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*.

[24] Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, 249. Hans Kelsen respondeu com o texto: "Quem deve ser o guardião da Constituição?", *in* Idem, *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, 237-319. A crítica dura de Kelsen a Schmitt leva o primeiro a dizer que "contrapor o presidente do *Reich* a um tribunal constitucional faz tão pouco sentido quanto afirmar que o exército, por ser a melhor defesa do Estado, torna desnecessários os hospitais" (p. 280).

[25] Hans Kelsen, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit: Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte", 56.

[26] Em geral, sobre o constitucionalismo antigo, *vd.* Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism, ancient and modern*, Ithaca, N.Y.: Great Seal Books, 1958.

[27] *Os Lusíadas*, Canto I, 6. 2. Almeida Garrett (*Camões*, xiii, 138). Mais recentemente, Manuel Alegre ["Sobre a Liberdade", *in* Carlos Camponez / Ana Teresa Peixinho, *Reflexões sobre a liberdade: 150 anos da obra de John Stuart Mill*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, 23-26, 25] reinterpreta esta passagem camoniana no

de independência nacional, mas que foi objeto de uma criativa receção em termos de direitos, como se vê em Almeida Garrett[28]. Em relação ao constitucionalismo moderno, no âmbito do constitucionalismo monárquico, assinala-se um controlo político ("internalização do sistema de controlo")[29], mas também um controlo judicial, ainda que incipiente.

1.1. Controlo político: o exame da constitucionalidade das normas pelo próprio parlamento (o exemplo da idade do direito de sufrágio)

Ilustremos com um tema que se prende com a idade de voto, num debate em 1878. Na verdade, a atual Constituição estabelece, no seu artigo 49.º, n.º 1, que "Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral". Sabe-se que há países – recordo, desde logo, no mundo de matriz lusófona, o Brasil – em que a idade é mais baixa (16 anos)[30] –, tema que tem sido aflorado entre nós. Contudo, a idade de voto era tradicionalmente mais elevada. Assim, na Constituição de 1822, no artigo 33.º, I, estabelecia-se como regra os 25 anos, lendo-se no preceito que "não se compreendem os casados que tiverem vinte anos; os oficiais militares da mesma idade; os bacharéis formados; e os clérigos de ordens sacras".

No quadro da Carta Constitucional, no artigo 65.º, § 1.º, dispunha-se que os menores de 25 anos seriam excluídos de votar, a não ser "os casados e Oficiais Militares, que forem maiores de vinte e um anos, os Bacharéis formados e Clérigos de Ordens Sacras".

---

sentido de compreender o "Falar e o escrever correctamente a nossa língua [como] […] um acto de Liberdade e de afirmação da nossa identidade cultural. Um acto de soberania, individual e colectiva. Um acto de resistência, de sobrevivência e de homenagem àquela «lusitana antiga liberdade» de que falou Luís de Camões".

[28] Ronald W. Sousa, "The future of a national symbol", *in* Fátima Monteiro, ed., *Portugal: strategic options in a European context*, Lanham: Lexington Books, 2003, 12, referindo-se ao "Camões romântico".

[29] A propósito da diferença entre "internalização" e "externalização" em sede de controlo da constitucionalidade, *vd.* José Joaquim Gomes Canotilho, "Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva", *in* Jorge Miranda, org., *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 871-887, 872-873.

[30] Artigo 14, § 1º, inciso II, alínea *c)* da Constituição da República Federativa do Brasil (até aos 18 anos, trata-se de um voto facultativo e não obrigatório, como é a regra no Brasil).

Acontece que, no Ato Adicional de 5 de julho de 1852, o artigo 5.º dispunha:

> "Todo o Cidadão português, que estiver no gozo dos seus direitos civis e políticos, é eleitor, uma vez que prove:
>
> (…) II – ter entrado na maioridade legal.
>
> § 1.º – Serão considerados maiores os que, tendo vinte e um anos de idade, estejam em uma das seguintes qualificações: 1.º – Clérigos de ordens sacras; 2.º – Casados; 3.º – Oficiais do exército ou da armada; 4.º – Habilitados por títulos literários, na conformidade da Lei".

Numa discussão travada na Câmara dos Deputados (Sessão de 8 de abril de 1878), disse José Luciano de Castro:

> "Qual é a maioridade legal? Evidentemente se o acto addicional quizesse que a maioridade fosse aos vinte e cinco annos, é claro que faria expressa referencia ao artigo anterior da carta, ou nada diria a tal respeito.
>
> Portanto a alteração que fez ao artigo 5.° n.º 2.° do acto addicional, foi claramente com o propósito de fixar a maioridade para os effeitos politicos na idade que a lei fixasse para os effeitos civis. Ora a maioridade civil é aos vinte e um annos, e portanto pode entender-se que qualquer votação da camara em sentido contrario offende um artigo do acto addicional, que diz respeito aos direitos individuaes dos cidadãos (Apoiados.), e que portanto não póde ser alterado por uma lei ordinaria.
>
> Peço á camara que reflicta um pouco. Entendo que a maioridade legal hoje é aos vinte e um annos, porque o n.º 2.° do artigo 5.° do acto addicional modificou a disposição da carta que determinava que elle fosse aos vinte e cinco annos. Se esta não tivesse sido a intenção do legislador, teria feito referencia ao artigo da carta ou não teria dito nada" [31].

Em resposta, Lopo Vaz argumenta:

> "Para que havemos de afirmar nesta lei, que a idade legal é aos vinte e cinco annos? Dizem s. ex.ªs, que ha duvidas; […] o próprio sr. deputado Luciano de Castro, depois de as apresentar, acabou por concluir que o melhor é não fallar em tal assumpto.
>
> Entretanto, se o illustre deputado quer, pela muita consideração que s. ex.ª merece, entrarei na apreciação da sua argumentação.
>
> O acto addicional diz, que é necessário, para ser eleitor, ter 100$000 réis de renda e a maioridade legal, mas não diz, qual seja a maioridade legal.

[31] *Diario da Camara dos Senhores Deputados* (Sessão de 8 de abril de 1878), 1010.

> O acto addicional é pura e simplesmente a alteração de alguns artigos da carta, e portanto a carta está em vigor era tudo aquillo em que não foi expressamente alterada pelo acto addicional.
>
> Ora, a carta diz expressamente que os menores de vinte e cinco annos não podem votar, o que equivale a fixar a maioridade nos vinte e cinco annos.
>
> O acto addicional exige igualmente a maioridade, mas não diz qual ella seja, e portanto é evidente que está em vigor o artigo 65.° § 1.° da carta constitucional, porque a disposição expressa de uma lei não póde ser revogada pelo silencio de uma lei posterior.
>
> […]
>
> Posto isto, direi que, segundo a minha opinião, a maioridade para os effeitos eleitoraes deve ser fixada por lei aos vinte e um annos e não aos vinte e cinco annos, mas tenho graves apreensões sobre a constitucionalidade d'esta alteração, porque não reputo revogado o artigo 65.° § 1.º da carta.
>
> Este artigo diz immediatamente respeito aos direitos politicos dos cidadãos, e tudo o que diz respeito a esses direitos é constitucional, segundo dispõe o artigo 144.° da mesma carta, e o que é constitucional só póde ser alterado em cortes constituintes e depois de observadas as formalidades legaes. Repito, pois, que tenho duvidas sobre a constitucionalidade deste assumpto, e não só as tenho eu, mas também a comissão, que tenho a honra de representar, a qual não inseriu aquella alteração no projeto de reforma eleitoral, porque receiou que a sua conversão em lei fosse prejudicada pelas discussões previas sobre a sua constitucionalidade".

1.2. O controlo judicial (nos 150 anos da morte de Francisco da Silva Ferrão)

Quando se discute o controlo judicial[32] da constitucionalidade em

[32] Como se referiu, outro é o controlo político e de certa forma a sua convocação em termos doutrinais, tendo de convencer, por via argumentativa, da desconformidade com a lei fundamental (da anticonstitucionalidade das normas, para usar o termo numa das suas aceções correntes à época). Por exemplo, Ferreira Borges (*Fontes da administração comercial*, cap. IV, § 4º, mencionado por Joaquim José da Costa e Simas, *Observacões sobre a revista do senhor deputado Antonio de Azevedo Mello e Carvalho*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1843, 8). Compulsando a obra, cujo título completo é *Das fontes, especialidade e excellencia da administração commercial segundo o Codigo Commercial Portuguez,* Porto: Typographia Commercial Portuense, 1835, deparamo-nos com a convocação da Carta em vários pontos. Refiram-se, desde logo, as seguintes passagens: "Nós estamos persuadidos, que, á face da nossa Carta Constitucional, as questoens de rehabilitaçoens e moratorias como judiciaes, não podem hoje pertencer ao poder executivo" (20); em

Portugal antes da Constituição de 1911, costumam referir-se três aspetos: a doutrina (nomeadamente, Francisco da Silva Ferrão), a proposta da sua admissibilidade por via de revisão constitucional e alguns (poucos) casos judiciais em que foi suscitada a questão.

1.2.1. Francisco da Silva Ferrão & Companhia: redescobrindo o Conde da Taipa

Francisco António Fernandes da Silva Ferrão (Coimbra, 3 de julho de 1798 – Lisboa, 5 de março de 1874) costuma ser apresentado como o autor seminal da defesa do modelo norte-americano em Portugal. Em regra, é referido, para este ponto, o *Tractado sobre Direitos e encargos da serenissima casa de Bragança* (1852)[33]. Na verdade, já tratara da questão anteriormente. Lê-se:

> «(…) mesmo quando, em aberta reluctancia com o preceito constitucional, as Côrtes adoptassem a mesma Proposta, praticariam um acto nullo, porque acima das Côrtes, do Governo, *de tudo e de todos*, está o pacto fundamental, que nos rege, *a lei das leis*»[34].

A existência de menção anterior (no caso do controlo judicial) – "todos os tribunais podem resistir por todos os meios constitucionais"[35] –, foi já assinalada por André Salgado de Matos[36]. Aliás, num trabalho publicado em 1848, Silva Ferrão menciona, em nota, um aresto do Su-

---

relação à revista, depois de referir a anticonstitucionalidade (passagem transcrita em Simas), alega que o Supremo Tribunal não aplicou o Decreto em causa por ser desconforme com o Código (21).

[33] Francisco António Fernandes da Silva Ferrão, *Tratado sobre direitos e encargos da serenissima Casa de Bragança*, Lisboa: Imprensa de J. J. Andrade e Silva, 1852 (há uma 2.ª edição: Coimbra, Imprensa Académica, 1898). *Vd.* o Anexo I.

[34] Francisco António Fernandes da Silva Ferrão, *O uso e o abuso da imprensa ou considerações sobre a proposta de lei regulamentar do § 3.º do artigo 145.º da Carta Constitucional*, Lisboa: Typ. do Panorama, 1850, 13-14.

[35] Francisco António Fernandes da Silva Ferrão, *Analyse critica e jurídica, demonstrativa da improcedencia dos argumentos com que, na Camara dos Senhores Deputados da Nação Portugueza, foi sustentada a proposta de lei regulamentar do § 3º do artigo 145.º da Carta Constitucional da Monarchia*, Lisboa, 1850.

[36] André Salgado de Matos, "Silva Ferrão e o nascimento do princípio da constitucionalidade em Portugal", *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, vol. 1, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2012, 315.

premo Tribunal de Justiça[37] onde, defendendo-se uma determinada interpretação, se acrescenta que

> "[…] de outra fórma se daria retroactividade na Lei e violação de direito de propriedade em contravenção do Art 145 §§ 2.º e 21.º da Carta Constitucional da Monarchia com a qual devem ser concordadas todas as Leis"[38].

Ou seja, no mínimo[39], a Carta, com cuja defesa se comprometeu, *ab initio*, Silva Ferrão[40], devia ser considerada no processo hermenêutico-normativo feito pelos Tribunais. Isto sem prejuízo do controlo político em termos parlamentares, sendo que, a propósito de um diploma polé-

[37] Datado de 7 de julho de 1848.

[38] Francisco António Fernandes da Silva Ferrão, *Repertorio commentado sobre foraes e doaçoes regias*, vol. I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1848, 175.

[39] Há um dissenso na doutrina sobre o alcance da leitura de Silva Ferrão: contra a posição de André Salgado de Matos / Maria Lúcia Amaral / Ravi Afonso Pereira, "Um tribunal como os outros: justiça constitucional e interpretação da Constituição", in *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Ramos Moura*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2016, 381-446, 406, n. 71. Independentemente da versão que se sustente, é verdade que, embora de modo limitado, há quem subscreva o controlo da constitucionalidade da própria lei. Ou seja, se é correto que, na sua grande maioria, como comprova o combate contra os decretos ditatoriais, a defesa da fiscalização por via dos tribunais era, no essencial, "um instrumento de controlo do poder executivo" (408), tal não esgotava a questão. Assinale-se que, em nota, Silva Ferrão, refere-se à vinculação dos deputados, isto é, do corpo legislativo: "a Procuração outhorgada pelos Eleitores portuguezes aos Deputados eleitos em 1826, para cumprirem as suas funções – na conformidade e dentro dos limites, que prescreve a Carta «Constitucional, dada e decretada pelo Sr. D. Pedro IV, em 29 de Abril de 1826, sem que possam derogar ou alterar algum dos seus «artigos; e nos obrigamos a cumprir e ter por valido tudo o que «ditos Deputados assim fizerem, dentro dos referidos limites».

Nos mesmos termos, e com a mesma restricção, foi ordenada a Procuração aos eleitores para os Deputados eleitos em 1834, por Decreto de 3 de Junho; para os de 1836, por Decreto de 4 de Junho; para os de 1842, por Decreto de 5 de Março; e seguintes, quando segundo a Carta" (255).

Repare-se que esta passagem foi antecedida pela crítica a uma sentença em que se defendeu o seguinte: "mesmo na hypothese de haver tal collisão, ao Poder Judicial não competiria, por maneira alguma, entrar na apreciação das Leis, feitas pelo Poder Legislativo, ou pelo Executivo, quando em Dictadura, e só sim applical-as aos casos ocorrentes" (252).

[40] Francisco António Fernandes da Silva Ferrão*, Apologia dirigida à Nação Portugueza para plena justificação do corpo dos voluntarios academicos do anno de 1826 contra as falsas e calumniosas imputações*, Coimbra: na imprensa de Trovão e Companhia, 1827.

mico – a Lei de 3 de agosto de 1850 – transcreve-se parte do Decreto de 22 de maio de 1851[41]:

> "Attendendo a que a Lei de 3 de Agosto de 1850 sobre a repressão dos abusos da liberdade de Imprensa excitou a maior animadversão publica apenas foi apresentada ás Côrtes, manifestando-se a opinião illustrada contra uma providencia que as circumstancias ainda aggravaram; e sendo certo igualmente que a lei de 3 de agosto de 1850, longe de assegurar o uso e de punir o abuso de um direito sacratíssimo, solemnemente declarado no Codigo Politico, pelo contrario, podo suspeitar-se haver sido concedida para suffocar e opprimir a imprensa;
>
> «Attendendo que a sobredita Lei é a flagrante violação do § 3.° de artigo 145.° da Carta Constitucional da Monarchia, porque alem de difficultar por mor de excessivos depósitos, a livre manifestação do pensamento, ainda sophisma esse resto de liberdade que permittiu, pelo temor de novas penas e pela classificação dos delictos;
>
> «E, sendo claro outrosim, que a Carta Constitucional quiz que a imprensa fosse independente dos vexames da censura, e de quaesquer disposições preventivas, pondo-lhe só os justos limites da responsabilidade dos abusos, o que a lei de 3 de agosto de 1850 destroe declaradamente, viciando a saudável instituição do jury, tirando ao accusado muitas das garantias da defeza e estabelecendo innovações oppressoras na competencia e organisação dos Tribunaes e na forma do processo cujos rigores exacerbou:
>
> «Attendendo a que esta Lei importa a negação dos principios do Direito Constitucional e de liberdade de pensamento: Usando dos Poderes extraordinarios que nas circumstancias actuaes Julguei dever assumir, Hei por bem Decretar o seguinte:
>
> Artigo 1.º A Lei do 3 de Agosto de 1850 sobre a repressão dos abusos da liberdade de Imprensa fica desde já revogada; e até nova determinação das Cortes continua em vigor a Legislação anterior, sobre a publicação e responsabilidade dos Jornaes políticos[…]".

Havendo muito trabalho a fazer neste campo, assinala-se que nas discussões parlamentares encontra-se já uma menção ao controlo da constitucionalidade nos Estados Unidos. Com efeito, na sequência da Revolução de Setembro, o Conde da Taipa (Gastão da Camara Pereira Coutinho de Sande, 1794-1866) afirmou em 1836:

[41] Decreto (pelo Ministerio do Reino — *Diario do Governo* n.° 124) revogando a Lei de 3 de Agosto de 1850, e mandando vigorar a anterior Legislação, sobre a repressão dos abusos de liberdade de imprensa. <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/26/14/p179 >.

> "(…) nem mesmo as Cortes podem fazer o que quizerem, mas tão sómente aquillo que esta debaixo dos principios de direito, isto é, dar o seu a seu dono. Nos Estados Unidos da America ha mesmo um Tribunal que julga da Constitucionalidade das Leis; o que eu acho muito bem feito: – quando uma Lei passa, se aquele Tribunal diz que essa Lei não é constitucional, então não tem força alguma: – isto é um facto, e eu acho tal procedimento uma garantia eminentemente sancta, e muito necessária"[42].

O mesmo Conde da Taipa, no dia 25 de abril, mas de 1837, dizia:

> "Não existe também estado constitucional, aonde o veto não esteja em algum dos poderes do estado; mesmo na republica dos Estados Unidos, apezar do presidente não ter essa prerrogativa, o veto existe na Constituição: porque o supremo tribunal de justiça, que é um corpo vitalicio, e inamovivel, decide por apellação da constitucionalidade, ou da inconstitucionalidade das leis, e em o tribunal decidindo, que a lei é inconstitucional, apezar de ter passado pela camara dos representantes, e dos senadores, a lei fica sem effeito"[43].

Sem prejuízo de um tratamento que excede este artigo e que passaria por uma análise tão exaustiva quanto possível da bibliografia jurídica portuguesa do século XIX, a partir da revolução liberal, sempre se dirá que há outras fontes onde aparece defendido o controlo judicial da constitucionalidade. Por exemplo, Souza Queiroga[44]:

> "(…) se o Codigo Civil, nos art.os citados lhe consigna esse direito, aos tribunaes cumpre não lhe dar execução, por que importam uma verdadeira violação do principio consignado no § 21.º do art. 145.º do nosso Codigo Politico, que é um preceito constitucional, nos precisos termos do artigo 144 º da mesma constituição, por isso que diz respeito aos direitos politicos dos cidadãos, e que, como tal, não é uma lei, como a do Codigo Civil, votada em legislaturas ordinárias, que póde vir alterar o que só em cortes constituintes póde ser revogado".

[42] *Diario do Governo*, n.º 51, 29 de fevereiro de 1836, 272.

[43] *Diario das Cortes Geraes, Extraordinarias e Constituintes da Nação Portugueza*, n.º 75, de 25 de abril de 1837, 41.

[44] Souza Queiroga, *Da constitucionalidade das expropriações por zonas*, Lisboa, Imprensa Democrática, 1881, 15. [Trata-se de João Alexandrino de Souza Queiroga, como se conclui compulsando a lista de advogados constante do *Almanach Commercial de Lisboa para 1887 ou Annuario Portuguez*, Lisboa: Companhia Typographica,1886, 406].

1.2.2. Previsão em Ato Adicional fracassado; notas sobre um decreto

Por lei de 26 de julho de 1899 considerou-se necessária a reforma da Carta Constitucional e dos atos adicionais de 1852, 1885 e 1896, tendo sido eleita a Câmara dos Deputados com poderes constituintes[45]. Houve uma tentativa de revisão da Carta Constitucional apresentada a 14 de março de 1900. Dispunha-se no artigo 10.º do projetado diploma que

> "Os tribunaes têem competencia para conhecer da validade das leis. Não poderão applicar decretos e regulamentos ou ordens do governo, e actos de quaesquer auctoridades e das corporações administrativas, que não sejam conformes ás leis publicadas em harmonia com os preceitos constitucionaes"[46].

Previa-se, assim, expressamente a possibilidade de controlo judicial da constitucionalidade. A propósito deste, disse-se no Parlamento:

> "A competencia dos tribunaes para conhecerem da validade das leis, e outros diplomas, que hajam de applicar, fica definida na proposta, que preenche assim uma grave lacuna do nosso direito. A omissão deu logar, ainda ha pouco, ás mais encontradas interpretações; e a divisão dos tribunaes em materia de tanto momento para a liberdade dos cidadãos o para o decoro dos poderes publicos, é preciso que se não repita mais.
>
> As constituições da Austria e da Belgica inserem doutrina similhante á que vem consignada na proposta: as outras são omissas a este respeito, como a nossa é, e continuaria a ser, sem a lição da experiencia recentemente colhida.
>
> A falta, que se suppre, é da letra, não do espirito da carta. A independencia do poder judicial não é effectiva, se a elle não pertence o direito, ou antes e melhor, se lhe não corre a rigorosa obrigação de apreciar a validade dos textos em que funda a auctoridade das suas decisões: e sem a completa independencia d'este poder a liberdade politica, no seu mais elevado e expressivo conceito, ficará irremediavelmente desprovida da sua principal segurança.
>
> Ao parlamento é esta attribuição dos tribunaes uma homenagem justissima. Reconheço lhe a essencial participação que elle tem na feitura das

[45] *Diario da Camara dos Senhores Deputados*, n.º 89, 16 de junho de 1900, 11. *Vd.* Artur Montenegro, "O poder judicial garante a legalidade", *O Direito* 32 (1900) 145-147 [republicado em: *O Direito: Revista de Jurisprudencia e Legislação (1868-1968), Antologia de Estudos Jurídicos publicados nas suas páginas*, vol. I (1868-1919), 164-169].

[46] Sobre esta, vd. a síntese de João Maria Tello de Magalhães Collaço, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português*, Coimbra: França e Armenio, 1915, 59-62.

leis, e não cerceia, nem por sombra, o seu direito a discutir e liquidar como entenda quaesquer responsabilidades de ordem politica.

Tambem não affronta o poder executivo. Quando este, excedendo a sua propria competencia em decretos, regulamentos, actos ou decisões de qualquer especie, se colloca fora dos limites traçados á sua iniciativa, os tribunaes não se lhe oppõem, não o perturbam, não o embaraçam, não emendam nem revogam a sua obra; sómente lhes fica intacto o direito de conhecer que o abuso se perpetrou, e de proceder em conformidade, quando forem chamados a dirimir pleitos em que taes diplomas sejam produzidos ou invocados.

Não é o procedimento administrativo do governo, ou de quaesquer corporações ou auctoridades, que os tribunaes têem o direito de apreciar: é o valor, por assim dizer externo, dos diplomas de que esse procedimento consta, que lhes pertence conhecer quando sejam obrigados a intervir para a sua execução, e só na restricta esphera da sua competencia, e para os effeitos privativos da sua jurisdicção especial"[47].

Em 1907, é aprovado um diploma de concentração de competên-

[47] *Diario da Camara dos Senhores Deputados*, n.º 89, 16 de junho de 1900, 12-13. A referência à Áustria e à Bélgica como fontes da solução mereceriam um tratamento que não pode ser aqui aprofundado. Registe-se apenas que a Constituição belga excluía do controlo a constitucionalidade das leis (para uma síntese, cf. Christian Behrendt, "The Belgian Constitutional Court", in Armin von Bogdandy / Peter M. Huber / Christoph Grabenwarter, ed., *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, vol. iii – *Constitutional adjudication: institutions*, 71-117, 72-74. Aliás, Lopes Praça (*Direito constitucional portuguez: Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Addicional de 1852*, 2.ª Parte, Vol. ii, Coimbra, 1882, 46) refere expressamente o artigo 107.º da Constituição belga ("As côrtes e tribunaes não applicarão os regulamentos geraes e os decretos provinciaes e locaes senão em quanto se conformarem com as leis"; no original em língua francesa: "Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois"; hoje *vd.* o artigo 159.º). Aliás, num comentário constitucional do tempo, dizia-se que o que estava em causa era a defesa do princípio da legalidade, não um controlo de constitucionalidade: *vd.* J.-J. Thonissen, *La constitution belge annotée offrant sous chaque article l'état de la doctrine de la jurisprudence et de la législation*, 3.ª ed., Bruxelles: Bruylant-Christophe & cie, 1879, 336 – "Il [l'article] est radicalement incompatible avec un système qui aurait précisément pour résultat d'affaiblir de toutes les lois, en les soumettant à l'appréciation arbitraire des juges".

Já quanto à Áustria, menciona-se o *Reichgerichtshof*. Uma síntese do quadro que levou ao fracasso do projeto pode ver-se em Ana Raquel Moniz, *O Estado constitucional monárquico de governo moderado: contributo para a compreensão do constitucionalismo oitocentista*, Vol. I: *Coordenadas e fundamentos*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2024, 168-168, n. 607.

cia neste campo. Falamos do Decreto de 11 de julho de 1907[48], providenciando acerca das decisões judiciais que negassem força legal aos decretos do poder executivo. Há quem veja aqui as primícias de concentração da competência em matéria de constitucionalidade[49], o que não é pacífico[50].

Nesse Decreto, lê-se:

> "Senhor. – Quebrando a tradição constante da jurisprudencia patria, proferiu-se recentemente num tribunal de 1.ª instancia um despacho ou sentença negando força legal ao decreto de 29 de maio ultimo, que regulou o processo nas causas de pequeno valor.
>
> […] não pode admittir-se, sem prejuizo do prestigio essencial aos poderes públicos, que uns juizes apliquem, e outros não, os mesmos diplomas; que os direitos e obrigações, assim como os meios de os tornar effectivos, variem de tribunal para tribunal; que, conforme os juizes, assim divirjam o regime legal e os diplomas a aplicar.
>
> […] É portanto da mais alta conveniencia publica assegurar, por uma forma tão pronta quanto eficaz, a unidade da jurisprudencia em questões de tamanha importância, que pelo seu caracter generico affectam profundamente os interesses dos litigantes e os da propria collectividade.
>
> A este elevado fim visa o presente decreto, que estabelece um processo rapido de provocar a decisão de taes questões pelo Supremo Tribunal de Justiça, cuja funcção primordial é precisamente a de garantir a unidade da jurisprudencia […]".

Sua Majestade entendeu decretar a necessidade de intervenção do Ministério Público, diretamente junto do presidente do STJ, pedindo a re-

[48] Presidência do Conselho de Ministros – *Diario do Governo*, n.° 152, de 12 de julho. O diploma veio a ser declarado nulo (artigo 95.º - *tres* da Lei de 9 de setembro de 1908: cf., para este e outros aspetos da história do controlo da constitucionalidade em Portugal, que não são tratados no artigo, a síntese de António de Araújo ("1- Antecedentes do Tribunal Constitucional", in *Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2003, 15-16; para o período do Estado Novo, Luísa Pinto, 19-21).

[49] António ARAÚJO / Miguel Nogueira de BRITO, "Para a história da fiscalização da constitucionalidade em Portugal", *Anuário Português de Direito Constitucional* 3 (2003) 170.

[50] Contra, André Salgado de MATOS, "Silva Ferrão e o nascimento do princípio da constitucionalidade em Portugal", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, vol. 1, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2012, 320, n. 129; também Afonso BRÁS, *O conceito funcional de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional: a fronteira entre o controlo de norma e o controlo de decisão*, Coimbra, Almedina, 2023, 112, n. 200.

visão do julgado[51] quando se estivesse perante "decisões judiciaes que negarem força legal aos decretos do poder executivo"[52].

Na génese, está o juiz Abel de Mattos Abreu[53], nascido em Pala, Mortágua, que suscita significativo apoio face à sua recusa em aplicar um decreto ditatorial de João Franco[54] que trata diferentemente os pequenos e os grandes devedores, em detrimento dos primeiros. Houve uma forte discussão na imprensa, que aqui apenas se ilustra. Compulsando o órgão do Partido Republicano de Coimbra – *Resistencia*[55] –, lê-se: "Os juizes dividem-se em dois campos, os que julgam pela lei *constitucional*, os que julgam pela lei *ditatorial*". Tratava-se da decisão do caso Levy, com a assinatura do referido juiz, reproduzida no Anexo II. Nela, julgou-se pela primeira (a lei constitucional), convocando-se vários preceitos da Carta.

A este propósito, *Occidente – Revista illustrada de Portugal e do Extrangeiro*[56] dá-nos conta de que

> "Pelo que diz respeito á politica portugueza a mais verde de todas foi-lhe fornecida pelo sr. dr. Abel de Mattos e Abreu, juiz da primeira vara no Tribunal do Commercio, que nos seus considerandos diz que «o decreto de 29 de maio ultimo, emanado do poder executivo, não tem força de lei, visto ser de exclusiva attribuição das côrtes, com a sancção do Rei, conforme o preceituado no § 6.º do art. 15.º da Carta Constitucional fazer leis, interpretal-as e revogal-as, observando as formalidades prescriptas nos arts. 45.º e 62.º e outros da mesma Carta». E. citando varias auctoridades para negar fôros de lei aos decretos de dictadura, não esquece de entre os jurisconsultos os nomes dos srs. conselheiros Fernando Martins de Carvalho, Teixeira de Abreu e Antonio Pinto de Mesquita)".

[51] Artigo 2.º do Decreto.

[52] Artigo 1.º do Decreto.

[53] Sobre ele, <https://www.cm-mortagua.pt/autarquia/figuras-ilustres/abel-de-mattos-abreu>.

[54] Curiosamente, veio a integrar o coletivo a quem coube apreciar o processo movido, após a implantação da República, contra João Franco e os seus ministros. Sobre este ponto, *vd.* Luís Eloy de Azevedo, "Processo contra João Franco (1910-1911): política ou justiça?", *Julgar* 42 (2020) 241-255, com uma breve nota biográfica de Abel de Matos Abreu (250-251, n. 17).

[55] "O poder judicial", *Resistencia – Órgão do Partido Republicano de Coimbra*, 13/1225 (18 de julho de 1907).

[56] João da Camara, "Chronica occidental", *Occidente – Revista Illustrada de Portugal e do Extrangeiro*, 30/1028 (20 de julho de 1907) 154.

> Espera se anciosamente a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, que, convocado por um decreto, dictatorial como aquelle que se discute, tem de julgar os recursos interpostos"[57].

1.2.3. Alguma jurisprudência

Em especial, a relevância no quadro dos chamados decretos ditatoriais (emanados pelo Governo, com força de lei, num quadro em que as Cortes estavam dissolvidas). Na doutrina[58], é referida a existência de representações, mas, na verdade, embora convocando o argumento da desconformidade com a Carta Constitucional, não são decisões jurisprudenciais. Veja-se, por exemplo, a "Representação do Supremo Tribunal de Justiça, dirigida a S. M. a rainha, contra o decreto do 1. de agosto de 1844"[59]. Sublinhe-se que o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de julho de 1907, no seguimento de uma decisão judicial que recusou a aplicação de um decreto ditatorial de João Franco[60], afirma

> "que não presta argumento legal ou jurídico a petição ou representação feita pelos conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça, em 14 de

---

[57] No número seguinte, João da Camara ("Chronica occidental", *Occidente – Revista illustrada de Portugal e do Extrangeiro*, 30/1029 (30 de julho de 1907) 161-162, 161) começa por dizer que "Foi a chronica antecedente escripta quando não se cuidava que tão cedo fosse publicado o accordão do Supremo Tribunal de Justiça sobre as sentenças tão discutidas do juiz do Tribunal do Commercio, sr. dr. Abel de Mattos Abreu. Muita vez, nos vemos obrigado aa esperar até á ultima hora para não deixarmos de mencionar o caso importante da decada que vai passando. Uma ou outra vez, colhe-nos uma surpreza e, dez dias depois, o assumpto é velho".

[58] Maria Lúcia Amaral / Ravi Afonso Pereira, "The Portuguese Constitutional Court", *in* Armin von Bogdandy / Peter M. Huber / Christoph Grabenwarter, ed., *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, vol. III – *Constitutional adjudication: institutions*, 673-718, 678-679; Idem, "Um tribunal como os outros: justiça constitucional e interpretação da Constituição", 403-404.

[59] Publicada na *Gazeta dos Tribunaes* 4 (1844) 1972 (quanto à Representação dos juízes da Relação de Lisboa, 1968); também no Brasil, na *Gazeta dos Tribunaes, do Juizo e dos Factos Judiciaes, do Foro e da Jurisprudencia* 3 (1845/217) 2. Já antes, *vd.* a Representação do Supremo Tribunal de Justiça sobre o Dec. de 11 de junho de 1842 [também na *Gazeta dos Tribunaes* 1 (1842) 495].

[60] Sobre este aresto, Miguel Nogueira de Brito / António de Araújo, "Para a história da fiscalização da constitucionalidade em Portugal", 161-173; vd. agora também Afonso Brás, *O conceito funcional de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, 111-112.

> Agosto de 1844, em que a sentença apelada também se funda, bastando notar que os signatários dessa representação não procederam nela a um acto de julgamento, não proferiam uma decisão do tribunal […]; mas simplesmente usaram do direito de petição garantido no § 28 do artigo 145.º da Lei Fundamental; e por isso tal petição não constitui jurisprudência, que possa invocar-se em decisões judiciais a qual é formada pelas decisões ou casos julgados, que, na linguagem dos jurisconsultos, se denominam arestos dos tribunais"[61].

Em abono da verdade, regista-se que, no entanto, na referida Representação do STJ, então presidido por José da Silva Carvalho[62] não deixou de afirmar "que não podia haver lei sem que provenha do poder legislativo, e que por isso o citado decreto não produzia obrigação de obediência, porque, segundo o § 1.º do artigo 145.º da Carta Constitucional, nenhum cidadão póde ser obrigado a fazer alguma cousa senão em virtude da lei".

Repare-se que não está aqui em causa o controlo da constitucionalidade de leis parlamentares, mas apenas de decretos do poder executivo que pretendiam produzir efeitos, antes de *bills* de indemnidade ("lei absolutória"[63]) resultantes da atividade das Câmaras que legitimavam *a posteriori* a emanação de atos com força legislativa pelo executivo[64]. Esta questão não é, aliás, nova também em termos de jurisprudência. Por exemplo, no Acórdão da Relação de Lisboa na apelação n.º 1:191[65] en-

---

[61] Citado a partir da transcrição constante de António ARAÚJO / Miguel Nogueira de BRITO, "Para a história da fiscalização da constitucionalidade em Portugal", 164-165.

[62] *Vd.* a sua exoneração pela rainha D. Maria II de José da Silva Carvalho de presidente do Supremo Tribunal de Justiça. 1844-08-16. Portugal, Torre do Tombo, José da Silva Carvalho, Cx. 3, mç. 22, doc. 3. (https://antt.dglab.gov.pt/exposicoes-virtuais-2/nascimento-de-d-maria-ii/).

[63] *Discursos parlamentares proferidos pelo Duque de Palmella nas Camaras Legislativas desde 1834 até hoje*, vol. 3.º, Lisboa: Imprensa Nacional, 1844, 436: "O *bill de indemnidade,* que pode traduzir-se em Portuguez por *Lei absolutoria*, é o acto pelo qual o Poder Legislativo sana uma transgressão comettida pelo Executivo, quando reputa que houve motivo urgente e imperioso para a justificar". Curiosamente, na Carta de Lei de 30 de junho de 1860 (José Silvestre RIBEIRO, *Resoluções do Conselho de Estado e Estudos de Administração Prática, etc.*, XIV, Lisboa: Imprensa Nacional, 1868, 55) opera-se o que na anotação é apresentado como uma concessão de um *bill de indemnidade* municipal (no caso, à Câmara Municipal de Braga).

[64] Como se lê no Acórdão do STJ de 23 de julho de 1907, tratava-se de uma prática parlamentar.

[65] Accordão da Relação de Lisboa na appelação n.º 1:191(Escrivão Monteiro):

tendeu-se que os decretos produzem efeito "emquanto lhe não fôr recusada pelas camaras legislativas"[66]. É interessante assinalar que, no entanto, em matéria fiscal, há jurisprudência mais exigente a partir da garantia, no que toca aos embargos em matéria de execução fiscal[67]. Também José Luciano de Castro convocou o artigo 12.º ("Os impostos são

Comarca das Caldas da Rainha. Apellante, Faustino da Gama. Apellados, João Alexandre e sua mulher, publicado na *Gazeta da Relação de Lisboa: Revista Judicial*, 8.º Anno, Lisboa, 23 de Agosto de 1894, n.º 16, 121-123 (data do aresto: 9 de junho de 1894).

[66] Accordão da Relação de Lisboa na appelação n.º 1:191 (Primeira tenção – Firmino J. Lopes), 121. Repare-se que a jurisprudência em matéria de decisões ditatoriais não era pacífica ao nível da própria Relação. Com efeito, num aresto do ano seguinte – falo do Accórdão da Relação de Lisboa na apellação n.º 1:291 (Escrivão Monteiro). Comarca da Lourinhã. Appellante, Manuel Baptista. Appelada, D. Maria Manuela, representada por sua mãe (*Gazeta da Relação de Lisboa: Revista Judicial*, 8.º Anno, Lisboa, 25 de Abril de 1895, n.º 82, 649-650) – um dos Desembargadores (M. Celestino) defendeu que, tendo reaberto as Cortes e não tendo sido proposto *bill de indemnidade*, "o decreto da ditadura é ilegal e nullo e como tal não pode produzir effeitos validos". Contudo, essa posição, expressamente alicerçada na defesa da independência do poder judicial, não teve vencimento. Contra essa leitura minoritária se disse no acórdão que "[a] independencia do poder judicial, consistindo no desassombro do seu juizo e na decisão conforme á lei, respeita o poder legislativo a que pertence a funcção de corrigir os excessos do executivo" (Firmino J. Lopes, 650). No mesmo ano, já antes *vd.*, no sentido maioritário, o Accordão da Relação de Lisboa no aggravo vindo do juizo das execuções do 3.º bairro. Aggravante, conselheiro Francisco Antonio da Veiga Beirão. Aggravada, a Fazenda Nacional, publicado na *Gazeta da Relação de Lisboa: Revista Judicial*, 8.º Anno, Lisboa, 17 de Março de 1895, n.º 71, 565-566, bem como o Accordão da Relação de Lisboa na appellação n.º 176 (Escrivão Moraes). Comarca de Setubal. Apellante, Francisco Maria d'Oliveira e Silva. Apellado, Manuel Maria Valente, publicado em *Gazeta da Relação de Lisboa: Revista Judicial*, 8.º Anno, Lisboa, 5 de Agosto de 1894, n.º 11, 81-82). Neste lê-se: "ser ás Côrtes a quem compete examinar se a Constituição Politica do Reino tem sido exactamente observada […]" (Pinheiro Osorio, 82). Veja-se ainda, no mesmo ano, o Accordão da Relação de Lisboa no aggravo n.º 470 (Escrivão Moraes). Lisboa 2.º bairro. Aggravante, dr. Joaquim Hilario Pereira Alves. Aggravada, a Fazenda Nacional, publicado em *Gazeta da Relação de Lisboa: Revista Judicial*, 8/76 (4 de abril de 1895) 605-606.

[67] "Embargos em execuções fiscaes", *Gazeta da Associação dos Advogados de Lisboa* 4 (1894-1895) 411-415. Trata-se de uma decisão assinada por Antonio Augusto Nogueira Souto, datada de 26 de março de 1895, a que, curiosamente, se segue uma pequena nota intitulada "O poder judicial nos Estados Unidos da América", 415-416, dando conta de inconstitucionalidade no domínio tributário (assinada com as iniciais F.B., ou seja, Francisco Beirão).

votados anualmente; as leis que os estabelecem obrigam sómente por um anno") do Ato Adicional, de 5 de julho de 1852, para se opor à execução pela Fazenda Nacional do montante em dívida respeitante à contribuição predial de 1893, alicerçada num decreto ditatorial. Na sentença do Tribunal de Anadia, datada de 27 de dezembro de 1894[68], lê-se, transcrevendo alegações da petição inicial, e que mereceram o acolhimento do juiz:

> "[q]ue o decreto dictatorial de 28 de junho ultimo, que prorogou a auctorisação para a cobrança dos impostos e mais rendimentos do Estado vencidos e não arrecadados até 30 de junho de 1894, não póde ser invocado para auctorisar a exigencia fiscal, porque esse decreto importa uma usurpação das attribuições do poder e a violação d'um artigo constitucional que, nos termos do artigo 144 da Carta Constitucional, só póde ser alterado por côrtes constituintes com poderes para esse fim".

Deste breve bosquejo, resulta que, entre nós, a par do controlo político da constitucionalidade, não era então desconhecida, em termos doutrinários e jurisprudenciais, o controlo judicial da constitucionalidade, ainda que, para a grande maioria, se tendesse a centrar no exame dos decretos ditatoriais (do executivo) e não nos atos legislativos[69].

[68] Assinada por Joaquim Corrêa da Rocha Martins, a sentença foi publicada na *Revista dos Tribunaes* 13 (1894-1895) 238. Este decreto ditatorial foi objeto de outras peças jurisprudenciais: "Relação do Porto – Direito Civil – Accordão de 3 de dezembro de 1895", *Revista dos Tribunaes* 14 (1895) 202-205 (em que, por maioria, se entendeu que o poder judicial não podia conhecer da inconstitucionalidade, devendo ser aplicado o decreto ditatorial em causa); da mesma Relação, vd. o "Accordão de 22 de março de 1895", *Revista dos Tribunaes* 13 (1895) 332. *Vd.* também "Sentenças – Direito Constitucional e Fiscal", *Revista dos Tribunaes* 13 (1894-1895) 332-335; "Accordão de 27 de agosto de 1895", *Revista dos Tribunaes* 14 (1895) 120-124 (Relação do Porto). Na doutrina, *vd.* José da Cunha Navarro de Paiva, "O poder judicial é competente para conhecer e julgar os embargos oppostos pelos executados nas execuções fiscaes por impostos a cuja cobrança o governo manda proceder por um acto dictatorial", *Revista dos Tribunaes* 13 (1895) 322-324 [também publicado em *O Direito: Revista de Jurisprudencia e Legislação* 27 (1895) 81-83, sendo diretor precisamente José Luciano de Castro].

[69] Como sintetiza José da Cunha Navarro de Paiva, "O poder judicial é competente para conhecer e julgar os embargos oppostos pelos executados nas execuções fiscaes por impostos a cuja cobrança o governo manda proceder por um acto dictatorial": "O poder judicial não julga das leis, mas segundo as leis" (*O Direito*, 82).

2. República

A 5 de outubro de 1910, foi proclamada a República, uma das poucas então existentes na Europa. Na Constituição de 1911, consagrou-se expressamente, na esteira da (limitada) tradição nacional, mas também dos ensinamentos de Ruy Barbosa[70] e da Constituição brasileira de 1891 (influenciada pelo constitucionalismo norte-americano)[71], a fiscalização judicial concreta da constitucionalidade[72], que, como referimos, já conhecia entre nós alguns antecedentes e também prática, na segunda metade do século XIX, na Noruega[73] e na Grécia (nestes dois casos sem previsão expressa, o que, na Grécia, só aconteceu na Constituição de 1927)[74]. Dispunha o artigo 63.º:

[70] Especificamente sobre este ponto, *vd.* Margarida Maria Lacombe Camargo / Wanda Vianna Direito / Cristina Vieira Machado Alexandre, "Rui Barbosa e a Constituição Republicana Portuguesa de 1911", *Anuário Português de Direito Constitucional* 2 (2002) 141-208.

[71] Artigo 59.º da Constituição brasileira de 1891, na sequência da implantação da República a 15 de novembro de 1889. Em termos provisórios, *vd.*, desde logo, o Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890; também o Decreto n. 846, de 11 de outubro de 1890 (artigo 9.º, parágrafo único, relativo ao incidente de inconstitucionalidade).

[72] A partir da "teoria da superioridade das leis constitucionais sobre as leis ordinárias" (Abel de Andrade, filho/ José Acacio Pinto Rodrigues, *Lições de direito político: em harmonia com as prelecções do Senhor Doutor Martinho Nobre de Melo nos anos lectivos de 1921-22, 22-23, 23-24*, Coimbra: Tipografia da Coimbra Editora, 249-250).

[73] Com outras indicações, *vd.* João Carlos Loureiro, "Constituição da Noruega: uma fonte do constitucionalismo luso-brasileiro. Nótula (tardia) por ocasião do Bicentenário da Constituição do Reino da Noruega (1814-2014) e dos 150 anos do caso Wedel Jarlsberg (1866-2016)", *Boletim da Faculdade de Direito* 93 (2017) 969-1012.

[74] Artigo 5, que citamos a partir de uma tradução em língua inglesa: "The judicial function is exercised by independent courts, subject only to the laws… Interpretive Clause on art. 5: The true meaning of the provision is that the courts are obliged not to apply a law the content of which is contrary to the Constitution [Ioannis A. Tassopoulos, "New trends in Greek contemporary constitutional theory: A comment on the interplay between reason and will", *Duke journal of comparative & international law* 10 (1999) 223-247, 227, n. 13]. Para uma síntese deste texto constitucional e do seu enquadramento histórico (II República), Antoine Pantélis, *Droit constitutionnel hellénique*, Paris: L'Harmattan / European Public Law Organization, 2018, 253-259.

> "O Poder Judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei ou dos diplomas emanados do Poder Executivo ou das corporações com auctoridade publica, que tiverem sido invocados, apreciará a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituição e principios nella consagrados»[75].

Competência que era limitada aos tribunais ordinários, sendo excluídos os tribunais especiais[76]; não podendo os juízes fazê-lo *ex*

[75] Marnoco e Souza, *Constituição Politica da Republica Portuguêsa: Commentario*, depois de distinguir o caso norte-americano da Europa Continental marcada pela revolução francesa (582-583), descarta a tese de que a inspiração principial francesa do nosso texto constitucional afastaria a possibilidade de controlo. Diz: "[…] a distincção que a nossa Constituição estabelece entre a funcção constituinte e a funcção legislativa ordinária, leva naturalmente a outra conclusão. O poder legislativo ordinário unicamente pode elaborar leis dentro dos limites da Constituição, e por isso só aquellas que se encontrarem em taes condições podem ser aplicadas pelo poder judicial. […] Pertencendo ao poder judicial resolver os conflictos de leis, quando ellas são contradictorias, não pode deixar de lhes competir resolver os conflictos entre a lei constitucional e a lei ordinária, dando predomínio, como é natural, á Constituição" (583). Sustenta, pois, que "o poder judicial deve ser o guarda da Constituição" (584).

[76] Assim, os tribunais administrativos não podiam controlar a constitucionalidade das normas: na doutrina, vd. J. M. Tello de Magalhães Collaço, "Sentença de 17 de dezembro de 1915, do auditor administrativo do distrito de Santarem, dr. António Carlos Borges", *Boletim da Faculdade de Direito* 2 (1915-1916), 240-249, 243; reafirmando a doutrina, Idem, "Decreto sob consulta do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de abril de 1913", *Boletim da Faculdade de Direito* 4 (1917-1918), 538-549, 547, dando conta, em nota (1), de que tal foi o entendimento do STA nos termos de resolução homologada por decreto de 6 de abril de 1918, publicada no *Diário do Governo*, 2.ª Série, n.º 86, de 13 de abril). No mesmo volume, Idem, "Decreto sob consulta do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de novembro de 1917", *Boletim da Faculdade de Direito* 4 (1917-1918) 396-431, 425. Trata-se de um caso em que, no quadro de uma reorganização do Ministério da Justiça e dos Cultos, foi aprovado um artigo que impedia os seus funcionários de advogar. O recorrente, bacharel em direito e chefe de repartição no referido Ministério, sustentou "que às suas habilitações corresponde o direito de advogar perante os tribunais portugueses, cujo exercício nunca lhe fôra tolhido, cumpridos os deveres de funcionário; aquele impedimento lesa profundamente os seus direitos adquiridos, coarta-lhe faculdades de justa atividade, e é anti-liberal, inconstitucional, e exorbitante da autorização, restrita e outra, do artigo 3.º da lei de 30 de junho de 1914, com que o decreto se diz promulgado" (395). Contudo, Fezas Vital ["Sentenças de 12 de abril de 1915 do juiz de direito de Castro Daire, sr. Dr. José Maria de Magalhães Pinto Ribeiro, e de 16 do mesmo mês e ano dos juízes de direito de Paredes de Coura

officio[77], mas apenas por iniciativa das partes. Em relação aos vícios

e de Vila Nova de Famalicão, srs. Drs. Delfim Martins Flores e Domingos Manuel Pereira de Carvalho de Abreu", *Boletim da Faculdade de Direito* 6 (1920-1921) 540-603] veio sustentar a necessidade de diferenciação entre o controlo da constitucionalidade das leis e apreciação da constitucionalidade dos diplomas do poder executivo: em relação às leis, estariam subtraídas ao controlo por parte dos tribunais administrativos, mas tal não valeria para os segundos (140). Dê-se-lhe a palavra para a explicitação da diferença: "(…) compreende-se que o legislador constituinte só aos tribunais judiciais tenha querido conceder semelhante prerrogativa. Só eles, na verdade, constituem um órgão da Soberania (artigo 6.º); só eles fazem parte do Poder Judicial, poder independente, cercado de todas as garantias necessárias à defeza dessa mesma independência; só eles, portanto, estavam, a seus olhos, em condições de julgar com completa imparcialidade e sem sofrer a pressão possivelmente exercida pelo Poder Executivo, de natureza essencialmente política. Foi a êste Poder, assim concebido, que a Constituição confiou o encargo de fiscalizar a concordância da obra legislativa futura com as suas prescrições. Tratava-se, de resto, duma inovação de origem americana introduzida no direito constitucional europeu e, portanto, de estranhar não são as cautelas e incertezas da Assembleia Nacional Constituinte. Os tribunais administrativos, pelo contrário, constituídos por funcionários mais ou menos dependentes do Poder Executivo, quando não por êle próprio, como sucede sempre que as resoluções do Supremo Tribunal Administrativo necessitam da homologação do Govêrno, apareciam lhe suspeitos. Seria colocar nas mãos do Poder Executivo uma arma formidável em face do Legislativo o atribuir-lhe a faculdade de negar, com fundamento na sua inconstitucionalidade, aplicação às leis emanadas do Congresso. Estas razões desaparecem, porém, para os diplomas emanados pelo Poder Executivo" (141). Sublinha, no entanto, que "essa apreciação encontra um limite na *lei exequenda*, se de regulamento *secundum legem* se tratar. Com efeito, os regulamentos *secundum legem* são, *como regulamentos*, constitucionais, ainda que desenvolvam princípios formulados numa lei inconstitucional" (144).

[77] Na doutrina, Barbosa de Magalhães defendia a tese da possibilidade de apreciação *ex officio*, o que Marnoco e Souza, *Constituição Politica da Republica Portuguêsa: Commentario*, 584, contesta. Fezas (Fésàs) Vital, "Sentenças de 12 de abril de 1915 do juiz de direito de Castro Daire, sr. Dr. José Maria de Magalhães Pinto Ribeiro, e de 16 do mesmo mês e ano dos juízes de direito de Paredes de Coura e de Vila Nova de Famalicão, srs. Drs. Delfim Martins Flores e Domingos Manuel Pereira de Carvalho de Abreu", *Boletim da Faculdade de Direito* 6 (1920-1921) 540-603, 594-595, discorda também de Barbosa de Magalhães. Refere, desde logo, que na Assembleia Constituinte foi recusada uma proposta no sentido de os tribunais poderem conhecer *ex officio* da inconstitucionalidade (Barbosa de Magalhães com o apoio do deputado António Macieira), que teve a oposição veemente de Afonso Costa, ao tempo Ministro da Justiça (594, n. 1: "Se ambas as partes estão de acordo em considerar constitucional uma lei, decreto ou regulamento, emanado do poder competente, para que se há-de dar ao

passíveis de controlo, parte da doutrina entendia que só poderia ser considerada a chamada inconstitucionalidade material, mas tal leitura não era consensual. Para além de contributos doutrinários, encontramos no *Boletim da Faculdade de Direito* diversos casos de controlo judicial da constitucionalidade[78]. Na verdade, os tribunais estavam obrigados a enviar (se

Poder Judicial o direito de apreciar a inconstitucionalidade ou não da lei?" – transcrição do *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 49.ª sessão, 5; em itálico no artigo de Fezas Vital). Acresce que refuta o argumento ("principal") de Barbosa de Magalhães que assentava no artigo 3.º, n.º 2, da Constituição: "A lei é igual para todos, mas só obriga aquela que for promulgada nos termos desta Constituição". Escreve: "reparando bem, vê-se que o n.º 2.º do artigo 3.º se refere apenas à *promulgação*, pois nêle se diz que «só obriga a lei que fôr *promulgada* nos termos da Constituição», e não «a lei que fôr *conforme* à Constituição»" (595).

[78] *Boletim da Faculdade de Direito* 2 (1916-1917): "Câmara Municipal. 690) É constitucional o decreto de 4 de setembro de 1914 que estabeleceu as condições de preferência dos candidatos ao provimento das escolas de instrução primária. As comissões executivas das Câmaras municipais só podem nomear empregados em caso de muita urgência, que deve sempre justificar-se. A isenção do artigo 181.º da lei de 7 de agosto de 1913 abrange apenas os processos que correm perante os tribunais judiciais. Sentença de 17 de dezembro de 1915 do auditor administrativo do distrito de Santarem, dr. Antonio Carlos Borges", 258; "Crimes eleitorais. 732) Salvos os casos do artigo 139.º do Cód. eleitoral, só o Ministério Público tem legitimidade para promover os processos por crimes e transgressões prevenidos no mesmo Código. A inconstitucionalidade dum diploma emanado do poder executivo não pode ser invocada sendo por quem for parte no processo. Despacho de 26 de março de 1915 do juiz de direito do 3.º juízo de investigação criminal de Lisboa, dr. Pedro de Castro" (319); na página 493, sob a epígrafe *Inconstitucionalidade*, remete-se precisamente para os Sumários de sentenças n.os 690 e 732; *Boletim da Faculdade de Direito* 3 (1916-1917), "Autorizações legislativas. 988) É lícito ao Poder Legislativo delegar no Poder Executivo a função de legislar (art. 26.º n.os 4.º, 16.º, §§ 1.º, 2.º 3.º e art. 27.º da Constituição. O poder Judicial não tem competência para apreciar se os decretos de 24 de fevereiro, 2 e 15 de maio de 1915 ultrapassaram os limites impostos pelas autorizações conferidas pelas leis de 8 de agosto de 1914 e 15 de janeiro de 1915, isto é, se eram ou não justificados pela necessidade de manter a ordem pública. Essa função pertence exclusivamente ao Poder Executivo pelos meios policiais ao seu alcance. O art. 29.º da Constituição, dispondo que as autorizações concedidas pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo não poderão ser aproveitadas mais de uma vez, deve entender-se no sentido de que tais autorizações só podem ser aproveitadas emquanto durarem as circunstâncias anormais que as provocaram, e isto para não eternizar a função legislativa num órgão impróprio. Sentença de 16 de abril de 1915 do juiz de direito de Paredes de Coura, dr. Delfim Martins Flores". "Inconstitucionalidade 1163) O artigo 63.º da Constituição não dá ao

Poder Judicial competência para negar cumprimento às leis reputadas inconstitucionais, reconhecendo-lhe simplesmente uma *faculdade de crítica*. A lei de 23 de julho de 1913, concedendo o direito de sufrágio sómente aos cidadãos que sabem ler e escrever, é contrária ao espírito da Constituição. Sentença de 11 de abril de 1915 do juiz de direito do Funchal, dr. Manuel Borges de Sousa Teles" (451); *Boletim da Faculdade de Direito* 4 (1917-1918): "1640) Só no julgamento do feito se pode conhecer da validade de umas posturas de uma junta de freguesia arguidas de inconstitucionais. Acórdão da Relação do Pôrto de 15 de maio de 1917 – Crispiniano, Fernandes Dias, Dinís da Fonseca" (783); *Boletim da Faculdade de Direito* 5 (1918-1919): "Inconstitucionalidade. 2095) As prescrições do artigo 3.º do decreto de 7 de outubro de 1914 estando em oposição manifesta com os princípios estabelecidos no artigo 66.º n.º 2.º da Constituição política e no artigo 32.º da lei de 7 de agosto de 1914. Sendo inconstitucional o referido decreto, é válida a deliberação municipal de não o acatar. Sentença de 15 de janeiro de 1915 do auditor administrativo do distrito de Portalegre, dr. João Manuel Franco de Sousa" (635-636); "2164) O decreto n.º 828 de 28 de setembro de 1917 é constitucionalmente válido, cabendo dentro das autorizações concedidas ao Poder Executivo pelas leis n.os 275 de 11 de agosto de 1914 e 292 de 15 de janeiro de 1915. É parte ilegítima para propor a acção de despejo o donatário do prédio que se obrigou conjuntamente com o doador a manter o arrendamento do prédio doado, desde que não prove ter êle já falecido. Sentença de 19 de junho de 1918 do juiz de direito da Ponta do Sol, dr. João Teixeira Direito" (649-650); *Boletim da Faculdade de Direito* 6 (1920-1921): "Autorizações legislativas. 2586) Os decretos de 24 de janeiro, 2 e 5 de março de 1915 são inconstitucionais, pois, sendo de natureza excepcional, e, consequentemente, de interpretação restrita, a lei de 8 de agosto de 1914, que conferiu ao Poder Executivo faculdades para garantir a ordem pública em todo o país, salvaguardar os interesses nacionais e ocorrer a quaisquer emergências de caracter económico ou financeiro, não pode o mesmo Poder Executivo invocá-la para modificar os preceitos duma lei eleitoral, visto que essa alteração não é de molde a garantir a ordem pública e antes será motivo para que esta seja alterada, devendo notar-se ainda que só o cumprimento das leis e a observância dos princípios constitucionais são susceptíveis de garantir eficazmente os interesses do país. Despacho de 8 de abril de 1915 do juiz de direito de Santarêm, dr. João Pacheco de Albuquerque; 2587) O artigo 63.º da Constituição não atribui ao Poder Judicial a faculdade de negar aplicação às leis ou diplomas do poder Executivo, que reputar contrários à Constituição ou aos principios nela consagrados; mas únicamente lhe reconhece una faculdade de crítica, já que *apreciar* a lei não é deixar de a cumprir ou de a aplicar. A lei de 23 de julho de 1913, restringindo o direito de voto aos que souberem lêr e escrever, é contrária aos princípios consignados na Constituição, visto que a democracia - govêrno do povo -, se funda no sufrágio universal. Os decretos de 24 de janeiro, 2 e 5 de março de 1915, foram rialmente publicados para evitar abalos na tranquilidade pública, pois é bem de vêr o quanto pode excitar os ânimos e exaltar as paixões a privação do direito de voto. Sentença de 11 de abril de

1915 do juiz de direito do Funchal, dr. Manuel Borges de Sousa Teles" (217); 2588) Os decretos de 24 de fevereiro, 2 e 15 de março de 1915 são inconstitucionais, não só porque a lei que confere ao Poder Executivo a faculdade de decretar as providências necessárias à manutenção da ordem pública não lhe permite modificar a lei eleitoral, pois não é com alterações na lei eleitoral que se garante ou restabelece a ordem pública, mas ainda porque o Congresso não pode delegar no Poder Executivo a faculdade de legislar, visto as autorizações a que a Constituição se refere serem exclusivamente as enumeradas nos n.º 4. e 14.º do artigo 26.º. Sentença de 12 de abril de 1915 do juiz de direito de Castro Daire, dr. José Maria de Magalhães Pinto Ribeiro. (218). 2589) Os decretos n.º 1352, de 24 de fevereiro, n.º 1377, de 2 de março, e n.º 1399, de 15 de março de 1915, são inconstitucionais, não só porque, sendo a lei n.º 275, de 8 de agosto de 1914, uma lei de excepção, a frase «garantir a ordem», nela empregada, teem de ser interpretada restrictamente, mas ainda porque a alteração aos preceitos de uma lei eleitoral não é de molde a garantir a ordem pública, e, até pelo contrário, bem pode contribuir para que esta seja alterada, devendo notar-se ainda que o Poder Executivo deveria ter invocado, não a lei de 8 de agosto de 1914, mas a lei de 15 de janeiro de 1915, que a manteve em vigor, ou simultâneamente as duas. Sentença de 12 de abril de 1915 do juiz de direito de Montemór-o-Novo, dr. Ernesto de Carvalho e Almeida; 2590) Os decretos de 24 de fevereiro, 2 e 15 de março de 1915 são constitucionais. Não é ao Poder Judicial, mas sim ao Legislativo, que compete apreciar se os decretos referidos são ou não necessários «para evitar abalos que prejudicam a tranquilidade pública». Sentença de 12 de abril de 1915 do juiz da 4.ª vara cível do Pôrto, dr. Augusto de Campos Paiva; 2591) Os decretos de 24 de fevereiro, 2 e 15 de marco de 1915, publicados no uso das autorizações conferidas ao Poder Executivo pelas leis de 8 de agosto de 1914 e 5 de Janeiro de 1915, são constitucionais, visto competir ao Poder Legislativo, e não ao Judicial, a apreciação do bom ou mau uso que o Poder Executivo por ventura tenha feito de tais autorizações. Sentença de 12 de abril de 1915 do juiz de direito de Vila Rial de Santo António, dr. Cristóvão Coelho da Costa Pessoa" (218). Quanto a esta questão, que, como se vê, dividiu a jurisprudência, o *Boletim* publicou ainda sumários das seguintes decisões: Sentença de 13 de abril de 1915 do juiz de direito da Póvoa do Varzim, dr. Eduardo de Campos e Castro de Azevedo Soares (2592), no sentido da não inconstitucionalidade; Sentença de 14 de abril de 1915 do juiz de direito de Celorico de Basto, dr. Joaquim Gonçalves da Costa (2593), que abraçou a tese da inconstitucionalidade; Sentença de 16 de abril de 1915 do juiz de direito de Vila Nova de Famalicão, dr. Domingos Manuel Pereira de Carvalho e Abreu (2594, na p. 219, como os anteriores), mas pela não inconstitucionalidade; Sentença de 12 de abril de 1915 do juiz de direito da Mêda, dr. Aníbal Augusto da Fonseca de Magalhães Coelho (2595, 219-220), engrossando o filão das decisões pela inconstitucionalidade; na sequência destas, ainda em sede de autorizações legislativas, são referidos os sumários n.ºs 2164 e 2375, ambos publicados no volume anterior (5), sendo que o primeiro, como se viu, afirma expressamente a validade constitucional do decreto n.º 828 de 28 de setembro

de 1917. Assinale-se ainda o seguinte sumário: "Inconstitucionalidade. 2870) A lei n.º 748, de 25 de julho de 1917, não ofende o disposto no artigo 66.º da Constituição Política da República Portuguesa porque não se trata da ingerência do poder executivo na vida dos corpos administrativos, mas do cumprimento de uma lei, a que os corpos administrativos não se podem escusar. O artigo 112.º da lei n.º 88, de 7 de agôsto de 1913, está em parte derrogado pela citada lei n.º 748, de 25 de julho de 1917, no que respeita à cobrança do imposto especial para a instrução primária. Decreto sob consulta do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de janeiro de 1919, publicado no DIÁRIO DO GOVÈRNO, 2.ª série, n.º 24, de 30 de janeiro de 1919" (718). No *Boletim da Faculdade de Direito* 9 (1925-1926), na p. 30, sob a epígrafe *Inconstitucionalidade* (4149), remete-se para os Sumários n.º 3964 [censura de uma postura municipal referente aos açamos de cães – (471)] e n.º 3996 [referente aos vencimentos dos secretários e amanuenses da administração dos concelhos (483)].

Com outro desenvolvimento, para além dos casos já referidos, nomeadamente no corpo do texto, *vd.* Fezas (Fésàs) VITAL, "Sentenças de 12 de abril de 1915 do juiz de direito de Castro Daire, sr. Dr. José Maria de Magalhães Pinto Ribeiro, e de 16 do mesmo mês e ano dos juízes de direito de Paredes de Coura e de Vila Nova de Famalicão, srs. Drs. Delfim Martins Flores e Domingos Manuel Pereira de Carvalho de Abreu". Formula a seguinte questão: "(…) alegada a inconstitucionalidade dos decretos de 24 de fevereiro, 2 e 15 de março de 1915, poderá o juiz apreciar a legitimidade constitucional da lei de 8 de agosto de 1914, ou só o poderá fazer quando a sua validade for expressa e directamente impugnada? Entendemos que o facto de ter sido alegada a inconstitucionalidade dum decreto expedido no uso de uma autorização legislativa não dá, *só por si*, ao Poder Judicial competência para apreciar a legitimidade constitucional da lei que a concedeu. Assim, se uma das partes impugnar a validade dum decreto publicado no uso de uma autorização legislativa com o fundamento de que ultrapassa os limites da autorização, não podem os tribunais considerá-lo inconstitucional com o fundamento de que é inconstitucional a respectiva autorização. O Poder Judicial só pode conhecer da constitucionalidade dos *diplomas* cuja validade tenha sido impugnada, e a lei que concedeu a autorização não o havia sido: uma coisa é a inconstitucionalidade do decreto e outra a inconstitucionalidade da autorização" (602). No *Boletim da Faculdade de Direito* 7, 129-145, Fezas (Fésàs) Vital ("Decreto sob consulta do Supremo Tribunal Administrativo de 1 de novembro de 1919"). Repare-se que se trata de um levantamento meramente ilustrativo da questão do controlo da constitucionalidade no período republicano, que não substitui um estudo específico mais amplo, tendo presente também outras publicações. Em termos de periodismo jurídico, pense-se, desde logo, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*: *v.g.*, "Acórdão proferido em 13 de Fevereiro de 1914/ Supremo Tribunal de Justiça; recorrente, Fazenda Nacional; recorrida, Júlia Augusta Esmeraldo", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 47 (1914) 15-16; Fezas VITAL, "A constitucionalidade do decreto n.º 9340, de 7 de janeiro de1924 (Contencioso administrativo)", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 58 (1925) 161-164, onde

não fossem oficialmente publicadas) para a Faculdade súmula das decisões e também, nalguns casos, as próprias decisões[79].

Veja-se, por exemplo, o caso da nomeação da professora primária (Sentença de 17 de dezembro de 1915, do auditor administrativo do distrito de Santarém, dr. António Carlos Borges):

> "Doutrina que dimana da sentença: É constitucional o decreto n.º 832 de 4 de setembro de 1914 que estabeleceu as condições de preferência dos candidatos ao provimento das escolas de instrução primária. As comissões executivas das Câmaras Municipais só podem nomear empregados em caso

se discorda de decisão do STJ e se sublinha que o "Congresso ordinário, isto é, sem poderes constituintes [não pode] impedir [a] fiscalização, reservando-a exclusivamente para si" (163). Nesta revista, assinalem-se ainda as consultas dos leitores: "Será inconstitucional a lei n.º 1173, de 1 de junho de 1921, que impôs aos corpos administrativos o dever de concederem aos seus empregados uma ajuda de custo de vida nela fixada?", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 55 (1922) 71-73, respondendo negativamente à questão; "Deverão os tribunais considerar não escrita uma postura que se limitou a integrar preceitos contidos na lei n.º 1259, de 8 de maio de 1922? Será inconstitucional esta lei? A licença a que se referem as alíneas b) e c) da lei 1259 poderá ser substituída pela declaração feita perlo dono do prédio, como testemunha, de que tinha vendido ou arrendado o pasto ao guardador ou dono do gado?", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 56 (1924) 441-445, sustentando a conformidade do diploma com a Constituição; "Quais as águas em que sem licença das câmaras municipais, exigida por postura municipal, se não se pode hoje pescar? Poder-se há invocar, com êxito, perante os tribunais a inconstitucionalidade do decreto n.º 5787-IIII, de 10 de maio de 1919?", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 59 (1926) 71-73, também com resposta no sentido da não inconstitucionalidade.

[79] Regulamento de 4 de setembro de 1913 (Faculdade de Direito), art. 52.º, reproduzido logo em "Primeiras palavras", *Boletim da Faculdade de Direito* 1 (1914-1915), 2: "Os juízes ou presidentes dos tribunais judiciais de primeira e segunda instância, dos tribunais fiscais e dos tribunais administrativos, cujas sentenças, acordãos ou resoluções não sejam oficialmente publicados, deverão enviar mensalmente aos Directores de cada uma das Faculdades a súmula das espécies jurídicas afectas a êsses tribunais no mês anterior, a fim de os professores terem sempre hipóteses novas e reais com que possam dar interesse e eficácia ao ensino prático. § único. Deverão igualmente os juízes ou presidentes dos tribunais indicados neste artigo enviar aos Directores de cada uma das Faculdades as sentenças, acórdãos ou resoluções cujo conhecimento considerem de interesse para o ensino. Dessas sentenças, acórdãos ou resoluções, serão publicados no BOLETIM DA UNIVERSIDADE aqueles que major valor tenham para o ensino ou para a sciência jurídica".

de muita urgência, que deve sempre justificar-se (…)"[80].

O artigo 66.º, n.º 1, da Constituição de 1911 (Título IV – Das instituições locais administrativas) dispunha que "O Poder Executivo não terá ingerencia na vida dos corpos administrativos". Na síntese de Magalhães Colaço, lê-se:

> "Em que consistiu o caso? Num concurso para professora primária, a comissão executiva da câmara municipal do concelho de Abrantes, nomeou A, com preterição de B, classificada em primeiro lugar na graduação feita pelo inspetor escolar respetivo e cujas condições se encontram estabelecidas no decreto n.º 832 de 4 de setembro de 1914. Reclamou a preterida com esse fundamento. A comissão reclamada alegou a inconstitucionalidade do decreto referido, fundando-se no disposto no artigo 66.º, n.º 1, da Constituição (…)"[81].

A tradicional fiscalização política da constitucionalidade a cargo do Congresso da República não desapareceu. Não deixa, aliás, de ser curioso que, no dia 29 de maio de 1926, sábado, o *Diário do Governo* abra com a publicação da Lei n.º 1:871, que, no seu artigo 1.º, dispõe:

> "É declarado írrito e nulo, por inconstitucional, desde a sua publicação, o decreto 1:116, de 30 de Novembro de 1914.
>
> § único. Não obstante o disposto neste artigo, continuarão a aplicar-se as disposições do mesmo decreto aos processos em que os réus já tenham sido julgados e respeitar-se-hão as sentenças transitadas e as prescrições já concluídas ao tempo da publicação desta lei"[82].

[80] J. M. Tello de Magalhães Collaço, "Sentença de 17 de dezembro de 1915, do auditor administrativo do distrito de Santarem, dr. António Carlos Borges", 240.

[81] J. M. Tello de Magalhães Collaço, "Sentença de 17 de dezembro de 1915, do auditor administrativo do distrito de Santarem, dr. António Carlos Borges", 244.

[82] Também se manteve o controlo da constitucionalidade nos termos previstos na Constituição de 1911. Assim, num Acórdão de 23 de junho de 1926 [*Revista de Legislação e de Jurisprudência* 59 (1926) 255-256], convocou-se expressamente o artigo 63.º da Lei Fundamental. Lê-se no Sumário: "É inconstitucional, e não pode por isso ser acatada pelos tribunais, a disposição contida na alínea a) do n.º 11.º do artigo 43.º do decreto n.º 10:291, de 13 de novembro de 1924 (tabela dos emolumentos judiciais), visto que o Govêrno só tinha poderes para rever a tabela dentro das bases estabelecidas pela lei n.º 1631, não os tendo para alterar preceitos de processo civil e comercial" (255).

3. Maio: uma outra Revolução (também com flores)

3.1. "Revolução nacional": 28 de maio de 1926

A degradação da República levou a que se criassem condições para uma queda do regime instituído a 5 de outubro, embora para parte dos seus apoiantes se tratasse apenas de defender e restaurar o espírito cívico republicano. Viam a ditadura militar como um interregno necessário para a preservação da República, longe de imaginarem o que se seguiria. Há já alguns anos, por razões que se prendiam também com a minha investigação no campo da segurança social, comprei as memórias de Pedro Theotonio Pereira. Para os jovens menos familiarizados com o período, recordo que, nascido em 1902, foi chamado por Salazar, em 1933, para desempenhar funções de Subsecretário de Estado das Corporações e Previdência Portuguesa, no quadro de uma das bandeiras do regime: a resolução da questão social[83].

Falecido em 1972, permitam-me que transcreva um trecho do volume I das referidas *Memórias*:

> "O 28 de maio triunfou como se sabe. A começar pela coincidência em Braga com um congresso mariano que levara os soldados a porem flores nos canos das espingardas e a associarem-se aos cânticos, até à entrada apoteótica em Lisboa para a ocupação de Belém e dos ministérios, o povo via naquele gesto do Exército a certeza confortadora de que nem tudo estava perdido"[84].

[83] Sobre esta, *vd.* Fátima Patriarca, *A questão social no salazarismo: 1930-1947*, 2 vol., Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1995.

[84] Pedro Theotonio Pereira, *Memórias: postos em que servi e algumas recordações pessoais*, vol. I, 2.ª ed., Lisboa: Verbo, 1973, 59.

3.2. Controlo da constitucionalidade na Constituição de 1933

3.2.1. Texto(s)

Na Constituição de 1933, além da fiscalização política[85], manteve-se a possibilidade de controlo judicial, mas limitado à inconstitucionalidade material das normas, assistindo-se a significativa restrição em matéria de inconstitucionalidade orgânica[86]. Lia-se no artigo 122.º (depois 123.º[87]):

> «Nos feitos submetidos a julgamento não podem os Tribunais aplicar leis, decretos ou quaisquer outros diplomas que infrinjam o disposto nesta Constituição ou ofendam os princípios nela consignados.
>
> § 1.º – A constitucionalidade da regra de direito, no que respeita à competência da entidade de que dimana ou à forma de elaboração, só poderá ser apreciada pela Assembleia Nacional e por sua iniciativa ou do Governo, determinando a mesma Assembleia os efeitos da inconstitucionalidade, sem ofensa porém das situações criadas pelos casos julgados.

---

[85] Artigo 91.º, n.º 2, da Constituição de 1933. Na doutrina, *vd.* José Carlos Martins Moreira, *Lições de direito constitucional*, Coimbra, 1958, 124-125, que observava: "Confiar porém, aos próprios órgãos legislativos a fiscalização da constitucionalidade das lei é uma forma precária de garanti-la" (125).

[86] Para uma síntese das diferenças entre os dois textos constitucionais nesta matéria, *vd.* Jorge Miranda, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, 107, 111-116.

[87] Lei n.º 1:963, de 18 de dezembro de 1937, artigo 3.º: "Os §§ 1.º e 2.º do artigo 123.º são substituídos por um § único, assim redigido: § único - A inconstitucionalidade orgânica ou formal da regra de direito constante de diplomas promulgados pelo Presidente da República só poderá ser apreciada pela Assembleia Nacional e por sua iniciativa ou do Governo, determinando a mesma Assembleia os efeitos da inconstitucionalidade, sem ofensa porém das situações criadas pelos casos julgados". Sobre as diferenças entre as duas redações, *vd.* a síntese de Fezas Vital, *Direito constitucional: Lições publicadas, com autorização, por Maurício Canelas e Martinho Simões*, Lisboa, 1945-46, Lxxi-Lxxii, que sublinha que na redação originária não se distinguia, explicitamente, entre inconstitucionalidade formal e orgânica. Dá também conta de dúvidas no caso de o Governo utilizar a forma de decreto regulamentar para disciplinar matérias que constitucionalmente devessem revestir a forma de lei (em sentido lato), se se estaria perante uma inconstitucionalidade (com a consequência do seu conhecimento estar reservado à Assembleia Nacional) ou uma mera ilegalidade controlável judicialmente (Lxxii). Na sequência da controvérsia em torno deste ponto, foi alterada a redação do preceito (sobre a discussão e os problemas depois da nova redação, *vd.* Lxxii- Lxxvii).

> § 2.º – A excepção constante do parágrafo anterior abrange apenas os diplomas emanados dos órgãos da soberania»[88].

Afonso Rodrigues Queiró[89] recorda, no entanto, a diferença, em termos de controlo, entre a Metrópole e o Império Colonial[90]. Previa-se neste um sistema de controlo concentrado, a cargo do Conselho do Império Colonial, rebatizado, em 1951, de Conselho Ultramarino[91], na sequência da revisão constitucional desse ano[92], tendo as decisões efeitos *erga omnes* e não meramente *inter partes*. Não desenvolvendo aqui o sistema, regista-se a concentração de competências e alerta-se para que não era pacífica a sua conformidade constitucional[93]. Na Revisão constitu-

[88] Em relação ao controlo político da constitucionalidade, previsto no §1 do artigo 123.º da Constituição Política, *vd.* a Declaração de inconstitucionalidade, em 1936, do artigo 8.º do Decreto n.º 26:148, de 14 de dezembro de 1935 (relativamente à "parte em que incluía no Conselho Superior da Armada o director geral da marinha": *Diário do Governo*, I Série, n.º 33, de 10 de fevereiro de 1936).

[89] Afonso Rodrigues Queiró, "O controlo da constitucionalidade das leis", *in* Idem, *Estudos de direito público, vol. II Obra dispersa, t. II*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2002, 79-90.

[90] Afonso Rodrigues Queiró, "Conselho Ultramarino – Acórdão de 6 de Junho de 1955 – Anotação", *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 89 (1956-1957), 58-61, começa por recordar que "[j]á na Carta Orgânica do Império Colonial Português, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 23:228, de 15 de Novembro de 1933, se julgou oportuno inserir normas sobre a competência dos tribunais ultramarinos para apreciarem da constitucionalidade dos diplomas legais e regulamentares"(58), remetendo para o artigo 199.º da referida Carta. Na doutrina, *vd.* ainda, desenvolvidamente, André Gonçalves Pereira, "Da fiscalização da constitucionalidade das leis no Ultramar", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 19 (1965) 171-221.

[91] Decreto-Lei nº 38300, de 16 de junho de 1951 (Altera a designação do Conselho do Império Colonial para Conselho Ultramarino).

[92] Lei n.º 2:048, de 11 de junho de 1951.

[93] *Vd.* Jorge Miranda, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, 205-208. Em síntese, sustentava que "todos os preceitos citados são inconstitucionais, na medida e naquilo em que diminuam a competência dos tribunais judiciais ultramarinos para conhecerem da constitucionalidade das leis e de outros diplomas que tenham de aplicar e na medida em que ponham em perigo, como consequência disso, a própria estrutura unitária do Estado português, de harmonia com a Constituição" (205-206). Em relação ao Conselho Ultramarino (então ainda Conselho do Império Colonial), Afonso Rodrigues Queiró ("O controlo da constitucionalidade das leis", 85) escrevia que ele tinha "um pouco dos caracteres de Conselho de Estado colonial e de Tribunal Constitucional.

cional de 1971[94], houve abertura para um controlo concentrado da cons-

Como Tribunal Constitucional, goza de autonomia nas suas decisões". Jorge Miranda recusa que se tratasse de um tribunal judicial, mas, ainda que o fosse, a competência, atendendo ao caráter unitário do Estado, só poderia pertencer ao Supremo Tribunal de Justiça (207). Posteriormente ao texto de Jorge Miranda, assinalam-se quer o Decreto-lei nº 49146, de 25 de julho de 1969, quer a Lei n.º 5/72, de 23 de junho [Promulga as Bases da Revisão da Lei Orgânica do Ultramar]. O primeiro qualifica o Conselho Ultramarino como "o mais alto órgão permanente de consulta do Ministro do Ultramar em matéria de política e administração Ultramarinas, o Tribunal da Constitucionalidade, Supremo Tribunal Administrativo e Tribunal de Conflitos de Jurisdição e de Competência do Ultramar». Já quanto à Lei n.º 5/72, de 23 de junho, registem-se: *a)* a BASE XXXVI ("1 - Compete à Assembleia Legislativa, além do que lhe for confiado no estatuto político-administrativo: 1.º Fazer diplomas legislativos, interpretá-los, suspendê-los e revogá-los, em conformidade com a alínea b) da base III; 2.º Vigiar pelo cumprimento, na província, da Constituição e das leis e apreciar os atos do governo ou da administração locais, podendo promover a apreciação pelo Conselho Ultramarino da inconstitucionalidade de quaisquer normas provenientes dos órgãos da província"; a BASE LXVI ("1 - A apreciação das questões de inconstitucionalidade dos diplomas aplicáveis exclusivamente ao ultramar, cujo conhecimento não esteja reservado à Assembleia Nacional, nos termos do § 2.º do artigo 123.º da Constituição, e que hajam sido suscitadas, oficiosamente ou pelas partes, nos tribunais das províncias ultramarinas, pertence ao Conselho Ultramarino. 2 - Reconhecida a viabilidade da arguição pelo tribunal a quo, o incidente de inconstitucionalidade sobe, em separado, ao Conselho Ultramarino, para julgamento. 3 - As decisões do Conselho Ultramarino que declarem a inconstitucionalidade de qualquer norma têm força obrigatória geral, vigorando a partir da data da respectiva publicação. 4 - A publicação das decisões do Conselho Ultramarino em matéria de contencioso da constitucionalidade far-se-á nas folhas oficiais onde houverem sido publicados os diplomas a que respeitem".

[94] Aquando da revisão constitucional de 1959 (Lei n.º 2100, de 29 de agosto), foi proposto, sem sucesso, alterar o artigo 123.º, mais exatamente o seu § único, nos seguintes termos: "§ único - A inconstitucionalidade orgânica ou formal da regra de direito constante de diplomas promulgados pelo Presidente da República, *quando não resulte da violação do disposto no artigo 93.º e seu § único*, só poderá ser apreciada pela Assembleia Nacional e por sua iniciativa ou do Governo, determinando a mesma Assembleia os efeitos da inconstitucionalidade, sem ofensa, porém, das situações criadas pelos casos julgados" (em itálico, o aditamento proposto). O artigo 93.º previa, na sequência da redação resultante da Lei n.º 2048, de 11 de junho de 1951, o seguinte: "Constitui matéria da exclusiva competência da Assembleia Nacional a aprovação das bases gerais sobre: a) A organização da defesa nacional; b) O peso, valor e denominação das moedas principais; c) O padrão dos pesos e medidas; d) A criação de bancos ou institutos de emissão; e) A organização dos tribunais". Com a assinatura do Deputado Carlos Lima, pretendia atribuir competência aos tribunais para conhecer da inconstitucionali-

titucionalidade em termos gerais e já não limitado aos territórios ultramarinos:

> "§ 1.º do artigo 123.º: A lei poderá concentrar em algum ou alguns tribunais a competência para a apreciação da inconstitucionalidade referida no corpo do artigo e conferir às decisões desses tribunais força obrigatória geral".

Permitam-se-me duas notas sobre a questão do controlo da constitucionalidade:

a) Existência de um número limitado de casos de controlo judicial da constitucionalidade;

b) Tentativa da doutrina de enquadrar certas hipóteses de inconstitucionalidade orgânica[95] como vícios materiais, discussão que revestiu importância no domínio do direito tributário.

Em relação a este último ponto, haveria que considerar aqui o *Curso de direito fiscal*, de Cardoso da Costa[96]. Algumas situações configuradas, na divisão tradicional dos vícios, como inconstitucionalidades orgânicas seriam enquadradas como inconstitucionalidades materiais. Este sentido de inconstitucionalidade material pretende alargar a via do controlo judicial[97]. O ponto

---

dade orgânica ou formal de diplomas promulgados pelo Chefe do Estado, nos casos em que estivessem em causa violações do referido artigo 93.º e § único da Constituição". Considerou que "a inconstitucionalidade formal pode ter […] reflexos de relevo nos interesses dos cidadãos" (376) e "que devem ser os tribunais, como órgãos isentos de prejuízos políticos e independentes, quem deve conhecer das questões sobre a constitucionalidade das leis" (373 – as páginas indicadas referem-se à transcrição do debate incluída em A. Carlos Lima, *Órgãos da soberania: a Assembleia Nacional. Um debate*, Lisboa: Moraes editores, 1971 (original: *Diário das Sessões* n.º 130, de 4 de julho de 1959, 1139-1143).

[95] Em "Projecto de Lei – Inconstitucionalidade da Lei n.º 3/71, de 16-8-71 (1.ª versão)", de Francisco Sá Carneiro, publicado em Jorge Miranda, *Inconstitucionalidade de revisão constitucional 1971 – Um Projecto de Francisco de Sá Carneiro*, Lisboa, Assembleia da República, 1997, 29-37, refere-se o «que se crê ser o único caso de declaração de inconstitucionalidade na vigência da Constituição de 1933, o do projecto de lei n.º 170, convertido na Lei n.º 1.992, de 20-3-942". Sobre esta intervenção de Sá Carneiro em sede de revisão constitucional, *vd.* ainda Idem, *Passos da vida, passos da Constituição: uma autobiografia*, Coimbra: Almedina, 2023, 72-73.

[96] José Manuel Moreira Cardoso da Costa, *Curso de direito fiscal*, 2.ª ed., Coimbra, 1972.

[97] Na verdade, em conformidade com o quadro constitucional, encontram-se

de partida em concreto prende-se com a salvaguarda do princípio da legalidade dos impostos, posto em causa por regulamentos autónomos que desrespeitassem a reserva de lei[98]. Nestes regulamentos tributários, a inconstitucionalidade material residiria na violação "das garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas"[99], na "violação de um princípio material da constituição", tratando das "garantias dos contribuintes"[100].

Em termos de "adjetivação"[101] do Estado, na dogmática juspublicística recusou-se a ideia de que o modelo da Constituição de 1933 apontasse para um Estado de mera legalidade[102]. Também parte da doutrina mais desalinhada com o regime[103], que se opunha às violações de direitos e aos seus traços claramente ditatoriais, procurou reforçar as dimensões de juridicidade em termos de dogmática.

---

algumas decisões do Supremo Tribunal Administrativo (STA), que reafirmam a impossibilidade de controlo judicial de inconstitucionalidades orgânicas e formais: cf. Acórdão de 1955-05-20 (Processo nº 004394), de 20 de maio, por exemplo.

98 José Manuel Moreira Cardoso da COSTA, *Curso de direito fiscal*, 179.

99 José Manuel Moreira Cardoso da COSTA, *Curso de direito fiscal*, 182.

100 José Manuel Moreira Cardoso da COSTA, *Curso de direito fiscal*, 185.

101 Sobre o "Estado com adjectivos", *vd.*, entre nós, José Joaquim Gomes CANOTILHO, *"Brancosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra: Almedina, 2006, 131.

102 Vd., desde logo, Afonso Rodrigues QUEIRÓ, "O novo direito constitucional português (Algumas ideias fundamentais)", in IDEM, *Estudos de direito público,* vol. II: *Obra dispersa,* t. II, 55-77, 75-76. Sustenta-se que o "Estado autoritário" português veria "a sua acção executiva ser contida dentro dos limites da lei e da justiça", nomeadamente por via "não só [d]a fiscalização da Assembleia Nacional, como [d]a fiscalização dos Tribunais. Para o conteúdo e forma da sua actividade legislativa serem limitados pelas barreiras constitucionais, institui-se respectivamente a fiscalização jurisdicional e a fiscalização política daquela Assembleia. […] Procurou-se, em suma, moldar um *Estado de Direito* (não apenas em sentido formal (sentido que aliás se compadece com o próprio conceito de Estado totalitário), mas – e neste ponto indo na tradição do liberalismo – um Estado de Direito propriamente dito" (pp. 75-76). Na prática, no entanto, assistia-se a uma violação das liberdades fundamentais, além de que se mantinha um conceito mutilado de Estado de direito, que o separava do Estado democrático.

103 Até ao nível das intervenções mais políticas: recorde-se o 3.º Congresso da Oposição Democrática, em Aveiro (4 a 8 de abril de 1973), para defender a inconstitucionalidade de vedar o acesso da mulher a "cargos públicos" (Laura LOPES, "Alguns elementos sobre a situação jurídica da mulher em Portugal", in *3.º Congresso da Oposição Democrática de Aveiro, Teses*, 7.ª Secção, Lisboa: Seara Nova, 1974, 169-184, 174).

Para quem aspirava a um Estado de direito democrático, recordam-se palavras de Jorge de Figueiredo Dias nas vésperas da Revolução, em fevereiro de 1974, no Prefácio a *Direito Processual Penal* [104], em defesa

> "de uma conceção personalística do Direito, de uma conceção social do Estado e de uma conceção democrática do Processo. Se se pretender reduzir estas conceções a um étimo fundante, creio que ele poderá continuar a ser encontrado, com razoável exatidão, na ideia atual de Estado de direito. Talvez que a partir daqui não se estranhe já a insistência com que (…) se procura ancorar e experimentar cada solução do direito processual penal no corpo do nosso direito constitucional".

Depois, ao versar expressamente sobre "[a] concreta conformação jurídico-constitucional do direito processual penal" (relembrando Henkel e a ideia deste direito como "direito constitucional aplicado"[105]), sublinha a importância do Tribunal Constitucional Federal alemão, da *Corte Costituzionale* e do Supremo Tribunal norte-americano (*Supreme Court*).

Sobre o sistema português de controlo judicial da constitucionalidade, diz o seguinte:

> "[q]ue, entre nós (onde a ConstP de 1933, na sequência já de 1911, consagra no artigo 123.º um dos mais liberais sistemas de fiscalização judicial da Constituição), a jurisprudência sobre a constitucionalidade do processo penal seja paupérrima, é na verdade uma singularidade dificilmente explicável"[106].

Uma via a explorar passaria por analisar a obra de outros Professores da nossa Escola[107] que procuraram explorar as possibilidades garantísticas

---

[104] Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1.º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

[105] Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 74.

[106] Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 76-77.

[107] Sem prejuízo de um estudo semelhante no que toca à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Jorge Miranda (*Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, 94), sustentando que, em Portugal, o Estado era já, na Constituição de 1933, um "Estado constitucional ou de Direito" (93), não deixa de, subtilmente, deslocar os problemas para os "desvios que se descubram na sua vigência prática". Acrescenta que o texto constitucional abrigava "institutos liberais e *institutos autoritários e sabendo-se que se têm acentuado os segundos*" (94; itálico meu). Também referia que, no plano doutrinário, se encontrava "uma interpretação menos literal dos preceitos menos defensáveis, como o artigo 1.º do Estatuto do Trabalho Nacional, aparentado ao artigo 1.º da *Carta del Lavoro* italiana" (100). Muito significativa é a nota 167 (98-99), onde refere "como causa-

da ordem jurídica portuguesa (sem prejuízo de não olvidar os limites que só a construção de um Estado Constitucional poderia ultrapassar).

3.2.2. Um caso: a coeducação (o problema da separação dos sexos na escola)

Veja-se um Acórdão do STA de 28 de março de 1941. O proprietário e diretor do Colégio de João de Deus, no Estoril, recorreu para o STA do despacho do Ministro de Educação que restringiu o ensino no estabelecimento ao sexo masculino, afastando o regime de coeducação. Na verdade, o decreto n.º 27:279, de 24 de novembro de 1936, veio estabelecer a separação dos sexos. A portaria n.º 9:433, de 15 de janeiro de 1940, determinou a obrigatoriedade das direções dos estabelecimentos privados de optarem pelo ensino de um dos sexos, tendo depois um despacho datado de 8 de agosto de 1940 limitado a frequência do referido Colégio a rapazes.

O recurso sustenta a inconstitucionalidade material por entender que havia uma violação do artigo 44.º da Constituição ("É livre o estabelecimento de escolas particulares paralelas às do Estado [...]").

Em relação à inconstitucionalidade material (ou doutrinal), o STA considerou improcedente a sua arguição, dado que a Constituição apenas garante a possibilidade da existência de ensino particular. A portaria não escapou, contudo, a um juízo de inconstitucionalidade, mas formal, o que permitiu a sua rápida superação pelo Governo[108]. O Decreto-Lei n.º 31:433, de 29 de julho de 1941, no seu artigo 3.º, veio admitir a possibilidade de

> "coeducação com alunos externos, mas só a título excepcional e precário, nos estabelecimentos situados em localidades onde não haja outro estabelecimento de ensino do mesmo ramo ou grau".

---

dores de apreensões […] alguns desvios aos princípios", que enumera e em que se contam, por exemplo, "a existência de instrução preparatória por autoridades administrativas, as quais ou os seus agentes podem ordenar capturas não sujeitas a validação judicial". Já depois de Abril, na sua dissertação de doutoramento – *A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa: Livraria Petrony, 1978, 477, n. 4, escreveu: "(a]tendo-nos ao texto em vigor em 24 de Abril de 1974, sem dúvida eram gravíssimas diminuições do conteúdo do Estado de Direito", que passa a concretizar (477-478).

[108] Decreto-Lei n.º 31:433, de 29 de julho de 1941.

Assinale-se que não se trata de uma peça isolada no que toca à fiscalização da constitucionalidade[109]. Com efeito, são diversos os arestos do STA[110],

[109] Não é aqui o lugar para proceder a um levantamento sistemático dos casos. Aliás, mesmo antes da Constituição de 1933, no quadro da chamada ditadura militar, a questão não deixou de marcar presença. Assim, em 1931, a propósito do Decreto-Lei n.º 19.895, de 17 de junho (Sumário: "Manda que a acção cível iniciada por Joaquim da Rocha Reis contra o presidente e alguns vogais de uma ex-comissão administrativa da Câmara Municipal de Penafiel e contra o chefe da secretaria da mesma Câmara não possa prosseguir sem a citação do Estado e da referida Câmara Municipal, para o efeito de contra estes sòmente correr tal acção"), *vd.* Antonio Pinto de MESQUITA, *Petição ao juiz arguindo de inconstitucional o Decreto-Lei n.º 19.895 relativos a um processo cível pendente nesse juízo. Anexos: Petição d'agravo e acórdão da Relação*, Porto: Tipografia Gonçalves, 1931). Estava ainda em vigor, em parte, a Constituição de 1911: cita-se na referida Petição Fezas Vital (*Revista de Legislação e de Jurisprudência* 59, 386) – "A Constituição de 1911 só deve dizer-se revogada ou suspensa na parte em que se refere á organisação do poder legislativo que passou a ser exercido pelo Presidente da Republica com a intervenção de todos os Ministros" (14). Assim, sustenta que se mantém a competência para conhecer da inconstitucionalidade, aliás reafirmada pelo artigo 12.º do Estatuto Judiciário ("A Magistratura Judicial tem por missão administrar justiça, aplicando as leis nos tribunaes, *julgando da sua constitucionalidade e executando as decisões que proferir*" (14). Por considerar que o decreto "não reveste os requisitos juridicos e constitucionais para poder ser considerado como um decreto doutrinal visando a casos geraes, abstractos e impessoaes" (18), deve ser considerado inconstitucional, tendo presente o princípio da igualdade da lei (artigo 3.º, n.º 2, da Constituição de 1911).

[110] Acórdão de 1966-12-02 (Processo nº 007041), de 2 de dezembro (Sumário – "I - Segundo dispõe o parágrafo único do artigo 82 do Decreto n. 32946 não há recurso contencioso da decisão do Subsecretário de Estado da Juventude e Desportos proferida em recurso hierárquico e em matéria de disciplina desportiva. II - Aquela disposição não é inconstitucional, por violadora do n. 10 do artigo 8 da Constituição Política da República Portuguesa, visto que o direito de defesa esta garantido aos arguidos pela obrigação da sua audiência e pela existência do recurso hierárquico em dois graus"; Acórdão de 1967-01-13 (Processo nº 007070), de 13 de janeiro (Sumário – "I - O despacho do Ministro da Educação Nacional que determinou a extinção da Sociedade Portuguesa de Escritores não é inconstitucional porque a Constituição de 1933 determina que o direito de associação não consente o seu uso contra os direitos de terceiros ou interesses da Sociedade e a norma da lei ordinária ao abrigo da qual o despacho foi proferido, não só não é ofensivo das normas constitucionais como é claramente concordante com os princípios enunciados na lei fundamental […]"; Acórdão de 1967-07-28 (Processo nº 007191), de 28 de julho (Sumário – "Não é inconstitucional a portaria que se limita a regulamentar uma taxa já instituída por lei. A taxa estabelecida no Decreto n. 27977, de 18 de Agosto de 1937, a favor da Junta Nacional do

Vinho, tem uma incidência real […]"; Acórdão de 1969-05-23 (Processo nº 007716), de 23 de maio (Sumário – "I - Não é acto de Governo de conteúdo essencialmente político a deliberação proferida ao abrigo do artigo 4 do Decreto-Lei n. 36387, fixando a residência em certo local. II - O referido preceito, contendo medida de segurança administrativa ou de polícia, não é inconstitucional […]"; Acórdão de 1971-04-22 (Processo nº 008284), de 22 de abril (Sumário – "I - As comissões referidas no n. 3 do artigo 21 do Decreto-Lei n. 49107, de 7 de Julho de 1969, que justificam o abono de 10 por cento sobre o vencimento base dos militares em nova comissão no ultramar são somente as realizadas depois de 1 de Janeiro de 1961.II - Não é inconstitucional a lei interpretativa publicada durante a pendência de processos judiciais em que esteja em causa a aplicação da lei interpretada"; Acórdão de 1972-02-04 (Processo nº 001963), de 4 de fevereiro (Sumário – "I - O artigo 116 da Constituição, ao declarar que a função judicial é exercida por tribunais ordinários e especiais, apenas estabelece um conceito formal daquela função. II - O Decreto-Lei n. 22469 não é materialmente inconstitucional, porque as suas normas se harmonizam com o disposto no parágrafo 2 do artigo 8 e no artigo 22 da Constituição. III - Segundo o artigo 123 da Constituição, é defeso aos tribunais conhecerem da inconstitucionalidade formal dos diplomas legais. IV - É da competência das Autoridades de Segurança a apreensão de publicações que reputem subversivas, independentemente da prévia qualificação das obras como tais, pelos tribunais ou quaisquer outras entidades […]"; Acórdão de 1972-07-12 (Processo nº 016635), de 12 de julho (Sumário – "I - A prestação pecuniária fixada pelo n. 2 da Portaria n. 21006, de 28 de Dezembro de 1964, reveste a natureza de taxa, e não de imposto. II - Aquela portaria, fixando, de acordo com o Decreto-Lei n. 45835, de 27 de Julho de 1964, que enunciou o principio genérico da incidência, a taxa de 40 centavos por litro de vinho da colheita de 1964 transaccionado em 1965, não é inconstitucional […]"; Acórdão de 1973-12-06 (Processo nº 008866), de 6 de dezembro (Sumário – "I - O despacho ministerial de 25 de Maio de 1943, ao criar uma nova taxa sobre óleo de mendubi lançado no mercado, como receita da Junta Nacional do Azeite, é ilegal, por não existir lei que tal autorize. II – Além disso, esse despacho é inconstitucional, em virtude de a referida taxa constituir um verdadeiro imposto, que, como tal, só a lei pode criar"); Acórdão de 1974-03-15 (Processo nº 002119), de 15 de março (Sumário – "I - Tem a natureza de imposto, e não de taxa, a tributação sobre óleos comestíveis lançados no mercado, criada por despacho ministerial de 25 de Maio de 1943, como receita da Junta Nacional do Azeite, incorporada no Instituto do Azeite e Produtos Oleaginosos. II - Só a lei permite cobrar impostos, sendo inconstitucional aquele despacho - artigos 8, n. 16, 70, n. 1 e parágrafo 1, 93, alinea h), e 123 da Constituição Política"; Acórdão de 1974-03-15 (Processo nº 002129), de 15 de março [Sumário – "I - Revestem a natureza de imposto as taxas criadas pelo despacho ministerial de 25 de Maio de 1943, como receitas da Junta Nacional do Azeite (hoje Instituto do Azeite e Produtos Oleaginosos - Decreto-Lei n.436/72). II - Tais taxas, revestindo a natureza de um verdadeiro imposto, só podiam ser criadas por diploma com o valor

formal de lei, de conformidade com o princípio da legalidade tributária consagrado no artigo 70 da Constituição Política e não por despacho ministerial que, definindo elementos essenciais do imposto, é inconstitucional"]; Acórdão de 1974-03-15 (Processo nº 002142), de 15 de março (Sumário – "I - Tem a natureza de imposto, e não de taxa a tributação sobre óleos comestíveis lançados no mercado, criada por despacho ministerial de 25 de Maio de 1943, como receita da Junta Nacional do Azeite, incorporada no Instituto do Azeite e Produtos Oleaginosos. II - Só a lei permite cobrar impostos, sendo inconstitucional aquele despacho - artigos 8, n. 16, 70, n. 1, parágrafo 1, e 93, alínea h), e 123 da Constituição Política". Com data de 26 de abril, *vd.* o Acórdão de 1974-04-26 (Processo nº 008935) (Sumário – "I - Para definição da área das cidades não existe reserva de lei, pelo que um decreto regulamentar que recaia sobre essa matéria não é formalmente inconstitucional ou ilegal […]". Na fase que se sucede à Revolução e que antecede a entrada em vigor da Constituição, há assinalar diferentes arestos que ainda mobilizam a Constituição de 1933: Acórdão de 1975-04-18 (Processo nº 009024), de 18 de abril [Sumário – "I - A Constituição, no artigo 70, n. 2, em referência ao n. 1, implicitamente distingue as taxas dos impostos, por as primeiras serem retribuição individual de serviços prestados concretamente. II - A Constituição não autoriza a conceituação de "taxas parafiscais", termo médio entre impostos e taxas, únicas figuras que conhece. III - Tem a natureza de imposto, e não de taxa, a tributação sobre óleos comestíveis lançados no mercado, criada pela Portaria n. 21883, de 21 de Fevereiro de 1966, como receita da Junta Nacional do Azeite, incorporada no Instituto do Azeite e Produtos Oleaginosos. IV – Só em lei podem ser estabelecidos impostos, pelo que a dita portaria e inconstitucional - artigos 8, n. 16, 70, n. 1, parágrafo 1, e 93, alínea h), da Constituição (cf. artigo 123)]; nos mesmos termos, o Acórdão de 1975-04-18 (Processo nº 009063), de 18 de abril; Acórdão de 1976-01-30 (Processo nº 0011494), de 30 de janeiro, este do Tribunal da Relação do Porto (Sumário – "I - A amnistia implica o esquecimento jurídico do crime, como valoração jurídico-penal, mas não do facto na sua realidade concreta e naturalística, que continua a existir. Por isso, se esse facto é valorado de diversas formas, e a amnistia apenas abrange uma ou algumas delas, só essas se devem considerar aniquiladas, como se não existissem. II - O crime do artigo 136 do Código Penal visa a protecção de interesses ou valores próprios, ligados ao abuso de funções religiosas por ministros eclesiásticos. A punição da conduta que ofenda o bem jurídico nele protegido abrange também, normalmente, a protecção que outros preceitos penais também visam isoladamente realizar. III - O artigo 136 do Código Penal não é inconstitucional face à alteração político-social posterior ao 25 de Abril, já que respeita a ministros eclesiásticos de qualquer religião e não só da católica […]"; Acórdão de 1976-03-17 (Processo nº 009044), de 17 de março (Sumário – "I - Constitui imposto, e não taxa, a receita criada para a Junta Nacional do Azeite, hoje Instituto do Azeite e Produtos Oleaginosos, pelo despacho normativo de 25 de Maio de 1943 (Diário do Governo, 1 série, de 4 de Junho seguinte). II - É inconstitucional a referida norma, nos termos do artigo 8, n. 16, da Constituição Política de 1933, por violar o

sem esquecer o STJ [111], que se confrontam com o argumento da (des)conformidade com a Constituição da República. Por exemplo, decidiu-se no Acórdão de 20-05-1960 (Processo nº 005464) que "[o] serviço de transportes colectivos tem preferência nas carreiras destinadas a ligar o Porto com qualquer das povoações situadas na área definida no artigo 1 do Decreto-Lei n. 40744, de 27 de Agosto de 1956", não tendo sido este considerado inconstitucional[112].

Uma nota ainda para referir a existência de vários casos relativos às sanções aplicadas a militares que se encontravam na chamada Índia Portuguesa em 1961, aquando da entrada, no quadro da Operação Vijay, das tro-

princípio da legalidade do imposto estabelecido nos seus artigos 70, paragrafo 1, e 93, alínea h), o mesmo sucedendo com o artigo 40, n. 1, do Decreto-Lei n. 426/70, de 1 de Outubro, quando vise a manutenção desse imposto"; Acórdão de 1976-04-08 (Processo nº 009785), de 8 de abril (Sumário – "I - O n. 21 do artigo 8 da Constituição de 1933 permaneceu em vigor apos a Revolução de 25 de Abril de 1974, por força do artigo 1 da Lei n. 3/74, de 14 de Maio. II - A garantia conferida por aquele preceito constitucional abrange os actos administrativos respeitantes ao saneamento da função pública. III - O artigo 2 do Decreto-Lei n. 124/75, de 11 de Março, limita-se a estabelecer recurso necessário, para o Conselho da Revolução, como meio indispensável à abertura da via contenciosa, não proibindo a impugnação contenciosa dos actos de decisão daquele recurso necessário; aliás, se essa disposição tivesse querido vedar o recurso contencioso dos actos do Conselho da Revolução, em matéria de saneamento, seria materialmente inconstitucional, por infringir o n. 21 do artigo 8 da Constituição de 1933, não podendo, por isso, ser acatada pelos tribunais, por força do artigo 123 deste mesmo diploma […]".

[111] Acórdão de 1960-10-18 (Processo nº 057832), de 18 de outubro: «Ficou sobejamente demonstrado que a lei, devidamente interpretada, não é inconstitucional e se o fosse não poderiam os Tribunais aplicá-la, por expressa disposição do artigo 123 do diploma citado. […] Ao estabelecer a hierarquia das nossas leis, há que distinguir, antes de mais, entre lei constitucional e leis ordinárias ou comuns. A lei constitucional é, por definição, a lei que tem mais alto valor e que, portanto, não poderá ser contrariada por nenhuma outra, sob pena de inconstitucionalidade. Preceitua o artigo 123 da nossa Constituição: "Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar leis, decretos ou quaisquer outros diplomas que infrinjam o disposto nesta Constituição ou ofendam os princípios nela consignados". Ora, a interpretação que o citado acórdão de 11 de Julho de 1952 atribui ao parágrafo 2 do artigo 4 do Decreto n. 34565, no sentido de os Tribunais serem incompetentes para apreciar e julgar as causas ali referidas e de a competência para essas causas pertencer unicamente à Direcção-Geral da Fazenda Pública ofenderia o disposto no artigo 116 da Constituição, que só aos Tribunais atribui a função judicial».

[112] *Colecção de Acórdãos* XXVI (1960) 535-539.

pas da União Indiana nos territórios de Goa, Damão e Diu[113]. À cabeça, pense-se no caso do General Manuel António Vassalo e Silva, governador do Estado Português da Índia, a quem foi imposta a pena de demissão das Forças Armadas, tendo sido reintegrado só depois de Abril. Em causa a (in) constitucionalidade do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 34 800, de 31 de julho de 1945[114], que excluía da competência do STA questões relativas à disciplina militar. A não ter sido este preceito revogado pelo Decreto-Lei n.º 40768 (Regula o funcionamento do Supremo Tribunal Administrativo), de 8 de setembro de 1958, sustentava-se a sua inconstitucionalidade material, por violação quer do artigo 5.º (princípio da igualdade) quer do artigo 109º, § 4.º, ambos da Constituição Política. Esta posição da inconstitucionalidade não foi acolhida em diferentes arestos do STA, quer tivessem sido convocados os dois preceitos da lei fundamental[115] quer apenas a norma constitucional que garantia o recurso judicial.

Em sede de Tribunal dos Conflitos, em Acórdão de 1 de julho de 1968, num caso em que Joaquim Pinto Brás, que era capitão de cavalaria e comandante de polícia aquando da invasão, veio, na sequência da sua impugnação da pena de demissão que lhe foi aplicada, solicitar a resolução de conflito negativo de jurisdição entre o STA, o Supremo Tribunal Militar e o Conselho de Disciplina do Exército. No aresto, depois de afirmar que decorria do artigo 109.º, n.º 4, da Constituição, o direito a uma decisão judicial sobre a sanção aplicada, afirmou-se:

> "O artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 34 800, de 31 Julho de 1945, subtraindo ao Supremo Tribunal Administrativo as questões de carácter disciplinar dos oficiais do exército, sem as cometer a outro tribunal, é, sem dúvida, […] norma ferida de inconstitucionalidade material, nos termos do artigo 123.º da Constituição […]".

---

[113] *Vd.* a síntese de Filipe Ribeiro de MENEZES, *Salazar: uma biografia política*, Lisboa: Publicações D. Quixote, 2010, 523-532.

[114] Mais tarde, já na vigência da Constituição de 1976, o Tribunal Constitucional veio a julgar inconstitucional o artigo 4.º do mesmo diploma (na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 78/80, de 19 de abril, relativo à competência do Supremo Tribunal Militar: cf. Acórdãos n.os 306/85, 84/86 e 332/86).

[115] Acórdão de 28 de junho de 1963 (Caso de Vassalo e Silva), também publicado em *O Direito* 101, 200-206 (neste número, *vd.* a anotação de André Gonçalves Pereira a vários acórdãos envolvendo oficiais das forças armadas: "Disciplina militar e competência do Supremo Tribunal Administrativo", 234-240).

Repare-se que, na doutrina, a inconstitucionalidade do preceito já tinha sido sustentada por Marcello Caetano[116]. Aliás, à face da revisão constitucional de 1971[117], com a introdução do n.º 21 do artigo 8.º– "Haver recurso contencioso dos actos administrativos definitivos e executórios que sejam arguidos de ilegalidade" –, realça que

> "é fora de dúvida que dele resulta autonomamente a inconstitucionalidade de quaisquer normas anteriormente publicadas que declarem a irrecorribilidade de determinados actos definitivos e executórios […]"[118].

Em suma: apesar da previsão constitucional do controlo judicial da constitucionalidade e da mobilização efetiva da lei fundamental também no plano jurisprudencial, tivemos de esperar pela Constituição de 1976 para que, em diferentes modalidades, ganhasse outro corpo a justiça constitucional, em termos que explicitaremos na Parte II.

ANEXO I

> Todavia, em uma segunda parte da mesma sentença, em que se procuram destruir os fundamentos, produzidos na discussão da causa, a favor da procedencia da acção, diz o Juiz, que não colhe o da violação do art. 145 § 21 da Carta, e de que na collisão se devia respeitar, antes a Carta, que o art. 7.º do Decreto de 9 de Agosto, porque se não deu espoliação alguma por este artigo, e antes se deram aos credores dos Padrões maiores garantias, substituindo-se-lhes um devedor, que nunca é possivel falhar, porque as Nações não morrem, e maxime não havendo até hoje no Paíz uma só banca rota.
>
> Alem disso, que mesmo na hypothese de haver tal collisão, ao Poder Judicial não competiria, por maneira alguma, entrar na apreciação das Leis, feitas pelo Poder Legislativo, ou pelo Executivo, *quando em Dictadura*, e só sim applical-as aos casos occorrentes; e que o contrario seria o Poder Judicial arrogar-se uma supremacia sobre os outros Poderes Politicos do Estado, que, nem a Lei Fundamental the permitte, nem mesmo a boa rasão, a que

[116] Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo*, 7.ª ed., Coimbra, 1965, 770, n. 3. Na 9.ª ed. (Lisboa: 1972), assinala, em nota (3, p. 1316) ter sido "[a] questão […] finalmente resolvida, no sentido aqui preconizado em edições anteriores, pelo acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 1 de Julho de 1968".

[117] Lei n.º 3/71, de 16 de agosto. No quadro da revisão constitucional, *vd.* Miguel Galvão Telles, "A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis", *O Direito* 103 (1971) 173-210.

[118] Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo*, II, 9.ª ed., 1312.

repugna similhante doutrina, como attentatoria da boa ordem publica; e que, consequentemente, instituindo, ou creando, as mencionadas disposições do Decreto de 9 de Agosto de 1833 uma verdadeira novação legal nos contractos de mutuo, celebrados entre a Serenissima Casa de Bragança e seus credores, é corollario, que, por essa novação, o libello não pode proceder, e que é contra a Fazenda Publica, que tem de dirigir-se o pedido.

-A respeito desta sentença, cumpre-nos lamentar ainda, que se possa offuscar um argumento de tanta valentia. Um argumento positivo, como é o que se funda na expressa determinação de um Decreto com *força de Lei*, como são todos os promulgados pela Dictadura da Regencia, instaurada na Ilha Terceira, continuada pelo Sr. D. Pedro IV, durante a restauração do Throno e da Carta - *força de Lei*, que lhes vem, não tanto do Poder dictatorial, como do consenso e respeito unanime de quantos Parlamentos havemos tido depois, por mais de 18 annos - expendendo-se na mesma sentença considerações, que, por sua inexactidão, possam desviar algum incauto do ponto essencial da questão do Direito.

São menos exactos esses fundamentos; por isso que os Juizes prestaram juramento de observar, e fazer observar, a Carta Constitucional da Monarchia, e as Leis do Reino, e não podem abstrahir estas d'aquella, no cumprimento dos seus deveres, estando obrigados, por isso, a considerar, não só, se as Partes, se os processos, se as acções, tem a qualidade de legitimas, mas, outrosim, se os diplomas, ou determinações, cujas *theses* devem applicar ás *hypotheses* dos autos, tem, ou não, o cunho de Lei. Os Juizes, quando assim obram, não tem por objecto appreciar as Leis, feitas pelo Poder Legislativo, ou pelas Dictaduras, nem se arrogam supramacía sobre os outros Poderes do Estado: muito pelo contrario, mantem-se, unica e precisamente, dentro da orbita da sua propria independencia e juramento, não reconhecendo, em cada um dos processos, que tem a julgar, outros Poderes, que *incompetentemente* lhes dictem as normas. O contrario disso importaria o mesmo que subordinar a acção da justiça ao arbitrio desses Poderes; reduzir os Juizes a instrumentos cegos e doceis, para homologar somente determinações exorbitantes e inconstitucionais; tornar em fim o Poder Judiciario uma cousa muito diversa do que deve ser na realidade, pela firme, constitucional, e justa manutenção dos direitos dos cidadãos.[1]

Nota 1

Para nos firmarmos a similhante respeito em uma authoridade insuspeita, e que ninguem poderá accusar como dominada por idéas exaltadas, citaremos Mr. Dupin, e as suas noções elementares sobre a Justiça, o Direito, e as Leis, leccionadas ao Duque de Chartres. Ahi, no §19, tractando da interpretação das Leis, estabelece, como cousa certa, em these: que a Lei Fundamental conserva todas as outras na sua dependencia: que, no conflicto entre estas Leis e a Carta, se deve preferencia á mesma Carta, como Lei Rainha, a Mãe de todas as Leis. Depois, citando as palavras de Chateau-

briand «La Charte est plus «forte que nous: quiconque voudra la détruire sera détruit par elle» nota, que a predicção do nobre Visconde se verificara em 1830, pela expulsão de Carlos X, e processo de seus Ministros. Nota mais, que, na Constituição do anno 8.º, se havia estabelecido o meio legal de tirar os Juizes da difficuldade, authorisando-se o recurso ao Senado, dito conservador, e que era só na presença deste meio regular, que o Tribunal de Cassação havia decidido, que o não uso desse recurso fazia nascer a presumpção legal, de que o acto não tinha o vicio da inconstitucionalidade. Mas que, não existindo este meio regular, ou qualquer outro equivalente, e sendo ordenado ao Juiz de julgar, sem que possa eximir-se, a pretexto de silencio, obscuridade, ou insufficiencia da Lei, deve regular-se pelos seguintes principios geraes de Direito: 1.º, Um Ministro não pode, por suas determinações pessoaes, derogar as Leis, que é encarregado somente de fazer executar. 2.º, Pela mesma rasão, as Leis não podem ser derogadas por Decretos, que devem somente assegurar a marcha d'aquellas. 3.º, As Leis mesmas, feitas por Legisladores, que juraram obediencia á Constituição do Estado, não podem derogar esta. Depois accrescenta, que os Juizes, regulando-se por estes principios, não podem ser censurados, ou qualificados de desobedientes, por isso que obedecem á Carta, como Lei mais poderosa e mais clara; nem se erigem em Legisladores, porque limitam o seu officio a pronunciar sobre uma questão de Direito, manifestando que o acto não é applicavel á hypothese, que lhes é submettida para julgamento. «Non videtur judex contra constitutiones pronuntiasse, si existimavit causam per eas non juvari» - L. 32ff. de judic.

É assim, progride este abalisado Jurisconsulto, que os Tribunaes, sem se arrogar o poder de annullar as determinações (posturas) das Authoridades administrativas, poderiam deixar de applicar as penas, que estas estabelecessem, quando incompetentes e exorbitantes. Este exemplo é tirado de Henryon de Pensey, ultima edição do seu tractado sobre competencia dos Juizes de Paz. Em conclusão, diz, que o Juiz, em taes casos, não deve hesitar, um só momento, em preferir a Lei constitucional. «Les Juges qui auraient à opter entre la Charte et une ordonnance, décision ou arrêté qui y aurait incompétemment dérogé, ne doivent point balancer á préférer la loi constitutionelle». O mesmo distincto Mestre de Direito nos faz a honra de citar, em apoio desta sua doutrina, a Procuração outhorgada pelos Eleitores portuguezes aos Deputados eleitos em 1826, para cumprirem as suas funções – «na conformidade e dentro dos limites, que prescreve a Carta «Constitucional, dada e decretada pelo Sr. D. Pedro IV, em 29 de Abril de 1826, sem que possam derogar ou alterar algum dos seus «artigos; e nos obrigamos a cumprir e ter por valido tudo o que os «ditos Deputados assim fizerem, dentro dos referidos limites».

Nos mesmos termos, e com a mesma restricção, foi ordenada a Procuração aos eleitores para os Deputados eleitos em 1834, por Decreto de 3 de Junho; para os de 1836, por Decreto de 4 de Junho; para os de 1842, por

Decreto de 5 de Março; e seguintes, quando segundo a Carta. Podemos accrescentar, que o mesmo Augusto Dador da Carta reconheceu, que um dos caracteres distinctivos dos corpos independentes, constituidos no Estado, era o de poderem oppôr resistencia legal, não cumprindo determinações exorbitantes ou incompetentes.

Assim foi consignado, muito expressamente, em relação á Junta do Credito Publico, no Decreto de 16 de Maio de 1832, tit. 3, art. 6. Enão deverão praticar o mesmo os Juizes, quando, alem do caracter da independencia, teem o de constituir um dos Poderes do Estado?

Por tanto, cumpre abordar de frente a questão da constitucionalidade do Decreto de 9 de Agosto de 1833, e não a declinar com rasões, que não temos, nem por exactas, nem por conformes á dignidade e independencia da Magistratura Judicial Portugueza […]".

F.A.F. Silva Ferrão, *Tratado sobre direitos e encargos da serenissima Casa de Bragança*, Lisboa: Imprensa de J. J. Andrade e Silva, 1852, 249-253 (nota 1, 253-255).

ANEXO II

A firma autora Levi & C.ª requereu, nos termos do decreto de 29 de maio ultimo, que o reu José Mendes fosse citado para, no praso de dez dias, pagar a quantia de 89$070 réis, proveniente de generos que lhe vendeu a credito, sob pena de ser condenado em conformidade com o art. 4º do mesmo decreto, não impugnando o pedido no referido prazo. «O reu foi citado pessoalmente, mas nao deduziu qualquer impugnação. «O que tudo visto, e «Atendendo a que a Carta Constitucional, no artigo 119.º impõe aos juizes o dever de aplicar a lei; «Atendendo a que as leis que regulam o processo para a cobrança das dividas comerciaes, como é pedido nesta acção, são o codigo comercial, nos art. 1.°, 57.° e outros, e o codigo do processo civil nos art.os 394.° e seguintes e outros; «Atendendo a que o citado decreto de 29 de maio ultimo, emanado do poder executivo, não tem força de lei, visto ser da exclusiva atribuição da Côrtes, conforme o preceituado no § 6.° do artigo 15.° da Carta Constitucional fazer leis, interpreta-las, suspende las e revoga-las, e com a observancia das formalidades prescritas nos art.os 45.º e 62.° da mesma Carta; «Atendendo a que não é das atribuições do poder executivo fazer leis, mas sim expedir decretos, instruções e regulamentos adequados á boa execução das leis, conforme determina o § 12º do art. 75.° da Carta Constitucional; «Atendendo a que, segundo preceitua o § 33.° do artigo 145.º da Carta Coustitucional, não é licito aos poderes constituídos suspender a Constituição, no que respeita aos direitos individuaes, senão nos casos e circunstancias especificadas no § seguinte; «Atendendo a que, em harmonia com o exposto e com os princípios consignados nos artigos 9.º e 16º do Codigo Civil, os juizes têem, não

só o direito, mas até a obrigação de apreciar e discutir os actos do poder executivo, não para os anular, modificar ou censurar, mas para averiguar se para a hipótese a decidir têem força de lei;

Atendendo a que, sendo principio estabelecido no § 1.º do citado art. 145 que ninguem póde ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da lei;

Atendendo a que a Carta Constitucional expressamente decretou a independencia do poder judicial nos artigos 118.° e 145.º § 11.º; «Atendendo a que em taes condições o citado decreto de 29 de maio ultimo nao podia revogar ou suspender o Codigo do Processo Comercial e o Codigo do Processo Civil, que são as leis vigentes que regulam os termos do processo das acções comerciaes; «Atendendo a que a doutrina exposta tem-sido adotada por distintos juizes, como os srs. conselheiros Joaquim Bernardo Soares (Rev. dos Trib. anno 14, pag. 202) e Navarro de Paiva (Dita 27, pag. 81) — Furtado d'Antas (Dita 27, pag. 250) — Rocha Martins (Rev. dos Trib., 13, pag. 238) — srs. Adriano Carlos Vaz Pinto (Rev. de Leg., 27, pag. 248) — Nogueira Souto, Braga de Oliveira (Rev. dos Trib., 13, pag. 332 e ib, pag. 381) e outros, e por vários jornaes de jurisprudência como a Rev. de Leg. e Jurisp., 27, pag. 248, Gaz. da Rei. de Lisboa, 20, pag. 705 e outros, e em varias decisões dos tribunaes c por eminentes jurisconsultos citados nesta Gazeta;

«Atendendo, portanto, a que na hipotese que se discute, houve emprego de processo especial para caso em que a lei o não admite, o que constitue nulidade insuprível, conforme determina o art. 130.° n.° 5 do Codigo do Processo Civil. «Atendendo a que os tribunaes podem conhecer das nulidades insupríveis sem dependencia de reclamação dos interessados, segundo o disposto no art. 131.° § unico do Codigo do Processo Civil: «Pelos fundamentos expostos e, em conformidade com o determinado no § do art. 129 do Codigo do Processo Civil, anulo todo o processo, excétuando documento de fl. 3, e condemno a firma autora nas custas e selos. «Lisboa, julho de 1907.— (a.) Abel de Matos Abreu»

Fonte: "O franquismo no tribunais", *Resistencia – Orgão do Partido Republicano de Coimbra*, 13.º Anno n.º 1224, Domingo, 14 de julho de 1907.

RESUMO: No âmbito das comemorações dos 50 anos de Abril, publica-se a primeira parte de uma conferência sobre justiça constitucional. Partindo da sua caraterização material, distingue-se entre o tradicional controlo político e o controlo judicial da constitucionalidade quer seja na esteira do modelo norte-americano *(judicial review)* quer do sistema austríaco. Na Constituição republicana de 1911 acolheu-se expressamente a solução dos EUA, mas já no século XIX não era desconhecida a questão do controlo judicial quer no plano doutrinal quer no plano judicial.

PALAVRAS-CHAVE: *Justiça constitucional; controlo da constitucionalidade; constitucionalismo monárquico; Revolução de Abril*

Constitutional Justice, Before and After April:
I – Introduction and History Until 1974

ABSTRACT: As part of the celebrations marking the 50th anniversary of the April Revolution, the first part of a conference on constitutional justice is being published. Based on its material characterisation, a distinction is made between the traditional political review and the judicial constitutional review, whether following the American model (judicial review) or the Austrian system. The 1911 Republican Constitution expressly adopted the US solution, but the issue of judicial review was already known in the 19th century in doctrinal and judicial circles.

KEYWORDS: *constitutional justice; constitutional review; monarchical constitutionalism; April Revolution*

25 DE ABRIL: PALAVRAS DERRUBADAS E CONQUISTADAS NA JUSTIÇA CRIMINAL

Maria João Antunes*

1. Palavras do Estado Novo

Os mandamentos basilares do Estado Novo, assim designado pelos partidários do regime político saído de 28 de maio de 1926, foram sintetizados num Decálogo — *Decálogo do Estado Novo* –, com o empenhamento de António Ferro, jornalista e político, que foi uma das personagens centrais da propaganda do novo regime, nomeadamente durante o período (1933-1950) em que assumiu a chefia do *Secretariado Nacional de Informação* (SNI).

Segundo o 10.º mandamento "Os inimigos do ESTADO NOVO são inimigos da Nação. Ao serviço da Nação — isto é: da ordem, do interesse comum e da justiça para todos — pode e deve ser usada a força, que realiza, neste caso, a legítima defesa da Pátria". Os "Inimigos da Nação, esses inimigos do Estado Novo e todos os que surjam ou possam surgir — têm de ser dominados sem dó nem piedade. É o interesse comum que o reclama. É a justiça para todos que o pede — justiça também para os criminosos, portanto! E é a ordem estabelecida, assegurada, pronta a dar os seus melhores frutos — que impõe o castigo dos que atentem contra ela. Trata-se, como se vê, da legítima defesa da Pátria — em face

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID 0000-0002-3103-9202.

das investidas dos traidores e dos internacionalistas. E neste sentido, o emprego da força aparece-nos como um direito incontestável. Mais: como um flagrantíssimo dever".

De acordo com o *Decálogo*, a Força, preconizada e apoiada, "não é a Força como fim". É antes "a Força como meio — como garantia da execução da obra iniciada. A Força condicionada pela Razão — neste caso a Razão Nacional", pelo que era inevitável que a ditadura usasse "daquela força inteligente que mal pode chamar-se violência porque é natural, benéfica e salutar". "Essa Razão Nacional encontra as suas diretrizes na doutrina da restauração portuguesa", pelo que "o melhor processo de «administrar a violência» é colocar a Força (…) sob a orientação de uma Razão Nacional que sempre a guie, esclareça e ordene".

Em que é que se manifestou a utilização da *Força*, orientada pela *Razão Nacional,* contra os traidores, os *inimigos da Nação*, os *inimigos do Estado Novo*, para a *legítima defesa da Pátria*, *da ordem* e *do interesse comum*. Manifestou-se, nomeadamente, em palavras que foram derrubadas em 25 de Abril de 1974: crimes políticos, prisão política, degredo, PIDE, tortura, tribunais plenários, entre outras.

O emprego dessa *Força* manifestou-se, concretamente, em novas incriminações, na previsão de determinado tipo de sanções penais, na criação da polícia política, na tramitação processual penal, nos métodos de prova utilizados, na previsão de tribunais de competência especializada, na existência de colónias penais e na criação de prisões especiais.

Em 1933, o Decreto-lei n.º 23 203, de 6 de novembro, é apontado como o primeiro diploma que sistematiza a repressão dos inimigos, dos traidores, ao tipificar o crime de rebelião e outros como, por exemplo, "a propaganda, incitamento ou qualquer meio de provocação à disciplina social e à subversão violenta das instituições e princípios fundamentais da sociedade", bem como a mera apologia desses comportamentos (artigos 1.º e 2.º); ao prever a pena de desterro, com cumprimento de prisão no local do desterro e pagamento de multa (artigo 3.º); ao deferir a competência de julgamento a um tribunal militar especial, com sede em Lisboa (artigo 13.º); ao determinar o cumprimento da pena de prisão em prisões especiais ou em prisões comuns, mas em quartos distintos e o cumprimento da pena de desterro em recinto fortificado ou colónia penal estabelecida em uma ilha das colónias, exclusivamente destinada a

tal fim, à escolha do governo (artigo 11.º)[2]; e ao prever que o governo, por deliberação tomada em Conselho de Ministros, possa proibir a residência em território nacional a todos aqueles cuja presença julgue inconveniente à segurança das instituições e ordem pública (artigo 45.º). No mesmo ano, no dia 29 de agosto de 1933, por via do Decreto-lei n.º 22 992, já havia sido criada a *Polícia de Vigilância e Defesa do Estado*, a cuja secção de defesa política e social competia especialmente a prevenção e repressão contra os crimes de natureza política e social.

Em 1945, o emprego da *Força* aprimora-se, por via da criação de tribunais plenários, que substituíram o tribunal militar especial e por via dos poderes da PIDE, a polícia política que sucedeu à *Polícia de Vigilância e Defesa do Estado* e que antecedeu a DGS (*Direção Geral de Segurança*).

O plenário do tribunal criminal era presidido por um juiz da Relação nomeado pelo Ministro da Justiça (artigo 5.º), com competência para julgar, entre outros, todos os crimes contra a segurança exterior e interior do Estado e os crimes de imprensa. Pode e deve dizer-se, que passou a haver doravante, mais precisamente a partir do Decreto-lei n.º 35 044, de 20 de outubro, "uma total corresponsabilização da magistratura judicial comum na aplicação da justiça política"[3].

Por via do Decreto-lei n.º 35 046, de 22 de outubro, foi criada a nova polícia política — a *Polícia Internacional e de Defesa do Estado* (PIDE) — com competência para a instrução preparatória de processos por crimes políticos (crimes contra a segurança interior e exterior do Estado), sem qualquer controlo senão o ministerial; para impor e manter a prisão preventiva, com controlo exclusivo do Ministro do Interior; e para determinar medidas de segurança provisórias, relativamente aos crimes de natureza política - medidas privativas da liberdade, sem culpa formada e sucessivamente renováveis.

Em 1956, por via do Decreto-lei n.º 40 550, de 12 de março, estendeu-se a aplicação de medidas de segurança aos *inimigos da Nação*, algo a que só o Decreto-lei n.º 450/72, de 14 de novembro, viria a pôr termo na denominada "primavera marcelista". A partir de 1956, a medida de

[2] O Tarrafal, a colónia penal na ilha de Santiago, Cabo Verde, viria a ser criada em 1936 pelo Decreto-Lei 26 539, de 23 de abril.

[3] Cf. José António BARREIROS, "Criminalização política e defesa do Estado", *Análise Social* 18/72-73-74 (1982) 826.

segurança de internamento era aplicada quando houvesse o perigo de cometimento de atos subversivos, pelo tempo que durasse a inimizade à Nação, inimizade que se confundia com a perigosidade, e ainda que improcedesse a acusação pela prática de crime contra a segurança do Estado. Considerava-se atividade subversiva *fundar associações ou agrupamentos de carácter comunista ou que tivessem por fim a prática de crimes contra a segurança exterior do Estado ou que utilizassem o terrorismo como meio de atuação.* Bem como a atividade de quem *aderisse a tais associações ou agrupamentos, com eles colaborasse ou seguisse as suas instruções, ou facilitasse conscientemente as referidas atividades subversivas, fornecendo locais para reuniões, subsidiando-as ou permitindo a sua propaganda* (artigos 7.º e 8.º).

Em geral, o Estado Novo distinguiu-se pela *policialização*, *administrativização* e *governamentalização* do processo penal e, consequentemente, pela desvalorização da função estadual de proteção dos direitos fundamentais dos visados. Foram dados poderes de instrução processual às Polícias, as quais podiam impor e manter a prisão preventiva, com controlo exclusivamente governamental. Ao Ministério Público foram dadas funções instrutórias materialmente judiciais, quando se tratava de magistratura em relação hierárquica com o Ministro da Justiça, perante quem tomava posse o Procurador-Geral da República. A governamentalização da justiça penal passava ainda pela gestão da carreira da magistratura judicial, da competência do Ministro da Justiça, e pela competência do governo para escolher o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.

O Estado Novo distinguiu-se também por legitimar qualquer método de prova que fizesse falar o preso e calar os traidores, os *inimigos da Nação*. Os métodos de prova da polícia política eram sempre utilizados de forma combinada, tendo em atenção a personalidade do preso e sempre com controlo médico — a tortura era usada até ao limite da condição física do torturado. O regime não queria arriscar a repercussão de mortes em prisões políticas.

Além dos espancamentos com matracas e cavalos marinhos, legitimava os "interrogatórios contínuos" dos presos políticos. Interrogatórios contínuos, porque o método utilizado para o preso falar era a tortura do sono, a tortura da estátua, além da tortura da incomunicabilidade[4]. Para Álvaro Cunhal, a incomunicabilidade "era a

[4] O Instituto Jurídico e a secção de Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de

pior das torturas", funcionava como um "silencioso, mas implacável demolidor da resistência moral do preso"[5]. Os presos políticos *aprendiam fisicamente a solidão. Era terrível essa manhã sem manhã,* testemunha Manuel Alegre. *Era terrível acordar nessa estreita paisagem com sete passos de comprimento por sete de largura, tão hostil, tão dolorosa como as regiões dos pesadelos. Porque acordar era ter a certeza de que a realidade não desmentiria o pesadelo*[6].

A partir do início dos anos sessenta, tais métodos de prova foram também usados em relação a mulheres, que foram torturadas e humilhadas. Em *Gente Comum. Uma história na Pide*, Aurora Rodrigues, presa em 1973, quando era estudante de Direito, testemunha que esteve 16 dias seguidos sem dormir; que foi espancada; que a fizeram permanecer em pé na posição de Cristo, encostada a uma parede; que a fizeram ficar em pé em cima de uma cadeira; que os pides fizeram dela o alvo de uma competição de escarros ao alvo; que dois pides a atiraram de um para o outro como se fosse uma bola; que as pides lhe mergulhavam a cara num lavatório cheio de água até quase deixar de respirar (apenas porque confessou, um dia, a uma "pide boa", que tinha pânico da água).

2. Palavras derrubadas e conquistadas

As palavras até agora destacadas foram derrubadas pelo Programa do Movimento das Forças Armadas Portuguesas — *Programa do MFA* — pelas leis que foram imediatamente publicadas a seguir ao dia 25 de abril de 1974 e pela Constituição da República Portuguesa de 1976. Simultaneamente outras palavras foram conquistadas.

Dos princípios expressos no *Programa do MFA*, divulgado na manhã de 26 de abril de 1974, cujo texto autêntico foi transcrito em anexo à Lei n.º 3/74, de 14 de maio, e dela faz parte integrante, decorreram medidas imediatas e de curto prazo. A mudança impunha como urgentes medidas como

Direito da Universidade de Coimbra colheram testemunhos de presos políticos, dos seus advogados e dos seus familiares *Antes da Democracia*, disponíveis em <https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes-1/>.

[5] Cf. Irene Pimentel, "As torturas da PIDE. A propósito do relatório sobre as torturas da CIA", *Jugular* [blog], 2014 (10/12).

[6] Cf. "Rosas vermelhas", *Praça da Canção*, 1965.

a amnistia imediata de todos os presos políticos e a reintegração voluntária dos servidores do Estado destituídos por motivos políticos; a abolição da censura e do exame prévio; e a extinção imediata da DGS. A mudança impunha medidas de curto prazo, como a promoção imediata: da liberdade de reunião e de associação, permitindo-se a formação de «associações políticas», possíveis embriões de futuros partidos políticos, e garantindo-se a liberdade sindical, de acordo com lei especial a regular o seu exercício; da liberdade de expressão e pensamento sob qualquer forma; e de um novo regime quanto aos crimes cometidos contra o Estado, com instrução por juízes de direito e julgamento em tribunais ordinários, com todas as garantias de defesa e com averiguações cometidas à Polícia Judiciária.

Entre as leis que foram imediatamente publicadas, destacamos o Decreto-Lei n.º 171/74, de 25 de abril, por via do qual foi extinta, logo *no primeiro dia do resto da nossa vida em Democracia*, a DGS, deferindo-se à Polícia Judiciária a competência quanto a crimes contra a segurança interior e exterior do Estado. No dia seguinte, por via do Decreto-Lei n.º 173/74, foram amnistiados os crimes políticos. Em 14 de maio, por via da Lei n.º 3/74, foi decretado que "as funções jurisdicionais serão exercidas exclusivamente por tribunais integrados no Poder Judicial e que não é permitida a existência de tribunais com competência específica para o julgamento de crimes contra a segurança do Estado" (artigo 18.º, n.ºs 1 e 2). Em 12 de junho, por via do Decreto-Lei n.º 251/74, foi facultado a todos os cidadãos portugueses, independentemente do seu sexo, o acesso aos cargos judiciários ou do Ministério Público e aos quadros dos funcionários de justiça.

Mais tarde, em 26 de fevereiro de 1975, o Decreto-Lei n.º 85-C/75 promulgou a que viria a ser a primeira *Lei de Imprensa*, que exprimiu, nos seus objetivos bem como na sua formulação, a realidade política que se vivia então em Portugal. O processo democrático em curso não podia ser concebido sem liberdade de expressão do pensamento pela imprensa — a liberdade que, como as demais, foi devolvida ao povo português pela vitória histórica de 25 de abril. A primeira lei de imprensa estabeleceu, por um lado, que aos crimes de abuso de liberdade de imprensa é aplicável a legislação penal comum (artigo 25.º) e, por outro, que as penas por esses crimes serão sempre aplicadas pelo tribunal ordinário de jurisdição comum (artigo 36.º). Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de novembro, alterou o Código de Processo Penal, com o objetivo

da dignificação do processo penal em todas as fases, e instituiu o júri, instituição que se impunha como postulado da ordem democrática instaurada pelo *Movimento das Forças Armadas*. "Na verdade, só os regimes totalitários poderão recear a intervenção dos representantes do povo, base e alicerce de toda a ordem democrática, no julgamento dos arguidos"[7]. Esta realidade dos países democráticos, já havia sido conhecida da legislação penal portuguesa, mas foi afastada em 1927.

A Assembleia Constituinte, eleita em (e com) liberdade em 25 de abril de 1975, reuniu em sessão plenária no dia 2 de abril de 1976 e aprovou e decretou a Constituição da República Portuguesa. Entre as normas constitucionais então aprovadas e decretadas há um número muito significativo delas que se referem à justiça penal, onde se destacam, nomeadamente, as seguintes: a extensão do princípio da legalidade criminal às medidas de segurança privativas da liberdade, o que ainda hoje nos singulariza perante países que, além de não inserirem o princípio da legalidade entre os direitos fundamentais, continuam a circunscrever o princípio às penas; a proibição de medidas de segurança privativas da liberdade com carácter perpétuo, de duração ilimitada ou indefinida; a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; a proibição de qualquer tipo ou forma de censura, no exercício do direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio; a submissão das infrações cometidas no exercício desse direito ao regime de punição da lei geral, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais; a garantia da liberdade de imprensa; a proibição da existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes; o julgamento pelo júri de crimes graves, quando a acusação ou a defesa o requeiram; a configuração do Ministério Público como magistratura hierarquizada com estatuto próprio; a imposição constitucional de criminalizar atividades delituosas contra a economia nacional (artigo 88.º).

[7] Cf. *Exposição de motivos*, ponto 4.

3. Liberdade

As palavras derrubadas (por exemplo, inimigos da Nação, crimes políticos, censura, degredo, PIDE, tortura, tribunais plenários, prisões políticas) e as palavras conquistadas em 25 de abril de 1974 (por exemplo, liberdade de reunião e de associação, liberdade de expressão e pensamento sob qualquer forma, proibições de prova, juíza, júri) têm uma matriz comum — a liberdade.

Um dia Mário Soares terá dito que, *a liberdade é uma flor delicada que deve ser cuidadosamente protegida das agressões que a espreitam a todo o momento. Não podemos esquecer. Perdoar, sim, podemos — com generosidade e tolerância; mas não esquecer: para que o passado não regresse, inusitadamente, insidioso e quando menos o esperamos.*

RESUMO: Para que o passado não regresse, destacam-se traços essenciais da justiça criminal do Estado Novo: incriminações de natureza política, determinado tipo de sanções penais (por exemplo, o desterro), institucionalização da polícia política, policialização, administrativização e governamentalização do processo penal, admissibilidade de métodos de prova como a incomunicabilidade e a tortura, previsão de tribunais de competência especializada (tribunais plenários) e criação de colónias penais e de prisões especiais. Para que as palavras derrubadas não regressem, salientam-se algumas das mais importantes que foram conquistadas em 25 de abril de 1974, na sequência do *Movimento das Forças Armadas*, das primeiras leis que foram publicadas e da Constituição de 1976: liberdade de reunião e de associação, liberdade de expressão e de pensamento, tribunais ordinários, proibições de prova, juíza e júri.

PALAVRAS-CHAVE: *Liberdade; polícia política; repressão política; tortura; tribunais plenários*

April 25 — Words Overturned and Conquered in Criminal Justice

ABSTRACT: In order to prevent the past from returning, we highlight the essential features of the Estado Novo's criminal justice system: political incriminations, certain types of criminal sanctions (for example, banishment), the institutionalisation of the political police, the policing, administrativisation and governmentalisation of criminal proceedings, the admissibility of methods of proof such as incommunicado detention and torture, the provision for specialised courts (plenary courts) and the creation of penal colonies and special prisons. So that the words that were overturned don't come back, we would like to highlight some of the most important ones that were won on April 25, 1974, following the Armed Forces Movement, the first laws that were published and the 1976 Constitution: freedom of assembly and association, freedom of expression and thought, ordinary courts, prohibitions on evidence, judge and jury.

KEYWORDS: *Freedom; political police; political repression; torture; plenary courts*

CONSTITUIÇÃO DE 1976 E DIREITO ADMINISTRATIVO

Pedro Costa Gonçalves [*]

I. Constituição e Direito Administrativo

1. Na Lei Fundamental repousam os princípios jurídicos que enformam diretamente o Direito Administrativo e que moldam as leis em que o mesmo se corporiza. Num sistema jurídico em que a Constituição goza de primazia, revela-se impossível a desligação entre Direito Constitucional e Direito Administrativo[1]. Assim se compreende o que, há mais de cem anos, escreveu Guimarães Pedrosa: "o direito constitucional é em muitos pontos base directa do direito administrativo"[2].

2. A ideia de que a Constituição consagra os *fundamentos* ou as *bases* do Direito Administrativo não tem o sentido de afirmar uma precedência necessária e universal do Constituição em relação ao Direito Administrativo (entendido este como um sistema constituído por normas infraconstitucionais). Para além de nem todas as normas que a Constituição acolhe serem propriamente anteriores ao sistema de normas de Direito

[*] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID 0000-0001-9317-6416.

[1] Nestes termos, cf. L. Heuschling, "The complex relationship between administrative and constitutional law (a comparative and historical analysis)", in Bogdandy / Huber / Cassese, *The Administrative State*, Oxford University Press, 2017, 495 e ss. (515).

[2] Cf. Guimarães Pedrosa, *Curso de Ciência da Administração e de Direito Administrativo*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 1908, 148.

Administrativo, deve ainda ter-se presente o facto de, em geral, a Constituição *aceitar* algumas premissas fundamentais de um sistema administrativo já instituído em termos práticos e em operação muito antes dela. Pode até falar-se, neste sentido, de um fenómeno de "administrativização do direito constitucional"[3] ou do direito constitucional como um "Direito Administrativo abstraído[4], conceitos que sinalizam a absorção no plano jurídico-constitucional de figuras, institutos e princípios que operam e estão sedimentados ao nível do Direito Administrativo[5].

3. Sem prejuízo destes elementos de um processo *bottom-up* (de transição do Direito Administrativo para o direito constitucional), "dal basso verso l'alto"[6], é indiscutível que o Direito Administrativo, entendido como compacto ou sistema normativo infraconstitucional, se vem construindo, desenvolvendo e progredindo com fundamento ou com base na Constituição e no direito constitucional. Afigura-se, pois, correto, aludir a fundamentos ou a bases constitucionais do Direito Administrativo[7].

---

[3] Cf. Georges Vedel, "Preface", in Bernard Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, lgdj, 1999, 7, onde o Autor observa que os materiais de base do direito público francês — o regime do poder público, do serviço público, hierarquia das normas, responsabilidade pública, princípios gerais do direito — são preexistentes aos textos constitucionais.

[4] Cf. J. Dietlein, "Verfassungsrecht als abstrahiertes Verwaltungsrecht?, Die Gesetzgebungszuständigkeit für das Spielhallenrecht in und nach der Föderalismusreform", in *Festschrift für H. Bethge*, Dunker & Humblot, 2009, 3-16.

[5] Cf. F. Wollenschläger, "Constitutionalisation and deconstitutionalisation of administrative law in view of Europeanisation and emancipation", *Review of European Administrative Law* (2017/1) 7, acentuando o facto de, em sentido inverso à hierarquia das normas, o Direito Administrativo "impactar" no direito constitucional (34).

[6] Cf. E. D'Orlando, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione (contributo allo studio dei fenomeni di convergenza tra ordinamenti nello spazio guridico europeo),* Pádua: Cedam, 2013, 54.

[7] Referindo-se às bases constitucionais do Direito Administrativo, cf. Charles Eisenmann, "La théorie des 'bases constitutionnelles du droit administratif'", *Revue du Droit Public* (1972) 1345 e ss.; S. Cassese, "Le basi costituzionali", *Tratatto di diritto amministrativo (diritto amministrativo generale)*, Tomo i, Giuffrè, 2003, 173; L. Ortega, "L'evoluzione delle basi costituzionali del diritto amministrativo", in M. D'Alberti, *Le nuove mete del diritto amministrativo,* Il Mulino, 2010, 143; P. Delvolvé, 'L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif', *Revue Française de Droit Administratif*, 2014, 1211.

Na parte em que se reportam a estes fundamentos, às normas do Direito Administrativo não se coloca tanto uma exigência de conformidade com a Constituição, mas antes, com frequência ou em regra, um processo de dinamização, de concretização e de desenvolvimento de valores e de ideais constitucionais. Precisamente neste contexto, alude-se à constitucionalização do Direito Administrativo[8], ao carácter constitucional do Direito Administrativo [9], à conceção deste como um "direito constitucional concretizado"[10]. Na mesma linha, no direito norte-americano, diz-se que o Direito Administrativo é, em parte, imposto e, em parte, inspirado pelo direito constitucional[11]. Para indicar esta penetração constitucional no *corpus* do Direito Administrativo, alguma doutrina emprega o conceito de "Direito Administrativo Constitucional"[12].

4. Pode, assim, dizer-se que entre a Constituição (direito constitucional) e o Direito Administrativo, existem relações de duplo sentido: por um lado,

[8] Cf. V. Cerulli Irelli, "L'amministrazione e il potere politico (principi e problemi)", *in* V. Cerulli Irelli / D. Colarossi, *L'amministrazione e il potere político (ordinamenti a confronto)*, Giappichelli, 2018, 4; S. Cassese, "La costituzionalizzazione del diritto amministrativo", in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, 2016, 501; L. Parejo Alfonso, *Transformación y reforma? del derecho administrativo en España*, INAP, 2012, 185; Wollenschläger, "Constitutionalisation and deconstitutionalisation", *passim*, que defende que a ideia de constitucionalização do Direito Administrativo deve ser relativizada por força dos processos de "europeização" e do que designa por "emancipação" do Direito Administrativo.

[9] Cf. T. Ginsburg, "Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law", in Rose-Ackerman / Lindseth, *Comparative administrative law*, Edward Elgar, 2010, 17.

[10] Foi essa a fórmula usada em 1959 por Fritz Werner, 'Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, 527. Sobre o direito administrativo como concretização do direito constitucional e também do direito da União Europeia, cf. *S. Eisenmenger,* "Ist Verwaltungsrecht konkretisiertes Verfassungs- und Unionsrecht? — Eine Formel auf dem verwaltungsrechtswissenschaftlichen Prüfstand", *Die Öffentliche Verwaltung* (2025/4) 144.

[11] Cf. G. E. Metzger, "Ordinary administrative law as constitutional common law", *Columbia Law Review* 110 (2010) 487-490.

[12] Em Espanha, o conceito dá título a um manual de Direito Administrativo — cf. J. Rodríguez-Arana Muñoz, "Introducción al derecho administrativo constitucional", *Derecho administrativo español*, tomo I, Netbiblo, 2008; *passim* –, tendo sido utilizado por Meilán Gil nas suas aulas. O conceito de "direito administrativo constitucional"

de impacto do Direito Administrativo no direito constitucional[13] e, por outro lado, de uma influência do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional[14]. Esta referência a um processo de interação e de influenciação mútua não pretende questionar a dimensão, juridicamente mais significativa, do movimento *top-down*: repetindo as palavras de Gomes Canotilho, não se suscitam dúvidas de que os princípios do Estado de direito (proporcionalidade, não retroatividade, confiança, segurança) e os princípios constitucionais da administração (legalidade, imparcialidade, justiça) forçaram a reconstrução do direito administrativo à luz do direito constitucional[15].

5. Conhecidos excertos de obras de Otto Mayer ("o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece"[16]) e de Alexis de To-

tem uma aplicação adequada em sistemas jurídicos, como o norte-americano, em razão do âmbito limitado do texto constitucional, facto que leva a doutrina a considerar que as leis de Direito Administrativo desempenham funções jurídico-constitucionais quando a constituição escrita tem pouca ou nenhuma aplicação — neste sentido, cf. E. S. Bremer, "The unwritten administrative constitution", *Florida Law Review* 66 (2014) 1215, dando assim origem a uma "constituição fora da constituição" (cf. E. A. Young, "The constitution outside the constitution", *The Yale Law Journal* 117 [2007] 408).

[13] Exemplos disso na Constituição portuguesa encontram-se na consagração constitucional *(i)* do princípio da boa-fé na revisão constitucional de 1997, positivado no Código do Procedimento Administrativo desde 1996, *(ii)* da permissão, também aditada na revisão de 1997, para a criação de entidades administrativas independentes, as quais vinham sendo criadas ao longo da década de 1990 ou ainda *(iii)* da referência, introduzida em 1997, às entidades privadas que exercem poderes públicos, fenómeno da organização administrativa desde muito antes disso.

[14] Cf. Heuschling, "The complex relationship between administrative and constitutional law", 511. Entre a Constituição e a Administração, existe, pois, "una reciprocità per cui l'una modella l'altra": cf. Ugo Allegretti, *L'amministrazione dall' attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, 2009, 2. No sentido de que entre constituição e Direito Administrativo há movimentos de baixo para cima ("dal basso verso l'alto") e de cima para baixo ("dal alto verso il basso"), cf. D'Orlando, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione,* 54, 277.

[15] Cf. J. J. Gomes Canotilho, "O direito constitucional passa, o direito administrativo passa também", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares,* Coimbra Editora, 2002, 706.

[16] A frase surgiu no prefácio à 3.ª edição do *Deutsches Verwaltungsrecht*, de 1924 (reimpressão: Duncker & Humblot, 2004); tratava-se de uma fórmula irónica (até provocativa), para explicar que, apesar de, em 1919, se ter fundado na Alemanha uma nova ordem constitucional (com o fim da monarquia e instauração da República de Weimar),

cqueville ("depois de 89, a constituição administrativa continuou de pé no meio da ruína das constituições políticas"[17]) assinalam a ideia de uma rápida descontinuação do direito constitucional, em confronto com a estabilidade e a continuidade do Direito Administrativo. É verdade que, em momentos revolucionários e de rutura constitucional, o Direito Administrativo, pela sua grande proximidade da vida real e por regular uma organização complexa, com processos de ação consolidados e com práticas rotinadas, não tem agilidade para responder de forma imediata e enérgica.

6. A referência a uma dicotomia Constituição e Direito Administrativo subentende este como um *direito infraconstitucional*. Na verdade, a compreensão da Constituição como um fator de influenciação do Direito Administrativo coloca-a fora do universo do Direito Administrativo. E assim é, naturalmente. As normas da Constituição pertencem ao direito constitucional e, muitas delas, influenciam e, mais do que isso, determinam *externamente* o conteúdo das normas — infraconstitucionais, na maior parte dos casos, normas legais — de Direito Administrativo, bem como de outros setores do ordenamento jurídico ("constitucionalização da ordem jurídica"[18]). Trata-se, fundamentalmente, de normas destinadas ao legislador, que é, em regra, o ator responsável pela dinamização e pela concretização das opções constitucionais. Todavia, há na Constituição normas que se dirigem *diretamente* à Administração Pública, quer, marginalmente, para autorizar a sua ação, quer, em maior número, para a limitar ou condicionar. Neste âmbito, podemos falar de um "Direito Constitucional Administrativo", que identifica o elenco de normas de direito constitucional sobre questões jurídico-administrativas.

nada de importante tinha acontecido, desde então, ao nível das estruturas administrativas.

[17] Cf. Alexis de Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution* (1856), Les Éditions Gallimard, 1952, 243.

[18] Cf. G. F. Schuppert / Ch. Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Nomos 2000.

II. Constituição da Administração Pública

7. No plano das relações entre a Constituição e o Direito Administrativo, importa assinalar as normas constitucionais relacionadas com a Administração Pública, desde logo aquelas que se lhe dirigirem diretamente e que são o resultado de a Administração Pública deter uma posição constitucional[19]. De modo a abrangê-las todas, as que se dirigem diretamente, bem como aquelas que, não se lhe dirigindo, se referem à Administração ou, de qualquer modo, a atingem, utilizamos os conceitos de "Constituição da Administração Pública" (por referência direta à epígrafe do Título IX da CRP) ou "Constituição Administrativa"[20].

8. A Constituição de 1976 assume opções decisivas e fundantes quanto à definição das missões e à estrutura da Administração Pública, num processo que se pode designar "constitucionalização da Administração Pública"[21]; por outro lado, consagra direitos fundamentais dos cidadãos administrados. Num plano diferente, a Constituição contém normas que definem parâmetros e critérios de regulação da ação administrativa. Mas, antes de desenvolvermos esses pontos, a nossa análise da "Constituição da Administração Pública" inicia-se pela referência ao facto de ser na Constituição que se estabelecem os fundamentos jurídicos da subordinação da Administração Pública ao poder político e ao direito, aqui se incluindo a subordinação à lei e aos tribunais: estas talvez sejam as determinantes jurídicas fundamentais da inserção da Administração Pública portuguesa num sistema administrativo fiel à "rule of law" e à democracia[22].

---

[19] Neste sentido, CASSESE, "La costituzionalizzazione del diritto amministrativo", 503.

[20] Sobre a "constituição administrativa", cf. Vital MOREIRA, "Constituição e Direito Administrativo (a Constituição Administrativa Portuguesa)", in *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra Editora, 1998, 1141.

[21] Neste sentido, por relação à constituição italiana, cf. V. Cerulli IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Giappichelli, 2019, 1.

[22] Nesses termos em relação ao sistema alemão, cf. M. SACHS, "Verfassungsrechtliche Determinanten der öffentlichen Verwaltung in Deutschland", *Juridica International* 21 (2014) 58.

II.1 *Subordinação da Administração Pública ao poder político e ao direito*

9. A Administração Pública participa no exercício do poder político. A recondução do poder que ela exerce ao seu titular originário — "o poder político pertence ao povo": artigo 108.º — determina a subordinação democrática da Administração Pública e a atribuição da responsabilidade da sua direção ou orientação a indivíduos democraticamente legitimados titulares dos órgãos do poder político democrático. Assim se explica o princípio da subordinação da Administração estadual direta e indireta ao Governo, que, por sua vez, responde perante a Assembleia da República: artigo 199.º, alínea *d)*. A Administração autónoma territorial dispõe de legitimidade democrática própria e direta (artigos 235.º, n.º 2, e 239.º, n.º 2); por seu lado, a Administração autónoma corporativa só é constitucionalmente admitida na medida em que disponha de legitimidade democrática (artigo 267.º, n.º 4). O modelo clássico de subordinação da Administração Pública ao poder político democrático não está presente no caso das entidades administrativas independentes, mas a existência destas entidades encontra-se credenciada pela Constituição (cf. artigo 267.º, n.º 3).

10. Observam Gomes Canotilho e Vital Moreia que, "pelo seu enquadramento sistemático, a Constituição procurou autonomizar a *administração* relativamente a *governo*, evitando tratá-la … como uma simples dimensão da função de governo (artigo 199.º)". Contudo, acrescentam, a delimitação entre administração e governo "é um problema que permanece em aberto".

Sem se discordar aqui da ideia essencial da autonomia conceptual da Administração e da função administrativa em face da função de governo, não retiramos, contudo, da Constituição a ilação que autorizada doutrina italiana extrai da *Costituzione*, no sentido de considerar que esta define a posição da Administração como uma realidade autónoma em relação ao Governo, filiando nessa autonomia a *separação estrutural* entre política ou função de direção política e Administração[23]. Com efeito, a

[23] Cf. Cerulli Irelli, "L'amministrazione e il potere politico", 6, 21; Cassese, "La costituzionalizzazione", 501 (sobre a distinção entre executivo e administração).

Constituição portuguesa não impõe qualquer separação institucional ou descontinuidade entre Governo e Administração Pública[24]: pelo contrário, nela afirma-se claramente que o Governo "é o órgão superior da Administração Pública" (artigo 182.º) e que cabe ao Governo dirigir e superintender a administração estadual e exercer a tutela sobre a administração autónoma [artigo 199.º, alínea d)]. Diremos, por isso, que a regra que se extrai da Constituição é a da continuidade entre Política e Administração e de dependência e da Administração em relação ao Governo e, por via deste, ao poder político.

11. A subordinação da Administração Pública ao direito está consagrada, desde logo, na afirmação do primado da Constituição, que exige o respeito pelo que nela se dispõe a todos os atos de todas as entidades públicas: cf. artigo 3.º, n.º 3. Por outro lado, um dos princípios cardinais do Direito Administrativo, o princípio da legalidade ou de sujeição da Administração Pública à lei, também está proclamado no texto constitucional: no artigo 3.º, n.º 2, quando estabelece que o Estado "se funda na legalidade democrática", e, no n.º 1 do artigo 266.º, ao determinar que a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, bem como no n.º 2, ao estabelecer expressamente que os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei. Em especial, quanto aos regulamentos administrativos, o artigo 112.º, n.º 7, consagra um princípio da precedência de lei.

A regra da subordinação da Administração ao direito, à Constituição e à lei corresponde, pois, a uma exigência constitucional. Por força desta exigência, a ação administrativa fica sujeita a um "princípio de competência" e, portanto, a uma determinação externa das finalidades que a Administração deve prosseguir. A competência administrativa é

[24] Isto, sem prejuízo de se poder identificar uma "distinção" entre Política e Administração, a qual está até pressuposta na própria ideia de subordinação da Administração Pública ao Governo; ainda assim, e como observa D'Orlando, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione,* 189, em relação ao direito italiano, não há uma cisão completa e nítida entre competências dos políticos (Governo) e competências da Administração, até porque as primeiras incidem fortemente sobre as segundas. Já nesses termos, veja-se o nosso texto «Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da "New Public Governance"», in Pedro Costa Gonçalves, coord., *O Governo da Administração Pública,* Coimbra: Almedina, 2013, 7.

fundada na lei (incluindo o decreto-lei) e em regulamento. Contudo, cada vez com maior intensidade, a Administração recebe diretamente competências do direito da União Europeia.

12. Em aplicação do princípio geral da tutela jurisdicional efetiva (cf. artigo 20.º), o artigo 268.º, n.º 4, estabelece que "é garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos"; daí decorre o princípio da subordinação da Administração Pública aos tribunais ou princípio da justiciabilidade da ação administrativa[25] — em regra, nas questões de Direito Administrativo, temos a subordinação da Administração Pública aos tribunais administrativos: cf. artigos 209.º, n.º 1, alínea *b)*, quanto à autonomia da categoria dos tribunais administrativos, e 212.º, n.º 3, quanto à competência destes ("compete aos tribunais administrativos … o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas …").

13. Em síntese, é na Constituição que se definem os elementos fundamentais para a compreensão da posição da Administração Pública dentro do Estado e nas suas relações com os outros poderes.

II.2 *Elenco de missões da Administração Pública*

14. A prossecução do interesse público constitui, mais do que a finalidade, a razão de ser da Administração Pública. A Constituição assinala, enfaticamente, essa vinculação necessária da Administração: "a Administração Pública visa a prossecução do interesse público", diz o artigo 266.º, n.º 1; por sua vez, o artigo 269.º, n.º 1, indica que, "no exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público".

[25] Sobre este princípio, cf. F. Saitta, "Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa", in M. Renna / F. Saitta, *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012, 225.

15. Mas a Lei Fundamental não se limita a referenciar o "interesse público" como o fim e o critério necessário da ação da Administração, devolvendo à lei a incumbência de o concretizar e especificar. Com efeito, na Constituição vamos encontrar plasmados os fundamentos iniciais e as responsabilidades de ação do Estado e definidas algumas das missões principais do Estado Administrativo, ou seja, das missões públicas cujo desempenho vai ser da responsabilidade da Administração Pública. Entre outras, nas normas que definem as tarefas fundamentais do Estado (artigo 9.º), que consagram direitos fundamentais dos cidadãos (saúde, educação, cultura, ambiente, habitação, urbanismo, proteção dos consumidores), que procedem à indicação das incumbências prioritárias do Estado no âmbito económico e social (artigo 81.º), que determinam o auxílio do Estado (artigo 97.º) ou que definem a função de polícia (artigo 272.º), a Constituição delineia missões típicas do Estado Administrativo, que reclamam uma intervenção de natureza administrativa ou executiva, e que constituem, portanto, missões da Administração Pública. A essas podemos acrescentar, da mesma natureza, a norma que estabelece que as autarquias locais visam a prossecução dos interesses próprios das populações respetivas (artigo 235.º, n.º 2). Em geral, as normas constitucionais referidas acolhem sobretudo diretrizes para o legislador, suscitando assim a intervenção do Direito Administrativo (legal), mas as opções decisivas sobre o sentido destas normas são adotadas pela Constituição.

II.3 *Delineação da arquitetura da Administração Pública*

16. A Constituição consagra os princípios fundamentais em matéria de organização da Administração Pública: entre outros, é isto que ocorre com os princípios da desconcentração e da descentralização, da aproximação dos serviços às populações, da admissibilidade de entidades administrativas independentes (artigo 267.º), da autonomia das autarquias locais (artigos 6.º e 235.º e ss.), da centralidade do Governo no sistema administrativo [artigos 182.º e 199.º, alínea *d)*]. O mesmo se diga a respeito da abertura constitucional à criação de entidades administrativas independentes (artigo 267.º, n.º 3) ou ainda à assunção constitucional da possibilidade de particulares serem investidos de poderes públicos (artigo 267.º, n.º 6)[26].

[26] Sobre o enquadramento constitucional da delegação de poderes públicos em

II.4 *Fundamento da ação administrativa*

17. Apesar dos desvios que conhece, que aliás têm vindo a aumentar, mantém-se ainda válida a ideia segundo a qual a ação da Administração Pública se baseia essencialmente na lei, em atos legislativos ou, ainda, em normas editadas ao abrigo de habilitação legal[27]. Neste aspeto, como um fundamento da ação administrativa, a importância da Constituição para a Administração Pública decorre em primeira linha da sua influência sobre o legislador, que se projeta, sobretudo, na modelação e configuração do Direito Administrativo.

18. Mas a Constituição também contém normas que se dirigem ou, talvez melhor, que atingem *diretamente* a Administração Pública. Em alguns casos, raros, acolhe normas de competência, que autorizam a Administração a atuar. Eis o que sucede com as normas que se referem à competência administrativa do Governo; veja-se o artigo 199.º que define as competências do Governo em matéria administrativa: embora se trate, em alguns casos, de competências a exercer no quadro de uma lei, também ali encontramos *autorizações diretas* para o exercício de funções administrativas, como a de "fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis" [alínea *c)*]; o preceito atribui ainda ao Governo a competência para "praticar todos os atos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades coletivas" [alínea *g)*]. Além do Governo, também as autarquias locais beneficiam de permissões constitucionais diretas de ação administrativa: eis o que sucede com o artigo 241.º, quanto ao exercício do poder regulamentar.

---

entidades privadas, veja-se a nossa obra *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Almedina, 2005, 932.

[27] Os desvios referem-se ao facto, a que já se aludiu, de as competências administrativas poderem fundar-se diretamente em normas de Direito da União Europeia (que serão, portanto, normas de competência).

II.5 *Critério de direção da ação administrativa*

19. Juridicamente bem mais significativo do que o efeito de autorizar a ação administrativa é o facto de a Constituição dever ser entendida como critério de direção ou de orientação da ação e, em especial, da decisão administrativa.

Assim, em zonas de autonomia da Administração, em que a lei define aberturas para escolhas e opções administrativas — "espaços de autonomia" –, a Administração deve considerar-se investida da responsabilidade fundamental de se orientar no sentido de desenvolver, de dinamizar e de implementar a Constituição e os valores constitucionais ("constitutional enforcement") e de, em concreto, adotar as medidas que se mostrem mais adequadas para a proteção desses valores. A Administração tem, pois, acesso à Constituição e, sempre que se justifique, deverá mobilizar as normas constitucionais nas suas ponderações, bem como pautar as suas escolhas pelos valores constitucionais ou de acordo com uma metódica constitucionalmente informada de concordância prática entre valores constitucionais[28].

20. Neste domínio, em que se assinala o facto de as normas constitucionais surgirem como critérios de orientação da ação e da decisão administrativa, ocupam um lugar de destaque as normas sobre direitos fundamentais. Nos termos do artigo 18.º, n.º 1, "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas" e, portanto, as entidades da Administração Pública. A vinculação administrativa às normas que consagram direitos, liberdades e garantias opera *diretamente* sobretudo nos casos em que a Administração exerce a sua atividade em espaços de *autonomia*, por ex., quando edita regulamentos independentes, elabora planos ou exerce poderes de decisão discricionária. Nestes casos, apesar de a sua atuação se encontrar legitimada e balizada por lei, as normas consti-

[28] Veja-se o Parecer do CC-PGR n.º 10/2017, a respeito da captação e gravação de som por forças de segurança através da utilização de sistemas de videovigilância em espaços públicos; ali se escreve que a "exigência de ponderações sobre valores em colisão tem de ser atendida pela administração em vários momentos, nomeadamente em campos em que a superação do lastro de automatismos acríticos, exige o reconhecimento de específicas responsabilidades decisórias".

tucionais em matéria de direitos, liberdades e garantias vinculam-na diretamente, o que vai projetar-se, por ex., nos termos e no modo como a Administração interpreta e aplica a lei[29]. Embora o campo de eleição da vinculação por direitos fundamentais seja o da esfera da discricionaridade da Administração, não se exclui a possibilidade de aquela vinculação operar fora destes domínios, impondo, em casos excecionais, que a Administração adote "decisões contra a lei" ou que faça ponderações em cenários em que a lei reclama um automatismo da sua ação.

21. Por outro lado, no primeiro artigo inserido no Título IX, dedicado à Administração Pública, a Constituição consagra "princípios fundamentais", definindo, assim, *medidas* ou *diretivas* para a atividade administrativa[30]: princípio da prossecução do interesse público "no" respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigo 266.º, n.º 1); princípio da subordinação da Administração à Constituição e à lei; princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (artigo 266.º, n.º 2); veja-se ainda o artigo 272.º, n.º 2, que prescreve que as medidas de polícia não devem ser utilizadas para além do estritamente necessário (reiteração do princípio da proporcionalidade, agora em matéria de polícia).

Por força desta constitucionalização, o dever de respeitar e de "cumprir" tais princípios constitui também uma imposição direta e imediata da Constituição. Não obstante, a força jurídica — a normatividade, o carácter prescritivo — desses princípios não existe por causa da sua consagração na Constituição: reside nos próprios princípios, e decorre, em geral, de estes representarem derivações ou concretizações de valores fundamentais como o estado de direito, a justiça ou a proibição do arbítrio[31]. Neste sentido, a decisão da Administração discriminatória ou desproporcional não é, de uma forma imediata, uma decisão inconstitucional, mas, sim, uma *decisão ilegal* (em sentido amplo), porque proferida

[29] Nestes termos, cf. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976,* Coimbra: Almedina, 2019, 221.

[30] Cf. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* vol. II, 795.

[31] No sentido de que a referência constitucional atribui maior força aos princípios de direito administrativo, cf. CASSESE, "La costituzionalizzazione del diritto amministrativo", 517.

em violação do princípio da igualdade ou da proporcionalidade; o parâmetro imediatamente violado é, em si mesmo, o "princípio enquanto norma jurídica" e não o preceito constitucional que exige o respeito do mesmo. Não obstante, o facto de se ter operado a respetiva constitucionalização, reforça, desde logo no plano simbólico, o valor jurídico dos princípios normativos indicados.

II.6 *Consagração do estatuto do cidadão administrado*

22. Em plano diferente dos anteriores, mas ainda evidentemente reconduzido à "Constituição da Administração Pública", cabe observar que é no texto constitucional que se delineiam as bases fundamentais do estatuto jurídico do cidadão administrado ("cidadão em relação com a Administração Pública"[32]) ou da "cidadania administrativa"[33]; em especial, nela se consagram duas categorias de direitos fundamentais dos cidadãos: *os direitos perante a Administração* e os *direitos de proteção contra a Administração*. Além disso, ou até antes disso, a Constituição estabelece, no artigo 266., n.º 1, que a Administração Pública tem um dever geral de respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos: a prossecução do interesse público, que tem de estar sempre presente na ação administrativa, não pode realizar-se de qualquer modo, designadamente, não pode fazer-se sem a devida ponderação dos direitos dos cidadãos, quando estejam em pauta ações que colidam com tais direitos.

[32] Sobre o conceito de administrado — que a CRP utiliza nos artigos 165.º, n.º 1, alínea *s)*, e 268.º, epígrafe e n.º 4 — a sua consideração como uma "lenda do direito administrativo" (francês), cf. C. MORIO, *L'administré (essai sur une légende du droit administratif)*, Paris: LGDJ, 2021.

[33] Sobre o conceito de cidadania administrativa, veja-se, entre nós, Paulo Otero, *Manual de Direito Administrativo,* Coimbra: Almedina, 2013, 323; cf. ainda V. CHAMPEIL-DESPLATS, "La citoyenneté administrative", *in* P. GONOD / F. MELLERAY / Ph. YOLKA, *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, 2011, T. 2, 397; R. CAVALLO PERIN, "La configurazione della citadinanza amministrativa", *Diritto Amministrativo*, (2004/1) 201.

II.6.1 *Direitos perante a Administração Pública*

23. Aqui temos, em primeiro lugar, os *direitos a prestações*, ao fornecimento de bens e de serviços no contexto do Estado Social, como o direito à saúde, direito à educação, direito à segurança social.

Trata-se de direitos concretizados pelo legislador, mas que se reconduzem a posições jurídicas subjetivas radicadas na Constituição e cuja realização efetiva se faz através do Estado Administrativo; este é, na verdade, uma peça insubstituível no processo de realização do princípio da socialidade e dos direitos sociais dos cidadãos: tem intervenção decisiva, quer na produção direta de serviços e utilidades a que os cidadãos têm direito, quer na garantia de que esses serviços e utilidades são produzidos em condições acessíveis e universais.

24. Nos processos de realização dos direitos sociais, a Administração pode intervir diretamente, com a sua logística, no fornecimento de bens e na prestação de serviços — no quadro de uma *responsabilidade operativa ou executiva* — ou, indiretamente, através da delegação em entidades terceiras (empresas privadas, organismos da economia social) da produção e da prestação de serviços, assumindo, então, uma *responsabilidade de garantia*.

25. A este grupo, dos direitos perante a Administração, também se reconduzem os direitos de proteção através de ações da Administração, como sucede, em geral, com o direito à proteção da Administração em face de ofensas ou agressões de terceiros a direitos fundamentais (no âmbito da atividade de polícia)

26. A Constituição consagra os seguintes direitos e garantias dos cidadãos perante a Administração Pública (direitos dos cidadãos que, em geral, correspondem a deveres da Administração Pública):

i) Direito à informação procedimental: artigo 268.º, n.º 1;
ii) Direito de acesso aos documentos administrativos: artigo 268.º, n.º 2;
iii) Direito à notificação dos atos administrativos: artigo 268.º, n.º 3;
iv) Garantia da fundamentação de atos administrativos: artigo 268.º, n.º 3;

v) Garantia de participação na formação de decisões: artigos 267.º, n.º 5;
vi) Direito de defesa e audiência em processos sancionatórios: artigos 32.º, n.º 10, e 269.º, n.º 3;
vii) Direito de petição: artigo 52.º, n.º 1.

A legislação ordinária regulamenta e define o sentido de cada um destes direitos.

II.6.2 *Direitos de proteção contra ações ou omissões da Administração Pública*

27. Além da positivação de direitos subjetivos em face da Administração Pública, a Constituição consagra também direitos e garantias de proteção dos cidadãos contra ou em face da Administração Pública, seja das suas ações ou omissões. Surgem assim os seguintes direitos:

i) Direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva contra todos os atos da Administração e todas as formas de ação ou de omissão administrativa que comportem lesão de direitos (artigo 268.º, n.ºs 4, 5 e 6), incluindo o direito de ação popular (artigo 52.º, n.º 3), bem como o direito a procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias pessoais (artigo 20.º, n.º 5).
ii) Garantia institucional de responsabilização civil da Administração Pública por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções de que resulte a violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízos: artigo 22.º.
iii) Direito de resistência a ordens da Administração que ofendam direitos, liberdades e garantias: artigo 21.º.
iv) Direito de queixa ao Provedor de Justiça: artigo 23.º.

RESUMO: Analisam-se as inter-relações entre a Constituição de 1976 e o Direito Administrativo, bem como as determinantes constitucionais da configuração e das missões da Administração Pública e da delineação do estatuto do cidadão administrado.

PALAVRAS-CHAVE: *Constituição de 1976; Direito Administrativo; Administração Pública*

1976 Constitution and Administrative Law

ABSTRACT: The interrelations between the 1976 Constitution and Administrative Law are examined, as well as the constitutional influence on the configuration and missions of the Public Administration and on the delineation of the legal status of citizens in their relationship with the Public Administration.

KEYWORDS: *1976 Constitution; Administrative Law; Public Administration*

O 25 DE ABRIL E O DIREITO DA ECONOMIA

Paulo Mota Pinto*

1. Introdução

A celebração dos cinquenta anos do 25 de Abril de 1974 constitui um momento singular na história constitucional, política e económica portuguesa. Não apenas pela *distância temporal* que permite à investigação científica uma avaliação mais serena, como também pela importância que aquele evento teve na *reconstrução dos fundamentos jurídicos do Estado*, na redefinição dos equilíbrios institucionais e na transformação estrutural da economia portuguesa. A Faculdade de Direito, lugar privilegiado de reflexão crítica sobre as grandes mutações normativas, não poderia deixar de assinalar esta data, tanto mais que o direito da economia se revelou um dos campos onde a rutura revolucionária foi mais intensa, rápida e abrangente.

A necessidade desta comemoração no espaço jurídico universitário justifica-se, pois, porque o 25 de Abril foi também um *fenómeno jurídico*, produtor de normatividade, alterador de sistemas, transformador das formas de produção e da distribuição do poder económico, que deixou consequências de longo prazo – e nem todas foram positivas. A história constitucional e económica do período pós-revolucionário não é certamente inteligível sem a análise da densa produção legislativa de 1974 a 1976, das conceções teóricas

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID 0000-0002-8072-7853.

Texto da conferência proferida em 23 de abril de 2974 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em sessão comemorativa dos 50 anos do 25 de abril. Manteve-se o estilo coloquial e não foram aditadas quaisquer referências bibliográficas.

que lhe subjazem, das tensões entre diferentes projetos de sociedade que exprimem e dos modos de legitimação jurídica de medidas de emergência.

A distância histórica de meio século permite hoje observar com clareza que o processo revolucionário português constituiu uma experiência de *reconfiguração económica* através da lei. Pode mesmo dizer-se que nunca, desde 1910, se tinha registrado um *volume tão intenso e concentrado num curto período de tempo* de decretos, portarias, resoluções ministeriais e despachos governamentais com os objetivos de, em poucos meses, demolir o edifício corporativo do Estado Novo, abrir as portas à liberdade sindical, abolir o condicionamento industrial, intervir ou legitimar a intervenção na gestão de empresas privadas, nacionalizar bancos, seguros e vastos setores estratégicos da economia, reformar o arrendamento urbano e rural, expropriar prédios rústicos e criar unidades coletivas de produção no âmbito da reforma agrária.

Essa verdadeira *torrente normativa* não estava em muitos aspetos logo prevista nos primeiros documentos do Movimento das Forças Armadas, designadamente no seu Programa, documento fundador que define como objetivos imediatos a democratização política, a justiça social e uma nova política económica orientada para o povo português, com destaque para o combate à inflação, a defesa das classes trabalhadoras e a adoção de uma estratégia antimonopolista. Se a leitura do Programa do MFA constitui uma chave para compreender os objetivos iniciais, a sua coerência interna foi frequentemente tensionada por forças políticas divergentes no interior do processo revolucionário.

Centramo-nos no *direito da economia*, que é aqui visto como território autónomo, situado na confluência entre o direito público e o direito privado, mas dotado de especificidade própria: a ordenação jurídica das relações entre Estado e agentes privados na esfera económica, em contexto de mutação institucional. A sua evolução neste período não segue um modelo linear. Pelo contrário, evidencia *fases distintas*, desde a legislação de *emergência pós-revolucionária* até ao período das *nacionalizações* em bloco, culminando na *constitucionalização do modelo económico* em 1976 e, posteriormente, nas disputas em torno da *irreversibilidade das nacionalizações* e da eventual *abertura de setores à iniciativa privada*.

A relevância jurídica do 25 de Abril no domínio económico não reside apenas no *volume* normativo produzido, mas na sua *natureza*: decretos-leis que modificaram radicalmente as estruturas de propriedade e ges-

tão; resoluções que suspenderam administradores e impuseram comissões administrativas; normas que instituíram o controlo de preços; diplomas que extinguiram o sistema corporativo; leis que fundaram empresas públicas e reconfiguraram a arquitetura financeira do país; portarias que expropriaram milhares de hectares de terra; e, finalmente, na sequência das eleições e dos trabalhos da Assembleia Constituinte, a Constituição de 1976, que consagrou na sua versão originária uma profunda *intervenção do Estado na economia*, bem como a irreversibilidade das nacionalizações.

Ao analisar este conjunto, não pretendo formular juízos de valor de carácter político, mas revisitar e interpretar juridicamente os fundamentos, a racionalidade interna, a legitimidade normativa e as consequências práticas da *legislação económica revolucionária*, articulando-a com o que se pode designar por *cultura jurídica* da época e com os grandes debates que atravessaram a doutrina portuguesa.

Começo por proceder ao enquadramento conceptual do direito da economia e à sua delimitação, adotando uma perspetiva histórica e dogmática compatível com o estudo sistemático do período em causa.

2. Delimitação — O direito da economia

A delimitação do *direito da economia* tem sido, desde meados do século XX, objeto de controvérsia doutrinária. Trata-se de um campo jurídico que não coincide inteiramente com o direito público nem com o direito privado, mas que se situa num *plano intermédio*, regulando as formas de *organização, direção e intervenção do Estado na vida económica*, bem como os *modos jurídicos de coordenação dos agentes privados* que nela operam. Depois do 25 de abril, tais matérias assumiram especial relevância, porque o Estado português atuou como *agente económico*, regulador, proprietário, planificador e garante do funcionamento dos mercados, impondo uma necessidade renovada de clarificação dogmática.

As *conceções amplas* de direito económico identificam-no com todo o *conjunto de normas que regulam atividades económicas*. Contudo, esta amplitude gera um fenómeno de *dissolução conceptual*: o direito económico passaria a abarcar tudo, desde o direito fiscal ao direito comercial, do direito do trabalho ao direito do consumo, perdendo coerência interna e capacidade analítica. Por isso, a doutrina evoluiu para *conceções restritas* que pro-

curam um *critério* unificador: a finalidade das normas, o tipo de relações jurídicas reguladas ou o papel do Estado na economia.

Alguns autores, sobretudo de formação privatística, aproximaram o direito económico do *direito dos negócios* ("droit des affaires"), sublinhando a necessidade de regular juridicamente a *atividade empresarial*, os *contratos* específicos da economia moderna — tais como *engineering*, *factoring*, *franchising*, *leasing* —, bem como a *concorrência* e a *cooperação entre empresas*. Esta visão privilegia a *empresa* como núcleo organizador da vida económica e, nessa medida, aproxima o direito económico do *direito comercial*, visto como "direito das empresas ou à volta das empresas".

O *direito comercial* tradicional caracterizou-se, porém, por uma estrutura dogmática centrada no comerciante, nos atos de comércio, nos títulos de crédito e nas sociedades comerciais. A sua lógica interna é a da autonomia privada e da liberdade contratual no âmbito da economia de mercado. Já o *direito da economia*, particularmente após 1974, não se limitava às relações entre comerciantes nem se esgotava na regulamentação das formas de organização empresarial. Intervinha na própria *conformação dos mercados*, na definição das *condições de acesso a setores de atividade*, na *planificação económica*, no *controlo de preços*, na fixação de *salários mínimos*, na *intervenção* e *nacionalização* de empresas e na estatização de setores considerados estratégicos. Assim, embora o direito da economia dialogue com o direito comercial, ultrapassa-o estruturalmente, porque regula não apenas a atividade empresarial, mas o que poderíamos dizer ser a própria *arquitetura do sistema económico*.

Também importa distinguir o direito da economia do *direito do consumidor*. Este último surge, já desde a década de 1960 e inícios de 70 do século XX, como resposta jurídica à desigualdade estrutural entre *consumidores*, por um lado, e *profissionais* (designadamente produtores ou distribuidores), por outro lado. Centrou-se na transparência, na informação, na qualidade dos bens e serviços, na prevenção de cláusulas abusivas e na segurança dos produtos. É um *direito protetivo*, centrado na *tutela de uma parte vulnerável* perante a outra nas relações económicas, num contexto de reforço da regulação microeconómica e de defesa da concorrência. Já o *direito da economia*, tal como se estruturou entre 1974 e 1976, não se ocupa primariamente da proteção da parte mais fraca, mas da organização macroeconómica, da estruturação de setores, da propriedade dos meios de produção, da articulação entre Estado e agentes privados, da

distribuição do rendimento nacional e do equilíbrio entre forças económicas. Embora ambos os ramos jurídicos lidem com fenómenos económicos e se articulem com políticas públicas, o direito do consumidor atua no plano das *relações individuais*, enquanto o direito da economia incide sobre a *configuração jurídica do próprio sistema* de produção e circulação de bens.

Na época revolucionária, estes três domínios — direito económico, direito comercial e direito do consumo — encontravam-se num estado de *tensão* e *redefinição*. O *direito comercial*, marcado pela herança codificada e corporativa do Estado Novo, foi parcialmente ultrapassado pela emergência de normas económicas públicas que interferiam diretamente na autonomia privada, e veio depois a desenvolver-se sobretudo – também por influência europeia – na área do direito das sociedades, do direito dos valores mobiliários e do direito dos contratos comerciais. O *direito do consumidor*, ainda incipiente em Portugal antes de 1974, começava a ganhar expressão conceptual, mas não desempenhou ainda um papel estruturante na reforma económica revolucionária. O direito da economia, pelo contrário, tornou-se *eixo central* da transformação normativa, a qual regulou preços, salários, arrendamento, organização da produção, nacionalizações, intervenção do Estado em empresas privadas, reforma agrária, criação de empresas públicas e delimitação de setores reservados.

A definição que melhor captura este complexo campo jurídico, e que orienta esta conferência, é, a nosso ver, a que encara o direito da economia como a *ordenação jurídica das relações entre entes públicos e entre estes e os sujeitos privados na esfera económica*. Tal noção revelou-se particularmente adequada ao período pós-25 de Abril, em que o Estado passou a desempenhar um papel determinante na reorganização económica, ora enquanto titular de propriedade, ora como regulador, ora como gestor provisório ou definitivo de empresas privadas. Trata-se, neste aspeto, de *direito público da economia*, de um direito que não nasce para descrever o mercado, mas para o moldar, que não se limita a regular operadores, mas a criar e transformar setores, que não se reduz a balizar condutas, mas a definir objetivos macroeconómicos.

A partir desta delimitação, torna-se possível analisar, nas partes seguintes, a produção legislativa revolucionária, tentando articular sempre uma explicação com a enumeração precisa, em texto corrido, dos diplomas legais mais relevantes para cada aspeto da transformação económica portuguesa nesse período.

3. Os propósitos imediatos do MFA e a primeira legislação económica do pós-25 de Abril

a) Enquadramento

A interpretação das primeiras medidas económicas tomadas após o 25 de Abril de 1974 exige regressar ao *documento programático* que enquadrou politicamente toda a ação normativa inicial: o *Programa do Movimento das Forças Armadas*. Apesar de não ter sido um texto constitucional formal, pode dizer-se que funcionou como constituição material transitória, legitimando o exercício do poder governativo e orientando a produção legislativa de emergência. Ora, esse Programa articulava de forma expressa a democratização política com a *transformação económica*, assumindo que a liberdade política carecia de sustentação material e que a reconstrução da economia portuguesa seria condição necessária para consolidar o novo regime democrático.

O MFA declarou como objetivos imediatos a adoção de uma *nova política económica* ao serviço do povo português, com foco na *luta contra a inflação*, no *combate ao aumento do custo de vida* e na implementação de uma *estratégia antimonopolista*. Simultaneamente, previu a necessidade de uma nova política social orientada para a *defesa das classes trabalhadoras* e para a *melhoria rápida da qualidade de vida*. A articulação entre política económica e social justificou a adoção de *medidas de emergência* muito rápidas, também tornadas necessárias pela natural insegurança dos períodos de rutura política, e que foram destinadas a estabilizar o sistema bancário, a impedir a fuga de capitais, a controlar preços e a garantir o abastecimento essencial.

A economia portuguesa encontrava-se, em abril de 1974, fragilizada por pressões inflacionistas (decorrentes já do choque da crise petrolífera de 1973), dependência financeira externa, atraso tecnológico e forte concentração da atividade bancária e seguradora. Acrescia a esta realidade o peso do *sistema corporativo* do Estado Novo, que condicionava a liberdade sindical, restringia a autonomia das empresas, limitava o acesso a setores económicos e mantinha mecanismos de controle administra-

tivo desajustados ao desenvolvimento económico contemporâneo. Neste contexto, as primeiras medidas aprovadas pelas autoridades revolucionárias não tiveram ainda a natureza estrutural que marcaria 1975, visaram antes *travar o colapso* financeiro e assegurar *condições mínimas* de governabilidade durante a transição política.

Os primeiros *governos provisórios* — legitimados politicamente pelo MFA — atuaram sobretudo através de decretos-leis. A Assembleia Nacional e a Câmara Corporativa haviam sido extintas de imediato, e a Assembleia Constituinte (à qual, aliás, viria a competir apenas a elaboração da Constituição da República) ainda não fora eleita. A produção normativa executiva tornou-se, assim, o único meio eficaz de reorganizar a economia.

As *medidas iniciais* de controlo de câmbios, limitação de levantamentos bancários, regulação da aceitação do cheque, congelamento de preços e dissolução progressiva das estruturas corporativas revelavam uma estratégia clara: estabilizar o sistema económico, impedir comportamentos especulativos, proteger os consumidores e preparar uma nova arquitetura económica assente na liberdade sindical e no reforço da ação regulatória do Estado. Esta *primeira legislação* — embora não constituísse ainda uma transformação estrutural — inaugurou uma mudança que seria, porém, objeto de *desvios* ao longo do processo revolucionário.

b) Os diplomas legais mais relevantes

O Programa do Movimento das Forças Armadas estabeleceu que o Governo Provisório adotaria medidas imediatas destinadas a garantir o exercício formal da ação governativa e a preparar as condições materiais para o futuro exercício efetivo da liberdade política. Com base nesse Programa, foram aprovadas normas relativas à *extinção dos órgãos legislativos* do Estado Novo e à definição da *estrutura constitucional transitória*. Assim, a Lei n.º 2/74, de 14 de maio, extinguiu a Assembleia Nacional e a Câmara Corporativa, enquanto a Lei n.º 3/74, da mesma data, definiu a estrutura constitucional que vigoraria até à entrada em vigor da nova Constituição.

A *primeira legislação económica* refletiu a urgência do momento revolucionário. O Decreto-Lei n.º 187/74, de 6 de maio, revogou o n.º 2 do artigo 3.º do Decreto n.º 551/71 relativo à importação para províncias

ultramarinas, sendo um dos primeiros sinais da necessidade de *ajuste imediato das regras do comércio externo*.

Uma das primeiras preocupações do Governo Provisório foi o *controlo de câmbios e pagamentos* e da *circulação de capitais* para o estrangeiro. O Decreto-Lei n.º 182/74, de 2 de maio, regulou o *uso do cheque* como meio de pagamento, visando impedir a saída abusiva de fundos do sistema bancário. O Decreto-Lei n.º 184/74, de 4 de maio, limitou a obrigatoriedade de aceitação de cheques aos de valor superior a quinhentos escudos. O Decreto-Lei n.º 185/74 fixou um *limite máximo semanal de dez mil escudos para levantamentos* em numerário de contas de particulares. O Decreto-Lei n.º 186/74 regulou o pagamento de letras, livranças e extratos de fatura em coerência com a nova disciplina sobre o cheque. O Decreto-Lei n.º 191/74 estabeleceu *medidas transitórias destinadas a assegurar o abastecimento* do país e a *evitar a transferência ilícita de capitais* através de faturação incorreta em operações de importação ou exportação. O Decreto-Lei n.º 218/74 aprovou providências destinadas a garantir o *funcionamento equilibrado do sistema bancário*. A Portaria n.º 505/74 determinou as *condições em que seria permitida a exportação de moeda* e outros meios de pagamento por viajantes.

No domínio dos *preços*, o Decreto-Lei n.º 329-A/74, de 10 de julho, estabeleceu os regimes a que poderiam ser submetidos os preços de bens e serviços vendidos no mercado interno. Seguiram-se portarias que fixaram *preços máximos* de bens essenciais, como a Portaria n.º 577-A/74, que fixou os preços máximos do leite e de produtos lácteos, e as Portarias n.ºs 703/74, 704/74 e 705/74, que fixaram os preços de alimentos compostos para animais, regularam o regime de comercialização do azeite e fixaram os preços máximos do azeite e de óleos comestíveis. Já em 1975, a Portaria n.º 414/75 sujeitou ao regime de preços livres a venda de mobiliário metálico; a Portaria n.º 415/75 sujeitou a venda de salsichas tipo Francfort ao regime de preços controlados; e a Portaria n.º 416/75 fixou margens de comercialização de determinados detergentes.

A *desmontagem das organizações corporativas* iniciou-se com o Decreto-Lei n.º 237/74, de 3 de junho, que exonerou os membros da Junta Central das Casas dos Pescadores e criou uma comissão administrativa. O Decreto-Lei n.º 488/74 atribuiu aos Ministérios do Trabalho e dos Assuntos Sociais os serviços dos extintos Ministérios das Corporações e da

Segurança Social; o Decreto-Lei n.º 490/74 autorizou o Ministro dos Assuntos Sociais a alterar por despacho as normas sobre as Casas do Povo; e o Decreto-Lei n.º 737/74 extinguiu as federações dessas Casas. Entre dezembro de 1974 e 1975, vários despachos ministeriais decretaram a extinção de numerosos grémios profissionais e empresariais. O Decreto n.º 804/74 extinguiu o Grémio dos Industriais de Transportes em Automóveis. O Decreto-Lei n.º 695/74 reconheceu às entidades patronais o direito de se constituírem em associações. O Decreto-Lei n.º 296/75, de 19 de junho, extinguiu definitivamente o Grémio Nacional dos Bancos e Casas Bancárias. E seguiram-se despachos que determinaram a extinção de várias entidades corporativas[1].

Esta primeira vaga legislativa marcou, portanto, a transição económica pós-revolucionária. Ao controlar a saída de capitais, limitar levantamentos, estabilizar preços, garantir o abastecimento, extinguir órgãos corporativos e iniciar a reorganização das estruturas económicas, eram lançadas as bases jurídicas da nova ordem económica. Tal foi acompanhado pelo *fim do condicionamento industrial*.

[1] 30 de dezembro de 1974: despachos do Ministério da Economia que tornaram efetivas, a partir de 31 de Dezembro de 1974, as extinções da União dos Grémios de Industriais e Exportadores de Produtos Resinosos, bem como dos grémios nela integrados, e do Grémio dos Exportadores de Madeiras, dos Grémios dos Comerciantes de Carnes de Lisboa e Porto, do Grémio dos Industriais de Arroz, Grémios dos Industriais de Panificação, do Grémio do Comércio de Exportação de Frutas, do Grémio dos Exportadores de Frutos e Produtos Hortícolas do Algarve, do Grémio dos Exportadores de Frutas e Produtos Hortícolas de S. Miguel e do Grémio dos Exportadores de Frutas e Produtos Hortícolas da Ilha da Madeira, e do Grémio dos Armazenistas e Exportadores de Azeite. 31 de dezembro de 1974: despachos do Ministério da Economia que tornaram efetiva as extinções dos Grémios dos Retalhistas de Mercearia do Norte, Centro e Sul, da Federação Nacional dos Industriais de Lanifícios e dos Grémios nela integrados, do Grémio dos Proprietários de Fragatas e Batelões do Porto de Lisboa Empresas, do Grémio dos Armazenistas de Vinhos, do Grémio do Comércio de Exportação de Vinhos, da União Vinícola Regional de Bucelas, da União Vinícola Regional de Carcavelos, da União Vinícola da Região de Moscatel de Setúbal e dos grémios nelas integrados.

O Decreto n.º 804/74, do Ministério do Equipamento Social e do Ambiente, extinguiu o Grémio dos Industriais de Transportes em Automóveis. E em 30 de outubro de 1975, despachos do Ministério das Finanças estabeleceram medidas a tomar na definitiva liquidação do Grémio Nacional dos Bancos e Casas Bancárias e sobre o destino a dar ao seu património.

4. O fim do condicionamento industrial

O condicionamento industrial constituiu, durante décadas, um dos instrumentos centrais da *intervenção económica* do Estado Novo. Criado ainda no período da Ditadura Militar, consolidou-se como *mecanismo de controlo administrativo da instalação, ampliação e funcionamento das atividades industriais*. A sua função essencial consistia em subordinar a liberdade de iniciativa económica a autorizações estatais, condicionando a abertura de novas fábricas, a transformação das existentes e a reconfiguração de setores produtivos. Tal sistema era *coerente com o modelo corporativo* que estruturava a economia portuguesa: uma economia planificada administrativamente, protegida da concorrência externa, organizada em grémios e sujeita a rígida disciplina estatal.

A história do condicionamento industrial tinha já antecedentes na Ditadura Militar, com diplomas como o Decreto n.º 19 409, de 4 de março de 1931, e a Lei n.º 1950, de 17 de maio de 1937, que estabeleceram as bases iniciais de um regime que viria a ser aperfeiçoado ao longo de décadas.

Mas o seu auge normativo ocorreu com o Decreto-Lei n.º 46666, de novembro de 1965, que consagrou o condicionamento nacional, que pretendia integrar a estrutura industrial metropolitana com os territórios ultramarinos. Esta arquitetura legislativa, já então anacrónica, sobrevivera *até ao final do Estado Novo* graças à resistência de importantes setores empresariais tradicionais e ao interesse de estruturas corporativas instaladas, que beneficiavam da limitação de concorrência e da proteção administrativa.

A partir de 1970 iniciou-se, porém, a desmobilização do sistema, com o Decreto n.º 393/70 retirando várias atividades do regime de condicionamento, e com a Lei n.º 3/72 (Lei do Fomento Industrial), posteriormente regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 75/74. À medida que Portugal se aproximava das dinâmicas internacionais de modernização industrial, o condicionamento começou a ser progressivamente questionado, quando se tornou evidente que o sistema entravava a inovação, impedia a adaptação tecnológica e bloqueava a emergência de novas empresas. O referido Decreto n.º 393/70 iniciou timidamente a desmobilização do regime ao retirar do condicionamento várias atividades indus-

triais. A Lei do Fomento Industrial ensaiou um novo modelo, posteriormente regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 75/74, surgido pouco antes da Revolução.

Todavia, a mudança era insuficiente: o condicionamento permanecia estruturalmente incompatível com uma economia moderna e com o espírito democrático que emergiria após 1974. O 25 de Abril introduziu aqui uma *rutura*. A pluralidade ideológica do período revolucionário convergia num ponto: a necessidade inequívoca de *eliminar os entraves administrativos* herdados do modelo corporativo. Se alguns setores defendiam abertamente a socialização dos meios de produção, e outros apenas a liberalização das atividades económicas, todos, porém, identificavam o condicionamento industrial como *obstáculo ao desenvolvimento*, à *liberdade económica* e ao *reordenamento produtivo*. Por isso, a sua abolição tornou-se inevitável.

A extinção do regime de condicionamento industrial representou, neste sentido, uma medida que teve algo de *paradoxal*: num período caracterizado por *forte intervenção estatal* na economia, que se iria *acentuar significativamente* com aumento do setor público e nacionalizações extensas, o Estado optou simultaneamente por *libertar a iniciativa privada* de um dos instrumentos mais pesados de controlo administrativo existentes no Estado Novo. Isto parece demonstrar que o processo revolucionário não se reduziu, pois, pelo menos no início, a um único vetor ideológico; antes combinou práticas de intervenção pública com medidas liberalizadoras, e desmontou simultaneamente estruturas corporativas e mecanismos autoritários.

A *abolição definitiva do condicionamento industrial* constituiu um marco essencial da transição económica pós-revolucionária, sinalizando a rutura com a lógica corporativa, abrindo caminho à instalação de novas unidades produtivas e facilitando a adaptação industrial às exigências de um mercado mais aberto e competitivo. O fim efetivo do condicionamento industrial ocorreu com o Decreto-Lei n.º 533/74, de 10 de outubro, que regulou em novos moldes o exercício das atividades industriais. Este diploma marcou a rutura definitiva com o sistema corporativo de controlo administrativo da indústria, permitindo um regime mais simples de acesso à atividade industrial.

5. O direito do trabalho e a emergência de um novo paradigma (1974–1975)

a) Enquadramento

A Revolução de 25 de Abril produziu também um impacto profundo no direito do trabalho. O regime corporativo anterior, que negava a liberdade sindical, se baseava na atomização dos trabalhadores, na inexistência do direito à greve e na forte dependência das relações de trabalho relativamente ao Estado, tornou-se rapidamente incompatível com os novos valores democráticos. E, sobretudo, a *pressão popular*, o *dinamismo sindical emergente* e a necessidade de responder ao *agravamento das condições sociais e económicas* aceleraram a aprovação de um conjunto de medidas que reformularam, em poucos meses, o sistema sindical português.

A primeira vaga de legislação laboral procurou responder a problemas imediatos: baixos salários, desigualdades salariais significativas, ausência de proteção dos trabalhadores em situação precária, inflação crescente e inexistência de mecanismos eficazes de negociação coletiva. Simultaneamente, estas normas refletem a programática do MFA, que exigia medidas destinadas a melhorar as condições de vida das classes trabalhadoras e a assegurar o exercício efetivo da liberdade sindical.

O Decreto-Lei n.º 217/74, de 27 de maio, estabeleceu aumentos salariais, definiu um salário mínimo de 3300 escudos e introduziu melhorias em matéria de abonos de família e pensões. Constituiu uma primeira tentativa de aproximação legislativa ao problema fundamental da *redistribuição do rendimento* nacional – embora não tivesse na sua base quaisquer aumentos de produtividade ou do desempenho da economia portuguesa. Outras medidas, sobre congelamento de salários superiores, congelamento de rendas de casa e contenção inflacionista traduziram, igualmente, uma tentativa de equilibrar as tensões sociais num período de mudança acelerada.

O reconhecimento da *greve* como direito dos trabalhadores marcou outra rutura decisiva. O Decreto-Lei n.º 392/74, de 27 de agosto, regulou o exercício do direito à greve e ao *lock-out*, rompendo com quase meio século de proibição da greve. As normas sobre despedimentos coletivos, remuneração mínima, relações coletivas de trabalho e cessação

do contrato individual revelaram uma aceleração histórica sem precedentes na modernização do direito laboral português.

A *questão sindical* tornou-se central no debate político. O Decreto-Lei n.º 215-A/75 reconheceu a Intersindical Nacional como confederação geral dos sindicatos portugueses, enquanto os Decretos-Leis n.º 215-B/75 e n.º 215-C/75 consagraram a liberdade sindical e permitiram a constituição de associações patronais. Tal decorreu, porém, no contexto de um confronto político significativo sobre a imposição da *unicidade sindical,* então defendida por algumas forças políticas mais à esquerda. A supressão definitiva da unicidade sindical corporativa abriu, porém, caminho à *pluralidade* de organização dos trabalhadores, transformando o panorama social português.

Ao contrário do que sucedeu com o condicionamento industrial, cuja abolição representou a eliminação de um instrumento administrativo autoritário, no direito laboral as medidas acabaram por caminhar no sentido do reconhecimento de direitos fundamentais e de uma ampliação substancial da participação dos trabalhadores na economia e na vida social.

b) Diplomas legais mais relevantes

Numa enumeração não exaustiva, e meramente descritiva, recorda-se que o Decreto-Lei n.º 217/74, de 27 de maio, adotou logo um conjunto de disposições destinadas a melhorar as condições salariais e sociais das classes trabalhadoras. Este diploma fixou uma remuneração mensal mínima de 3300 escudos, aumentou o abono de família para 240 escudos por filho, elevou pensões de invalidez e velhice para níveis correspondentes a cinquenta por cento da remuneração mínima e instituiu a pensão social para pessoas não abrangidas pelos regimes de previdência. Previu igualmente o congelamento de preços e rendas, bem como a revisão futura das estruturas salariais.

O Decreto-Lei n.º 301/74, de 12 de julho, prorrogou o prazo para aprovação das leis sobre organizações sindicais, associações patronais, greve e *lock-out*, e manteve o *congelamento de remunerações superiores a 7500 escudos*, bem como o *congelamento das rendas* urbanas.

O Decreto-Lei n.º 347/74, de 30 de julho, manteve essas medidas de *congelamento salarial* e de *rendas*. O Decreto-Lei n.º 392/74, de 27 de agosto, regulou o exercício do direito à greve e ao *lock-out*, consagrando

formalmente direitos que antes estavam proibidos. A Portaria n.º 541/74, de 30 de agosto, mobilizou a empresa Transportes Aéreos Portugueses, concessionária de serviço público.

O Decreto-Lei n.º 783/74, de 31 de dezembro, definiu normas relativas aos *despedimentos coletivos*. Em 1975, o Decreto-Lei n.º 294/75, de 16 de junho, garantiu uma *remuneração mínima de 4000 escudos* aos trabalhadores da função pública; o Decreto-Lei n.º 292/75, da mesma data, garantiu igual remuneração mínima a trabalhadores por conta de outrem; o Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de julho, regulou a cessação do contrato individual de trabalho; e o Decreto-Lei n.º 164-A/76, de 28 de fevereiro, regulamentou as relações coletivas de trabalho.

Quanto à *questão sindical*, o Decreto-Lei n.º 215-A/75 reconheceu a Intersindical Nacional como confederação geral dos sindicatos portugueses. O Decreto-Lei n.º 215-B/75 regulou o exercício da liberdade sindical e revogou a legislação corporativa sobre associações sindicais, incluindo a obrigação de pagamento de quotas por trabalhadores não sindicalizados. O Decreto-Lei n.º 215-C/75 autorizou as entidades patronais a constituírem associações para defesa dos seus interesses empresariais.

6. As intervenções do Estado nas empresas

A partir do final de 1974 e início de 1975 (e com aceleração a partir do 11 de março de 1975), o processo revolucionário português entrou numa *fase qualitativamente distinta* daquela que caracterizara os meses imediatos ao 25 de abril – e que era pelo menos duvidoso que estivesse na intenção de quem promovera o derrube do regime anterior. Se, em 1974, a legislação económica se limitara sobretudo à *estabilização financeira* e ao *desmantelamento do aparelho corporativo*, em 1975 o Estado assumiu um papel significativamente mais *ativo* e *intrusivo* na esfera produtiva, adotando medidas de transformação estrutural e tendencialmente totalizante, no sentido da coletivização e estatização da economia.

Neste contexto, as *intervenções do Estado em empresas privadas* tornaram-se um instrumento central de política económica e social. O objetivo era aqui duplo: assegurar a *continuidade de empresas em dificuldades* e *controlar grupos económicos* cujo poder era então considerado incompatível com a democratização e com a reestruturação da economia.

A *intervenção estatal* não equivalia, porém, à *nacionalização*. Enquanto a nacionalização transferia a *titularidade* da empresa para o Estado, a intervenção consistia numa apropriação pública *da gestão*: os corpos sociais eram suspensos e substituídos por comissões administrativas ou administradores nomeados pelo Governo, mas a propriedade permanecia, em princípio, nas mãos dos anteriores titulares. Era, portanto, um mecanismo juridicamente distinto da expropriação, ainda que, politicamente, se inserisse numa lógica de controlo profundo dos meios de produção.

Apesar da *aparente provisoriedade*, muitas intervenções funcionaram, porém, na prática, como *fase preparatória de nacionalizações* futuras. A lógica económica e política desse período — marcada pelo confronto ideológico entre setores de esquerda radical, social-democracia e forças mais conservadoras — levou a que diversas empresas fossem intervencionadas alegando motivos que iam da (real ou pretensa) *má gestão* à necessidade de *garantir emprego* ou ao simples juízo de que certos grupos económicos representariam uma ameaça à democratização ou ao avanço da coletivização da economia...

O fenómeno das intervenções revelou, igualmente, o caráter híbrido do direito da economia revolucionário: por um lado, continha elementos de *racionalização jurídica*, como o Decreto n.º 422/76, que procurou depois sistematizar o instituto da intervenção, submetendo-o a critérios de *excecionalidade* e *transitoriedade*; por outro, foi também atravessado por *práticas casuísticas*, decisões políticas imediatas e ocupações de empresas pelos trabalhadores, que, posteriormente, vieram em muitos casos a receber cobertura legal.

É importante notar que a Constituição de 1976 veio a admitir expressamente a figura da *intervenção do Estado em empresas privadas*, mas, paradoxalmente, no momento em que foi constitucionalizada, o seu uso começou a *decair*. Com a estabilização política do pós-25 de Novembro e o início do processo de normalização institucional, o Estado passou a privilegiar soluções de *retorno das empresas* à gestão pelos seus *proprietários*, conversão em cooperativas ou, em alguns casos, integração no setor público. Assim, a intervenção foi um instrumento *essencialmente revolucionário*, típico da fase de *maior instabilidade* e disputa pelo modelo económico.

A fase das intervenções iniciou-se com grande intensidade *logo no final de 1974*, por vezes com invocação de motivos improcedentes ou mera-

mente alegados, sem qualquer prova. O Despacho do Conselho de Ministros de 15 de outubro de 1974 determinou a intervenção do Estado na administração do Banco Intercontinental Português, suspendendo os administradores e nomeando administradores por parte do Estado. O Decreto-Lei n.º 540-A/74 conferiu ao Ministro das Finanças poderes extraordinários de intervenção na superintendência, coordenação e fiscalização da atividade das instituições de crédito, permitindo, mediante despacho, medidas como a concessão de apoio financeiro, dispensa de cumprimento de determinadas obrigações legais e intervenção direta na administração através de delegados ou comissões administrativas. O Decreto-Lei n.º 671/74 autorizou o Ministro das Finanças a determinar ao Banco de Portugal a designação de delegados junto das instituições de crédito. O Decreto-Lei n.º 660/74 definiu normas sobre assistência do Estado a empresas privadas que não estivessem a funcionar de modo a contribuir normalmente para o desenvolvimento económico.

A partir de *dezembro de 1974*, as intervenções *multiplicaram-se*: a Resolução do Conselho de Ministros de 10 de dezembro suspendeu os corpos sociais das empresas do grupo Torralta; a Resolução de 21 de dezembro suspendeu a administração da Propam e da Metalúrgica Duarte Ferreira. Em fevereiro de 1975, a Resolução de 18 de fevereiro afastou o conselho de administração da Companhia Portuguesa de Transportes Marítimos; e a Resolução de 13 de fevereiro suspendeu a administração da Sociedade de Construções Joaquim Francisco dos Santos. E as intervenções abrangeram igualmente setores agrícolas, como a Resolução de 3 de março de 1975, que determinou a intervenção na exploração agrícola da Quinta da Corona.

Em *março de 1975*, várias resoluções *alargaram o âmbito das intervenções*: a Resolução de 15 de março nomeou uma comissão administrativa eleita pelos trabalhadores da empresa Manuel Pereira Roldão & Filhos; a Resolução de 14 de março suspendeu os administradores da Indústria Nacional Alimentar, S.A.R.L.; outra resolução congelou os bens de António Xavier de Lima; e a Resolução de 21 de março determinou a intervenção no Touring Club de Portugal. Seguiram-se intervenções em setores estratégicos, como a Resolução do Conselho da Revolução de 21 de março, que determinou a nomeação de uma comissão administrativa para a Sociedade Central de Cervejas.

Em *abril de 1975*, as intervenções atingiram empresas como a SNAPA, a Eduardo Ferreirinha & Irmão, a Simões & C.ª, a Gel-Mar, a SNAB e a Friantarcticus. No início de junho, a Resolução do Conselho de Ministros determinou a intervenção no Rádio Clube Português e estabeleceu providências relativas às empresas do Grupo CUF e a outras empresas industriais.

Em *julho e agosto de 1975*, as intervenções continuaram a alargar-se, atingindo empresas como a Sodim, concessionária do Hotel Ritz, a Rádio Renascença, a Editorial República, as Fábricas Mendes Godinho, a Companhia Nacional de Navegação, a Mundet & C.ª, a Copam, os Estaleiros António Pena, a Facar, a Companhia de Fiação de Tomar, a Lusalite e a empresa Têxtil Manuel Gonçalves.

Em *setembro de 1975*, a intervenção estendeu-se à Real Companhia Velha, à Real Vinícola, às empresas Algarvesol e Quarteirasol, à Sonorte e ao grupo Moali, Tonus e Lusodorre. Em dezembro de 1975, várias intervenções atingiram empresas de pesca e conserveiras, como a Frigarve, Embamar, Vazabu e Júdice Fialho.

O processo entrou na sua fase final com o *Decreto n.º 422/76*, que distinguiu expressamente a intervenção como *medida excecional* e *transitória*, definiu *formas de desintervenção* e previu soluções como *cisão*, *fusão*, *transformação em cooperativa*, *integração no setor público* ou *restituição aos anteriores titulares*. Em 1976, várias intervenções *cessaram*, como a da Têxtil Manuel Gonçalves.

7. As nacionalizações e o novo modelo económico

As nacionalizações constituíram o *mais profundo e estrutural conjunto de medidas do processo revolucionário português*, e deixaram consequências de longo prazo na economia portuguesa. Embora alguns países europeus ocidentais tivessem realizado nacionalizações no período pós-guerra, *nenhuma experiência ocidental foi tão vasta*, *tão rápida* e *tão politicamente vinculada* a um momento revolucionário como a portuguesa de 1975, com intenções de transformação estrutural e tendencialmente totalizante. Num curto espaço de meses, praticamente toda a banca e seguros, o setor energético, os transportes aéreos, ferroviários e marítimos, a indústria de cimentos, celulose, petroquímica, cervejeira, tabacos, siderurgia e estaleiros navais foram transferidos para a propriedade do Estado.

Diferentemente das nacionalizações europeias tradicionais, que assentavam geralmente em *razões económicas* objetivas, como crises setoriais, monopólios naturais ou necessidade de reconstrução pós-bélica, as nacionalizações portuguesas — sobretudo as decretadas em março e abril de 1975 — foram *assumidamente políticas*. Os decretos não invocaram, assim, que as empresas se encontravam em situação deficitária ou inviável; pelo contrário, algumas eram altamente lucrativas, como a indústria cervejeira. A nacionalização surgiu, antes, como *instrumento revolucionário* para *reorganizar a economia* e retirar aos grandes grupos económicos o poder resultante da titularidade das empresas. Tiveram, assim, como consequência, em regra, a *destruição dos grupos económicos* que se haviam formado em Portugal.

As nacionalizações *não foram acompanhadas de indemnização* imediata. A Constituição de 1976 declarou-as *irreversíveis*, confirmando a *opção revolucionária*. Mais tarde, em 1977, seria aprovada uma *lei que regulou os direitos indemnizatórios*, mas adotando uma solução mista que não coincidiu nem com o modelo de valor objetivo típico das nacionalizações do pós-guerra europeu, nem com a ausência total de indemnização típica dos regimes socialistas.

A criação de empresas públicas (como a Petrogal e a Cimpor) consolidou a *transformação estrutural* da economia. Ao contrário de outros países, onde o setor público resultou parcialmente da criação originária de empresas pelo Estado, em Portugal o setor público empresarial resultou quase exclusivamente da sua *apropriação através das nacionalizações*, o que, evidentemente, contribuiu para a sua dimensão e heterogeneidade.

As nacionalizações iniciaram-se em *setembro de 1974*, com os Decretos-Leis n.ºs 450/74, 451/74 e 452/74, que nacionalizaram respetivamente o Banco de Angola, o Banco Nacional Ultramarino e o Banco de Portugal.

Contudo, a grande vaga de nacionalizações ocorreu no ano de 1975. O Decreto-Lei n.º 132-A/75, de 14 de março, nacionalizou *todas as instituições de crédito* com sede no continente e ilhas adjacentes, com algumas exceções para entidades estrangeiras. O Decreto-Lei n.º 135-A/75, de 15 de março, nacionalizou *todas as companhias de seguros* com sede no território nacional, salvo as que, por terem participação estrangeira significativa, foram excluídas.

Seguiram-se *nacionalizações setoriais de enorme impacto*: o Decreto-Lei n.º 205-F/75 declarou nacionalizada a Siderurgia Nacional; o Decreto-

-Lei n.º 205-G/75 nacionalizou as sociedades de energia elétrica; o Decreto-Lei n.º 205-A/75 nacionalizou as empresas petrolíferas Sacor, Petrosul, Sonap e Cidla; o Decreto-Lei n.º 205-B/75 nacionalizou a Companhia dos Caminhos de Ferro Portugueses; o Decreto-Lei n.º 205-C/75 nacionalizou a Companhia Nacional de Navegação; o Decreto-Lei n.º 205-D/75 nacionalizou a Companhia Portuguesa de Transportes Marítimos; e o Decreto-Lei n.º 205-E/75 nacionalizou os Transportes Aéreos Portugueses.

Em maio de 1975, o Decreto-Lei n.º 221-A/75 nacionalizou várias empresas de cimentos; o Decreto-Lei n.º 221-B/75 nacionalizou empresas de celulose; o Decreto-Lei n.º 228-A/75 nacionalizou empresas de tabacos. Em junho de 1975, o Decreto-Lei n.º 280-A/75 nacionalizou o Metropolitano de Lisboa; o Decreto-Lei n.º 280-B/75 a Empresa Geral de Transportes; e o Decreto-Lei n.º 280-C/75 grupos de empresas de transportes públicos.

O processo continuou com o Decreto-Lei n.º 434/75 (pirites), o Decreto-Lei n.º 453/75 (Companhia Nacional de Petroquímica), o Decreto-Lei n.º 409/75 (grupo Camionagem Esteves), o Decreto-Lei n.º 474/75 (indústria cervejeira), o Decreto-Lei n.º 478/75 (Estaleiros de Setúbal e Viana do Castelo), o Decreto-Lei n.º 532/75 (Companhia União Fabril), o Decreto-Lei n.º 501/75 (Sociedade de Gestão e Financiamentos e Sociedade Geral de Comércio), o Decreto-Lei n.º 674-D/75 (RTP), e os Decretos-Leis n.os 701-C/75, 701-D/75 e 701-E/75, que nacionalizaram respetivamente a Sofamar, as empresas de transportes fluviais do Tejo e a Socarmar.

A criação de empresas públicas acompanhou este processo. O Decreto-Lei n.º 217-A/76 instituiu a Petrogal, enquanto o Decreto-Lei n.º 217-B/76 criou a Cimpor.

Importa, ainda, notar que não foram objeto de nacionalização empresas detidas por grupos ou titulares *estrangeiros*, mas *apenas por empresários portugueses*, e que muitas nacionalizações (como de bancos, por exemplo) implicaram a *nacionalização por arrastamento* de inúmeras empresas que eram detidas pelas sociedades nacionalizadas.

Não ocorreram, porém, *nacionalizações de setores económicos inteiros*, mas antes de empresas, tendo-se suscitado separadamente das nacionalizações o problema da vedação do acesso por particulares a certos setores da atividade económica.

8. A delimitação de sectores da economia

Com a constitucionalização do modelo económico em 1976, surgiram duas questões fundamentais: a *irreversibilidade das nacionalizações* e a *delimitação de setores reservados ao Estado*. Embora a Constituição não tivesse determinado a nacionalização de setores, permitiu que a *lei vedasse aos privados* o exercício de atividades consideradas básicas ou estratégicas.

Em 1977, uma lei (Lei n.º 46/77, de 8 de julho) veio definir uma extensa *lista de setores em que a iniciativa privada ficava vedada*, salvo para empresas já existentes ou para entidades estrangeiras excluídas das nacionalizações de 1975: a banca e os seguros, a eletricidade, o gás, a captação e distribuição de água, as telecomunicações, os transportes aéreos e ferroviários, os transportes urbanos coletivos, a exploração de portos e aeroportos, o armamento, a refinação de petróleo, a petroquímica de base, a siderurgia, os adubos, os cimentos e os tabacos foram assim reservados ao setor público.

A legislação previu, em certos casos, a *gestão privada de empresas estatizadas*, desde que tal servisse o interesse público. Esta abertura limitada foi mais tarde invocada para justificar as primeiras privatizações indiretas e experiências de *gestão mista*.

A Constituição de 1976 permitiu que a lei *vedasse a atividade económica privada em setores básicos*, cabendo ao *legislador ordinário definir esses setores*. A referida lei de 1977 (a chamada "Lei da Delimitação dos Setores" da economia) *delimitou tais setores* e previu a possibilidade de concessão de gestão privada de empresas estatizadas, embora sem caráter definitivo. A legislação sobre investimento estrangeiro adotou um *tratamento mais flexível para capitais externos*, garantindo direitos de transferência de lucros e de repatriamento de investimento.

9. A Reforma Agrária, a ocupação de terras e as Unidades Coletivas de Produção (1975–1976)

a) Enquadramento

Outra área económica em que se fez sentir o efeito da transformação ocorrida com o 25 de abril foi a agricultura. A Reforma Agrária portuguesa representou uma *tentativa de transformação estrutural* no quadro do processo revolucionário e, simultaneamente, uma das suas dimensões *mais controversas*, tanto na época como na memória histórica coletiva. No contexto europeu ocidental, tratou-se também de um fenómeno *absolutamente singular*, pois nenhum outro país europeu democrático realizou, no século XX, uma reforma agrária de *caráter expropriatório*, *massivo* e *politicamente motivado*, nos moldes verificados no sul de Portugal entre 1975 e 1976.

Deve reconhecer-se que a origem económica e social da Reforma Agrária fazia presa na profunda *desigualdade na estrutura fundiária* no Alentejo e no Ribatejo. O *latifúndio*, sistema de grande exploração agrícola caracterizado por extensivas propriedades e fraca intensidade produtiva, mantinha-se praticamente intacto desde o século XIX. Mas a produtividade agrícola era baixa, a mecanização incipiente, as relações laborais marcadas por forte precariedade e sazonalidade, e a estrutura social profundamente hierarquizada. A própria política agrária do Estado Novo, apesar de corporativa, fora incapaz de introduzir mudanças significativas neste modelo.

O *processo revolucionário*, com a sua mobilização social intensa e influência de forças políticas defensoras da coletivização da economia, encontrou no campo um terreno fértil para reivindicações antigas. A luta por "terra para quem a trabalha" tornou-se palavra de ordem central dos trabalhadores agrícolas, especialmente após o 11 de março de 1975. O ano de 1975 revelou-se decisivo: a conjugação entre *legislação favorável*, *apoio político* de setores influentes e *ocupações espontâneas* de propriedades acelerou um processo que, antes do 25 de abril de 1974, parecia impensável.

A Reforma Agrária portuguesa teve três características fundamentais.

Em primeiro lugar, resultou diretamente da combinação entre *legislação* e *ação direta* dos trabalhadores. Muitas propriedades não foram tomadas inicialmente por via legal, mas antes *ocupadas* sem qualquer título específico de legitimação jurídica, por trabalhadores rurais que haviam sido *mobilizados politicamente*. Mas, perante esse facto consumado, o Estado veio em grande medida legalizar e consolidar essas ocupações. Esta dinâmica conferiu ao processo um caráter *híbrido*, simultaneamente *jurídico* e *sociopolítico*.

Segundo, teve uma natureza abrangente. A legislação de 1975 permitiu a *expropriação* de propriedades que ultrapassassem determinados limites de área, de empresas agrícolas consideradas *improdutivas*, ou em que os proprietários tivessem *abandonado* a exploração. O resultado foi, assim, a constituição de vastas *zonas de intervenção da Reforma Agrária*, sobretudo no Alentejo.

Em terceiro lugar, promoveu a criação de Unidades Coletivas de Produção (UCP), entidades de gestão coletiva constituídas pelos trabalhadores das antigas explorações. Embora juridicamente definidas de modo relativamente flexível, as UCP pretendiam representar uma *alternativa ao modelo de empresa agrícola capitalista tradicional*. Passaram a gerir propriedades expropriadas ou ocupadas, organizar a produção, distribuir o trabalho e assumir a gestão económica da exploração. A sua natureza oscilava entre *empresa autogestionária* e *cooperativa de facto* (mais próxima, assim, dos *kolkhozes* do que dos *sovkhozes* da União Soviética) ainda que juridicamente não fossem equivalentes a cooperativas clássicas.

A Reforma Agrária teve também profundas *implicações no direito da propriedade* sobre a terra. Pela primeira vez em regime democrático, a propriedade privada da terra *deixou de ser garantida de forma absoluta*. As expropriações não se limitaram a casos de utilidade pública específicos, antes abrangeram *estruturas inteiras de propriedade agrícola*, com base em *objetivos de transformação social e económica*. A possibilidade de indemnização futura foi deixada em aberto, mas a Constituição de 1976 admitiu a irreversibilidade das expropriações, o que gerou *enorme controvérsia*.

E o processo foi igualmente marcado por forte *diversidade territorial*. Enquanto no Alentejo predominou o modelo de expropriação e UCP, noutras regiões, sobretudo no Norte, surgiram formas distintas de organização coletiva, como cooperativas agrícolas resultantes de pequenas explorações abandonadas.

A partir do final de 1976, porém, com a *consolidação política do regime constitucional* e com o *declínio das tensões revolucionárias*, iniciou-se um processo de reversão parcial da Reforma Agrária, que implicou devoluções, acordos de entrega, compensações e reconfiguração das UCP. Porém, entre 1975 e 1976, a Reforma Agrária representou, no plano jurídico e económico, um dos pilares revolucionários mais profundos, constituindo momento único na história do direito da economia português.

b) Diplomas legais mais relevantes

O processo legislativo da Reforma Agrária começou logo após o início das *ocupações*. O Decreto-Lei n.º 203-C/75, de 15 de abril, consagrou as bases gerais da Reforma Agrária, estabelecendo que a propriedade rústica podia ser objeto de intervenção pública quando se verificasse o *abandono* da exploração ou a existência de área manifestamente excessiva face às necessidades sociais e económicas. Este diploma permitiu a expropriação de prédios rústicos abandonados ou não explorados, bem como daqueles cuja dimensão excedesse os limites fixados por zona agrária. Previu ainda que a exploração das propriedades intervencionadas pudesse ser entregue a *Unidades Coletivas de Produção*.

O Decreto-Lei n.º 406-A/75, de 29 de julho, estabeleceu a composição e competência das comissões de trabalhadores agrícolas, que passaram a desempenhar um papel central no processo de ocupação, organização e gestão das propriedades intervencionadas. O Decreto-Lei n.º 309/75, de 23 de junho, fixou *limites máximos de área de exploração agrícola* por regiões, determinando, na prática, quais propriedades poderiam ser expropriadas por excederem a área considerada socialmente admissível.

O Decreto-Lei n.º 407-A/75 regulou a *entrega de terras expropriadas às Unidades Coletivas de Produção* e disciplinou a sua administração. O Decreto-Lei n.º 344/75 tratou das formas de distribuição dos resultados da exploração coletiva entre os trabalhadores. O Decreto-Lei n.º 406-B/75 criou mecanismos para garantir o *financiamento das UCP* e das propriedades intervencionadas.

O ano de 1976 trouxe novos ajustamentos. O Decreto-Lei n.º 111/76 regulou a cessação de funções das comissões administrativas agrícolas e a *transferência da gestão das UCP para estruturas mais estáveis*. O De-

creto-Lei n.º 158/76 tratou da organização da contabilidade e da gestão financeira das unidades coletivas.

As expropriações concretizaram-se através de numerosos *despachos ministeriais* e de *decretos*, que identificaram propriedades específicas, fixaram áreas expropriadas, determinaram a entrega a UCP, e definiram comissões administrativas provisórias. Entre 1975 e 1976, *centenas ou milhares de propriedades* foram objeto de expropriação administrativa, muitas vezes após ocupações já consumadas pelos trabalhadores agrícolas, *expulsando* pela força ou *coagindo* os proprietários que ainda aí se encontrassem.

A legislação não explica, porém, por si só a Reforma Agrária. Na prática, o processo resultou da interação entre normas e *ação direta* dos trabalhadores. As ocupações de terras começaram *antes de existir um quadro jurídico* sólido e funcionaram como motor de aceleração legislativa. A legitimidade revolucionária, reconhecida pelo MFA, permitiu que muitas ocupações fossem posteriormente validadas por decreto ou despacho.

As ocupações seguiram *padrões relativamente uniformes*: trabalhadores rurais organizados em comissões deslocavam-se às propriedades, ocupavam-nas simbolicamente, retiravam a administração anterior e comunicavam às autoridades administrativas a necessidade de intervenção estatal. As forças militares, em muitos casos, apoiaram ou legitimaram estas ocupações.

A incorporação das ocupações no quadro legal tornou-se, para muitos, inevitável. Sem isso, a tensão social no campo tornar-se-ia insustentável. Assim, o direito positivo funcionou como instrumento de consolidação e racionalização de um fenómeno já existente no terreno.

c) As Unidades Coletivas de Produção (UCP)

As UCP constituíram um dos elementos mais inovadores e, simultaneamente, mais complexos do direito da economia revolucionário. Não eram cooperativas no sentido clássico — embora partilhassem alguns princípios — nem empresas públicas tradicionais. Funcionavam como entidades coletivas de produção autogeridas pelos trabalhadores, integradas no setor público agrícola e dependentes, em maior ou menor medida, do apoio estatal.

A criação das UCP respondeu a três objetivos: garantir a continuidade das explorações após a saída dos proprietários, criar um modelo alternativo ao latifúndio privado, e promover formas de gestão coletiva que se ajustassem aos ideais revolucionários dominantes em 1975.

A legislação de 1975 reconheceu as UCP como entidades gestoras das terras expropriadas, definindo regras sobre competências, organização interna, distribuição de rendimentos e relações com o Estado. E estas unidades assumiram relevância económica: organizaram a produção de grandes áreas, empregaram milhares de trabalhadores e criaram dinâmicas sociais e políticas próprias, muitas delas associadas à esquerda revolucionária. Em geral, não contribuíram, porém, para o aumento da produtividade na agricultura.

Em 1977 e 1978, iniciou-se o processo de reconfiguração e, por vezes, de desagregação das UCP, motivado pela devolução de terras, pela reorganização cooperativa e pela alteração do quadro legal.

10. A evolução do direito da economia depois do 25 de novembro de 1975

O 25 de novembro de 1975, além da sua relevância política na garantia da finalização dos trabalhos da Assembleia Constituinte e da afirmação de um modelo de regime político democrático de tipo ocidental, assinalou uma *inflexão decisiva* no rumo económico. Representou, do ponto de vista constitucional e institucional, a *superação da fase revolucionária mais intensa* — marcada por nacionalizações em bloco, Reforma Agrária acelerada, forte intervenção do Estado nas empresas, autogestão, ocupações e profunda instabilidade normativa — e o início de um *processo de normalização*. A partir desta data, consolidou-se uma correlação de forças menos favorável aos setores revolucionários mais radicais e mais predisposta à *reconstrução institucional* do Estado democrático, dentro de parâmetros compatíveis com os regimes europeus ocidentais.

Este novo equilíbrio não significou, porém, uma rutura imediata com as conquistas económicas do processo revolucionário. Pelo contrário, parte substancial das medidas adotadas em 1975 manteve-se em vigor e seria posteriormente ratificada pela Constituição de 1976. O que

mudou foi a orientação política do Estado: substituiu-se a lógica de transformação acelerada por uma lógica de institucionalização, racionalização administrativa e consolidação das estruturas normativas existentes.

A intervenção do Estado nas empresas começou a ser *reduzida*. O Decreto n.º 422/76, aprovado já após o 25 de novembro, sistematizou a figura da intervenção estatal enquanto medida *excecional* e *transitória*, definindo mecanismos de *desintervenção*. Esta legislação revelou claramente o *novo espírito* do período: a intenção de restabelecer a normalidade jurídica, evitar decisões casuísticas e disciplinar um fenómeno que, em 1975, fora frequentemente impulsionado por dinâmicas políticas ou sociais espontâneas e, por vezes, mesmo caóticas.

Também a Reforma Agrária entrou numa nova fase. A partir de 1976, preparou-se gradualmente a revisão das ocupações, a regularização jurídica das UCP e a negociação do futuro das terras expropriadas. A devolução de propriedades, a celebração de acordos de entrega e a reorganização do setor agrícola tornaram-se temas centrais. Ainda que a Reforma Agrária não tivesse sido logo revertida, iniciou-se o processo que, ao longo da década de 1980, conduziria à devolução aos seus proprietários de grande parte das terras ocupadas e expropriadas.

No âmbito das nacionalizações, assistiu-se a um movimento semelhante. As nacionalizações decretadas em 1975 permaneceram *válidas* e *eficazes* — a Constituição de 1976 declarou-as mesmo *irreversíveis*. Mas o Estado passou a orientar-se por uma lógica de *gestão pública estabilizada*, não revolucionária. A criação de empresas públicas como a Petrogal, a Cimpor ou a EDP constituiu uma tentativa de *conferir racionalidade* empresarial à propriedade pública dos meios de produção, num quadro que, embora fortemente estatizado, já não assentava na lógica estatizante e coletivista de 1975.

O período pós-25 de novembro caracterizou-se, portanto, por uma *transição* da *economia revolucionária* para a economia em regime constitucional estável, da intervenção política para a estabilização jurídica, da transformação acelerada para a construção institucional. Este movimento encontrou o seu ponto culminante na aprovação da Constituição de 1976.

11. A Constituição da República Portuguesa de 1976: entre o objetivo da "transição para o socialismo" e o princípio democrático da maioria

Pode dizer-se que a Constituição de 1976 foi, desde o início, marcada por uma *tensão interna* profunda entre modelos económicos e de sociedade divergentes. O texto constitucional assumiu, simultaneamente, elementos liberais, sociais-democratas e socialistas, em muitos casos com *inspiração marxista* no plano semântico, conforme reconhecido no próprio texto original. Esta pluralidade não foi um acidente: refletiu a *natureza negociada* do processo constituinte, a pressão das forças mais à esquerda (incluindo militares) durante os trabalhos da Assembleia Constituinte e a necessidade de *conciliar forças políticas* que divergiam quanto ao modelo económico futuro do país.

A Constituição consagrou um vasto conjunto de normas de *direito constitucional económico*, regulando direitos sociais, estruturas de propriedade, limites à iniciativa privada e formas de intervenção do Estado. Ao contrário das constituições europeias do pós-guerra — como a francesa ou a italiana — a Constituição portuguesa incluiu *princípios económicos* no próprio texto articulado, e não apenas no preâmbulo, conferindo-lhes natureza normativa.

Entre os princípios fundamentais da Constituição, encontrava-se o objetivo de assegurar a "transição para o socialismo", previsto no artigo 2.º e reiterado nos artigos 50.º e 80.º (na versão original). O texto constitucional afirmava expressamente que o Estado, assente na soberania popular, tinha o objetivo de realizar essa transição, o que revelava o peso das forças revolucionárias na Constituinte.

Este objetivo constitucional era vinculante como *meta*, mas não determinava por si só o *ritmo*, o *modo* ou o *grau* da sua concretização. A Constituição assumia, assim, um caráter *parcialmente programático*: definia finalidades políticas, mas não lhes atribuía realização automática.

O ponto decisivo era aqui o da relação entre esse *objetivo programático* e o princípio estruturante da *democracia pluralista*. A Constituição reconhecia a transição para o socialismo, mas simultaneamente reconhecia o princípio da maioria, isto é, o respeito pela vontade popular expressa em eleições livres. Ora, a conciliação ou síntese entre estes dois aspetos só

se obtinha considerando que a vontade popular escolheria, em cada momento, o *quando*, o *como* e o *se* da sua realização. Esta leitura significava que o objetivo socialista não tinha *caráter impositivo*, mas apenas *programático* e *subordinado ao processo democrático*.

A consequência jurídica era clara: a transição para o socialismo era um objetivo constitucional, mas *não era auto-executável* nem obrigatório em termos de políticas concretas. O *legislador democraticamente legitimado* decidia, sempre, o grau, o ritmo e mesmo a oportunidade da concretização desse objetivo. A Constituição subordinava explicitamente a realização das metas económico-sociais ao princípio democrático da maioria, conforme resultava do artigo 290.º e do preâmbulo.

Deste modo, a Constituição *não impunha* um *modelo socialista de economia*; apenas o tornava uma possibilidade *politicamente aberta*, cuja concretização dependia do sufrágio universal.

Tal solução foi, nalguma doutrina constitucional portuguesa, reconhecida como a *chave interpretativa* para evitar uma *leitura revolucionária* integral do texto constitucional. A Constituição garantia *identidade democrática* ao processo económico: os objetivos programáticos existiam, mas não podiam suplantar a vontade popular.

Assim, a Constituição declarou *irreversíveis* as *nacionalizações* realizadas entre 1974 e 1975. No entanto, esta irreversibilidade tinha um âmbito limitado: não criava uma obrigação de *continuar* a nacionalizar; não impunha um modelo económico estatizado para o futuro, não tornava o socialismo económico uma imposição constitucional.

A irreversibilidade era uma norma de conservação do passado, não um mandato de transformação futura. Além disso, qualquer nova intervenção do Estado na propriedade — nacionalização, expropriação, socialização — tinha de assumir a *forma de lei*, expressão direta da *regra democrática* e da *vontade da maioria* no parlamento.

A Constituição, portanto, reconhecia o papel do Estado e do setor público, não excluía políticas socializantes, mas subordinava tudo ao princípio democrático, constitucionalmente afirmado como superior. Esta hierarquia conceptual é decisiva para a compreensão do direito da economia português pós-1976.

Isto significa, pois, que a Constituição de 1976 assentava num pressuposto fundamental: a *pluralidade de modelos económicos* possíveis era compatível com o texto constitucional, desde que legitimados pela maioria de-

mocrática. A "transição para o socialismo" coexistia com a "livre iniciativa privada", com a "propriedade privada" e com a "economia mista".

Era, portanto, já uma *constituição aberta*, *programática* e *politicamente flexível*.

12. Balanço Final

Percorridos e descritos os aspetos mais relevantes para o efeito, podemos concluir, em jeito de balanço do direito da economia entre 1974 e 1976 — e da sua projeção até ao período constitucional —, que este resultou de um *processo complexo*, marcado por tensões *filosóficas*, *políticas* e *jurídicas* profundas. A experiência portuguesa combinou *elementos contraditórios*: medidas *liberalizadoras*, como o fim do condicionamento industrial; medidas *sociais*, como a elevação dos salários mínimos e o reconhecimento da liberdade sindical; medidas de *controlo administrativo* da economia; e *medidas revolucionárias de transformação estrutural*, como as nacionalizações, a Reforma Agrária e a criação de empresas públicas de grande escala, tendo estas medidas deixado *marcas de longo prazo* na evolução económica portuguesa.

Do ponto de vista jurídico, o período revolucionário demonstrou como o direito se torna *instrumento de transformação* acelerada de estruturas económicas. A verdadeira *torrente legislativa* de 1974 a 1976 — com centenas de decretos-leis, resoluções, portarias e despachos — evidencia um modelo de produção normativa assente na urgência, na mutação institucional e na intenção de redefinição profunda das estruturas económicas.

Pode dizer-se que o direito da economia, enquanto disciplina, recebeu aqui uma importância nova. Se antes era entendido sobretudo como conjunto de normas de *enquadramento da atividade empresarial* ou de *organização administrativa da economia*, após 1974 tornou-se campo de articulação entre *intervenção estatal*, *direitos fundamentais sociais*, *formas de propriedade*, *regulação estrutural dos mercados* e *políticas de redistribuição*. Teve de dialogar simultaneamente com o direito constitucional, o direito administrativo, o direito comercial, o direito laboral e, depois, o direito do consumidor.

O balanço histórico parece permitir distinguir três grandes fases.

Primeiro, uma *fase de emergência* (maio a outubro de 1974), caracteri-

zada pelo controlo financeiro, pela contenção inflacionista, pela desarticulação do sistema corporativo e pela criação das condições materiais básicas da liberdade política.

Segundo, uma *fase revolucionária radical* (março a setembro de 1975), em que *a economia portuguesa foi profundamente reconfigurada*, com *nacionalizações* em bloco, *intervenção do Estado* em empresas privadas, Reforma Agrária e criação de UCP.

Terceiro, a fase de *normalização* (dezembro de 1975 a abril de 1976), em que o Estado procurou sistematizar os instrumentos da intervenção revolucionária e encaminhar o modelo económico para um quadro jurídico estável, culminando na Constituição de 1976.

O direito da economia pós-25 de Abril foi, assim, simultaneamente um *produto do seu tempo* e das *condições políticas* e sociais existentes, e um *elemento estruturante da própria ordem constitucional* que emergiu. E constituiu, de certa forma, um momento único da história jurídica portuguesa; ao demonstrar que o direito pode, em contextos de rutura, assumir papel *constitutivo* e *não apenas regulador*, e que pode, para o bem e para o mal, criar *novas estruturas económicas*, *abolir formas de propriedade*, instituir *modelos de gestão* coletiva e *redefinir o papel do Estado* na sociedade.

Embora muitas das soluções revolucionárias tenham sido posteriormente revistas, é claro que o período subsequente ao 25 de abril de 1974 *deixou marcas permanentes*, tais como a consagração constitucional dos *direitos dos trabalhadores*, o reconhecimento do *papel do Estado na regulação económica*, a existência, durante décadas, de um *setor público empresarial de grande dimensão*, a importância da *regulação económica*, e a própria ideia — hoje ainda relevante — de que a economia não é apenas esfera técnica, mas também esfera constitucional e democrática, subordinada ao poder político. E pode hoje dizer-se, em minha opinião, que nem todas essas marcas foram positivas – algumas foram mesmo negativas e duradouras –, sobretudo nas suas consequências para a economia e para o desenvolvimento a longo prazo do País.

A compreensão do direito da economia, e da própria evolução económica, em Portugal exige, inevitavelmente, o estudo deste período. A sua memória jurídica, institucional e política continua, aliás, a informar debates atuais sobre o papel do Estado, a função das empresas públicas, os limites da privatização, o regime da propriedade e o sentido constitu-

cional da economia. O 25 de Abril, além de um acontecimento histórico, foi também um acontecimento jurídico, que veio a moldar a própria estrutura da economia portuguesa — e cujo legado, positivo e negativo, marcou até hoje a economia e permaneceu inscrito no ordenamento jurídico e na cultura constitucional.

RESUMO: O presente texto serviu de base a uma conferência proferida em sessão comemorativa dos 50 anos do 25 de abril de 1974, e, depois de delimitar o direito da economia e as suas conceções, revisita os aspetos mais relevantes da evolução do direito da economia de 1974 a 1976, como consequência, seja imediata, seja indireta, por vezes com desvios de percurso, do 25 de abril de 1974, terminando com um curto balanço dessa evolução no plano jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: *25 de abril de 1974; Direito da economia; Constituição da República Portuguesa de 1976; nacionalizações; Reforma agrária*

25th April 1974 and Economic Law

ABSTRACT: The present text served as the basis for a lecture delivered at a commemorative conference marking the 50th anniversary of 25 April 1974. After delineating economic law and its various conceptions, the author revisits the most relevant aspects of the evolution of economic law from 1974 to 1976, as an immediate or indirect consequence—sometimes involving deviations in its course—of the revolution of 25 April 1974, concluding with a brief assessment of that evolution from a legal perspective.

KEYWORDS: *25th April 1974; Economic Law; Constitution of the Portuguese Republic from 1976; nacionalizations; Agrarian Reform*

SER MULHER ANTES E DEPOIS DO 25 DE ABRIL

Paula Veiga[1]

Muito boa tarde, muito obrigada pela Vossa presença!

Poderão estar a perguntar se por que razão escolhi este tema agora, exatamente agora, hoje que a mulher na Europa tem, pelo menos nos planos constitucional e legal, os mesmos direitos e liberdades que os homens, na medida em que a temática que nos foi oferecida para esta intervenção era livre. E digo *na Europa* porque apesar de, no plano internacional, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, um dos instrumentos internacionais que integra o *núcleo duro* das Convenções de Direitos Humanos, ser já dos anos 70 do século xx (1979), este é um problema ainda não resolvido no plano global. A mero título de exemplo, relembro que se na Argentina as mulheres não podem trabalhar em indústrias perigosas[2], em

[1] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. orcid 0000000338639988.

O presente texto reproduz, com ligeiríssimas adaptações, a intervenção oral proferida no Colégio da Trindade, no dia 23 de abril de 2024, por ocasião da comemoração dos 50 anos do 25 de Abril, numa organização promovida pela Direção da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Instituto Jurídico, evento especialmente dirigido aos Estudantes. É, por isso, por natureza mais breve do que o muito que haveria de ser dito sobre o tema.

[2] Estabelece o *Regimen de Contrato de Trabajo* argentino (Ley n.º 20.744 - texto ordenado por Decreto 390/1976), no artigo 176.º, o seguinte:

«Tareas penosas, peligrosas o insalubres. Prohibición.

Madagáscar as mulheres não podem laborar à noite[3].

Com honestidade, também eu tive dúvidas sobre o tema a escolher. Explico-me. Tenho trabalhado quer na área do direito constitucional, quer na dos direitos humanos. Por isso, sentir-me-ia "em casa" ao abordar outros temas, como as alterações no sistema político em geral ou um aspeto particular de direitos humanos que tivesse sido fortemente alterado, uma vez que o 25 de Abril, pelas mudanças que introduziu, nos inspira em vários assuntos.

Mas, olhando para trás, não para a data da Revolução propriamente dita, mas para quando começo a ter consciência pública – isto é, no final dos anos 80 –, olhando para trás, dizia, e vendo o que sucedeu daí em diante, considero que uma das alterações mais visíveis na vida pública em Portugal é mesmo a do estatuto da mulher. Por isso, sendo mulher, tendo tido, ao longo dos anos, muitas estudantes mulheres, creio ser muito importante deixar às novas gerações um testemunho sobre o que foi ser mulher antes do 25 de Abril.

Volto às minhas estudantes.

Se não fosse o 25 de Abril, talvez a Marília não tivesse feito um *paper* de Mestrado sobre o Chhaupadi, um ritual do Nepal, em que as mulheres são isoladas numa cabana durante o período menstrual. Se não fosse o 25 de Abril, talvez a Joana não tivesse elaborado um *paper* de Mestrado sobre igualdade no âmbito do direito do trabalho. Se não fosse o 25 de Abril, talvez a Beatriz não tivesse apresentado um *paper* sobre a tutela da trabalhadora grávida e qual o alcance do dever de informação à entidade patronal. Talvez a Inês não tivesse defendido uma Dissertação de Mestrado sobre a linha entre o tráfico de seres humanos, a prostituição e a exploração ou talvez a Imelda não tivesse feito um trabalho de investigação sobre o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o uso do véu islâmico em locais públicos da Europa. Talvez a Antónia não se tivesse doutorado com uma Tese sobre pornografia, prostitui-

---

Queda prohibido ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre.

La reglamentación determinará las industrias comprendidas en esta prohibición.

Regirá con respecto al empleo de mujeres lo dispuesto en el artículo 195».

[3] Conforme o artigo 85.º do *Labor Code* - Law No. 2003-44 of 28 July 2004. Para mais informações, vide <https://www.cadenceresourcing.com/6-unusual-labour-laws-across-the-world/>, acedido em 2025/07/24.

ção e direitos humanos, talvez a Rita não estivesse a elaborar uma Dissertação de Mestrado sobre mutilação genital feminina, e talvez a Sarah não se fosse submeter a Provas de Doutoramento sobre direitos reprodutivos das mulheres à luz dos três sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

E tudo isto por que razão? Porque se não fosse o 25 de Abril talvez estas mulheres não estivessem na Universidade a estudar. Mais. Talvez eu não tivesse sido professora delas. Hoje, elas e eu, têm (temos) um nome, um rosto e contribuem (contribuímos) para a circulação de ideias em ambiente académico e, em geral, no espaço público. Esta é a primeira ideia que vos desejo deixar. O 25 de Abril foi um percurso transformador, que mudou a vida dos homens, mas sobretudo das mulheres, em Portugal.

Em jeito de introdução, atendendo ao plano constitucional, diria que, com o 25 de Abril, se criaram instituições democráticas, se fizeram eleições livres, se previu um sistema multipartidário, acabou-se com a prevalência do poder executivo no âmbito dos poderes do Estado e asseguraram-se as liberdades de expressão e de associação.

No domínio do direito à educação, que neste contexto especialmente cuidamos, generalizou-se o acesso ao ensino, com as inevitáveis consequências ao nível da composição social e profissional que essa generalização gera. Talvez não saibam, mas antes do 25 de abril o poder do feminino tendia a ser socialmente circunscrito à esfera privada, o que significa que a participação social das mulheres era restrita.

Mas, então, o que estatuía a Constituição de 1933 e o que determina a Constituição de 1976?

Vou centrar a minha análise em três esferas: na relação conjugal, no exercício de direitos políticos e no acesso à profissão.

A Constituição Política de 1933 começava por estabelecer o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei. Mas, ressalvava «quanto à mulher, as diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família»[4].

[4] Estatuía assim o artigo 5.º da Constituição de 1933:

«O Estado português é uma República unitária e corporativa, baseada na igualdade dos cidadãos perante a lei, no livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização e na interferência de todos os elementos estruturais da Nação na vida a administrativa e na feitura das leis.

§único. A igualdade perante à lei envolve o direito de ser provido nos cargos públicos, conforme a capacidade ou serviços prestados, e a negação de qualquer privilégio de nascimento, nobreza, título nobiliárquico, sexo ou condição social, salvas, *quanto à mulher,*

No que respeita à educação dos filhos, muito embora estabelecesse uma «igualdade de direitos e deveres dos dois cônjuges quanto à sustentação e educação dos filhos» (artigo 12.º, §2), acabava por definir a existência de um «chefe de família» (artigo 17.º).

De facto, a Constituição de 1933 lançava os alicerces para um direito da família muito conservador.

No plano da legislação infraconstitucional, uma análise de algumas normas permite afirmar que o casamento representava uma restrição à capacidade jurídica da mulher. Com efeito, se é certo que a mulher podia contratar com terceiros sem o consentimento do marido, este último poderia denunciar esse contrato, para além de poder também rescindir um contrato de trabalho celebrado pela sua mulher[5].

Vejamos, mais de perto, algumas das consequências do citado bem da família que incumbia às mulheres nos termos do artigo 5.º da Constituição de 1933. O Código Civil e legislação avulsa consagravam, por exemplo, a impossibilidade de as mulheres casadas trabalharem ou saírem do país sem autorização do marido, o direito do marido de administrar os bens do casal ou a possibilidade de perda da nacionalidade portuguesa para a mulher, dependendo da nacionalidade do homem com quem ela se casasse.

Por seu turno, o instituto do *chefe de família,* ao qual já aludimos, tinha também refrações relativamente às mulheres no plano dos direitos políticos. Com efeito, se na Constituição de 1933 era reconhecida capacidade eleitoral ativa às mulheres que preenchessem certos requisitos, ou seja, o direito de voto, no caso de estarmos perante eleições para as juntas de freguesia (um dos tipos de ato eleitoral, as eleições locais), o direito de voto pertencia apenas ao *chefe de família*. No campo dos direitos políticos temos, *inclusive,* um episódio caricato. Mas já lá vamos!

Os direitos políticos foram uma das bandeiras da Revolução e o princípio da igualdade, que hoje está consagrado na Constituição de

as diferenças resultantes da sua natureza e do bem de família, e, quanto aos encargos ou vantagens dos cidadãos, as impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das cousas» (itálico aditado).

[5] Dispunha assim o artigo 1674.º do Código Civil de 1966: «O marido é o chefe da família, competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os actos da vida conjugal comum, sem prejuízo no disposto nos artigos subsequentes».

1976[6], tem repercussões muito importantes na participação política dos cidadãos e das cidadãs. Foi só com a Constituição de 1976 que, pela primeira vez em Portugal, homens e mulheres foram igualmente livres de elegerem e serem eleitos/as, sem restrições ou condições. O mesmo é dizer que só com o 25 de Abril é que todos os cidadãos passaram a ser iguais perante a lei.

A primeira Constituição da República Portuguesa, de 1911, reconheceu às mulheres o direito de integrar os quadros da função pública, garantiu-lhes a escolaridade obrigatória e a igualdade de tratamento tanto no casamento como no divórcio. Mas, a mesma Constituição dava a exclusividade de direito de voto ao chefe de família, uma situação onde se subentendia que apenas o homem poderia votar.

E é aí que entra o episódio caricato de que vos falei há pouco. Carolina Ângelo era médica e viúva e, por isso, era chefe de família. Assim, à luz da Lei Eleitoral de 1911, pretendeu votar, o que acabou por fazer. Mas, dois anos mais tarde, ou seja, em 1913, a lei eleitoral foi alterada e passou a referir especificamente que o voto apenas podia ser exercido pelo sexo masculino[7].

O direito ao voto só viria a ser reconhecido às mulheres em 1931, com o Decreto n.º 19.694, de 5 de maio, mas, para serem eleitoras, elas teriam de cumprir certos requisitos adicionais ainda que ao homem apenas fosse exigido que não fossem analfabetos[8]. Além de que, recorde-se, como eram os homens os *chefe de família,* eram exclusivamente eles que votavam nas eleições para as juntas de freguesia. A situação viria a ser alterada no final dos anos 60 e todas as mulheres que soubessem ler e escrever passaram a ter direito de voto.

A atividade profissional era outro domínio, além da relação conjugal e do exercício dos direitos políticos, em que a legislação infraconsti-

[6] No artigo 13.º.

[7] O episódio está descrito no site da Assembleia da República, no endereço <https://app.parlamento.pt/comunicar/Artigo.aspx?ID=493>, acedido em 2025/07/24. Passou, então, a ser a seguinte a redação do artigo 1.º: «São eleitores de cargos legislativos todos os cidadãos portugueses do sexo masculino, maiores de 21 anos que estejam no gozo dos seus direitos cívicos e políticos que saibam ler e escrever português e residam no território da República Portuguesa».

[8] De entre esses requisitos constavam as habilitações literárias e uma quantia anual paga em impostos.

tucional antes do 25 de Abril previa grandes restrições relativamente às mulheres. Estava-nos vedado o acesso à magistratura, quer judicial, quer do Ministério Público. O mesmo se passava com o serviço diplomático, o exercício de funções policiais ou funções de autoridade, na administração local (segundo o Código Administrativo). Noutras profissões não era vedado o acesso, mas o seu ingresso implicava limitação de direitos. Era o caso das enfermeiras e das hospedeiras de bordo, que, ao ingressarem, ficavam impedidas de casar.

Foram o 25 de Abril e a Constituição de 1976 que trouxeram então à cidadania uma verdadeira dimensão transformadora, porque, pela primeira vez, consagra-se, no ordenamento constitucional português, a igualdade de direitos das mulheres em todos os domínios. Não foi só a plenitude da cidadania no artigo 13.º (ou seja, o princípio da igualdade e da proibição da discriminação em função do sexo). Foi a sua concretização ao longo do texto constitucional. Vejamos:

- Igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges no artigo 36.º;
- Liberdade de escolha de profissão no artigo 47.º;
- Sufrágio universal no artigo 49.º;
- Igualdade de oportunidades no trabalho no artigo 58.º, n.º 2, alínea *b);*
- Proteção especial do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, nos artigos 59.º, n.º 2, alínea *e)* e 68.º, n.º 3;
- Promoção da igualdade entre homens e mulheres como tarefa fundamental do Estado, no artigo 9.º, alínea *h)* (redação introduzida pela RC 1/1997).

Cumpre-vos, agora, alimentar esta ideia em várias áreas, quer seja na educação, na economia, no trabalho, na saúde ou na política! Como veem não é uma realidade distante.

E cumpre-vos também ajudar a que mulheres e raparigas possam viver livremente em outras paragens além da Europa, como na Índia, na Arábia Saudita ou na Turquia, onde as restrições e desigualdades ainda se fazem sentir em grande escala. Não deem o progresso por garantido. Ainda há estrada para andar. Há que continuar a modificar os padrões sociais e culturais de conduta dos homens e das mulheres, há que elimi-

nar papéis estereotipados para homens e para mulheres, há que reprimir todas as formas de tráfico e de exploração da prostituição, que continua a ser maioritariamente feminina.

Muito obrigada pela Vossa atenção.

RESUMO: O texto é um gesto de memória e de alerta às futuras gerações. A sua intenção foi claramente pedagógica e testemunhal. A versão escrita reproduz, com ligeiríssimas adaptações, a intervenção oral proferida no Colégio da Trindade por ocasião da comemoração dos 50 Anos do 25 de Abril. No texto faz-se um breve apanhado dos direitos que as mulheres alcançaram com o 25 de Abril e a Constituição de 1976, num enquadramento que hoje, com as lentes do direito público, tomando em especial consideração o direito constitucional e o direito internacional público, não pode deixar de se ler em rede. Nessa perspetiva, ainda muito há para se garantir nos direitos das mulheres e é essa a principal mensagem.

PALAVRAS-CHAVE: *mulheres; direitos; discriminação; direitos das mulheres*

Being a Woman before and after April 25

ABSTRACT: The text is a remembrance gesture and a warning to future generations. Its intention was undoubtedly pedagogical and testimonial. The written version reproduces, with very slight adaptations, the oral address given at Colégio da Trindade on the occasion of the commemoration of the 50th Anniversary of April 25. The text provides a brief overview of the rights women achieved with April 25 and the 1976 Constitution, within a framework that today, through the lens of public law, taking into account Constitutional Law and Public International Law, cannot help but be read online. From this perspective, there is still much to be guaranteed regarding women's rights, and this is the main message.

KEYWORDS: *women; rights; discrimination; women's rights*

Scripta

O PODER LEGISLATIVO EM PORTUGAL: ESTRUTURA, INTEGRAÇÃO E COMPETÊNCIAS

José Casalta Nabais [*]
Marta Costa Santos [**]
Joana Neto Anjos [***]
Eduardo A. S. Figueiredo [****]
Maria João Paixão [*****]

0. Nota prévia

O relatório que ora se publica, numa versão adaptada e atualizada, foi elaborado no contexto da participação dos Autores num projeto de investigação transnacional que se propôs mapear o enquadramento jurídico-normativo subjacente à estrutura, integração e competências dos órgãos que exercem os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial em países ibero-americanos, incluindo Portugal.

Os Autores tomaram a liberdade de selecionar algumas questões de maior interesse, traduzindo-as para língua portuguesa e, em alguns casos, ajustando-as com vista à sua simplificação. Por sua vez, atualizaram parte das respostas dadas — as quais foram elaboradas há já mais de um par de anos —, assim passando a cobrir, no essencial, o período que medeia entre 1976-2024.

[*] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID: 0000-0002-7066-3710.
[**] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID: 0000-0002-3833-4984.
[***] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID: 0000-0001-6004-9795.
[****] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID: 0000-0002-8156-9367.
[*****] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito. ORCID: 0000-0003-3511-7762.

Apesar de o relatório assumir uma natureza propositadamente descritiva, entendem os Autores que a publicação do mesmo nesta sede poderá revelar-se útil à comunidade académica, principalmente aos estudantes que todos os anos são chamados a apre(e)nder os traços essenciais da organização política do Estado à luz do disposto na Constituição da República Portuguesa de 1976. Visa prosseguir, portanto, um propósito instrutivo-pedagógico, contribuindo ainda para a disseminação da investigação levada a cabo.

1. Considerações introdutórias

A 25 de abril de 1974, teve lugar em Portugal a conhecida "Revolução dos Cravos" ou "Revolução de abril", movimento político-social e militar que pôs fim ao regime autoritário-ditatorial de inspiração fascista do "Estado Novo", cuja figura central foi António de Oliveira Salazar[1]. Assim se iniciou o processo de instauração de um regime democrático no nosso País, o qual tem vigorado ao longo das últimas cinco décadas.

Este movimento revolucionário confiou a direção do País à designada "Junta de Salvação Nacional", a qual assumiu temporariamente os poderes dos órgãos do Estado. Seguiu-se um período de grande instabilidade e agitação política, militar e social, conhecido como o PREC ("Processo Revolucionário em Curso"), marcado pela multiplicação de manifestações e ocupações, de nacionalizações e de confrontos militares que só conheceram término com a famosa crise de 25 de novembro de 1975.

Estabilizada a conjuntura político-social, prosseguiram os trabalhos da Assembleia Constituinte então eleita com vista à elaboração, discussão e aprovação de um novo texto constitucional[2], o que viria a concretizar-se no dia 2 de abril de 1976. Atualmente, a Constituição da Repú-

[1] Importa também fazer menção à figura de Marcello Caetano, que substituiu António de Oliveira Salazar a partir de 1968, na sequência de um acidente que causou a este graves lesões cerebrais. Assim se iniciou um período que a literatura tem apelidado de "Primavera Marcelista", o qual se estendeu até à Revolução de 25 de abril de 1974. De 1933 até esta data esteve em vigor a Constituição Política da República Portuguesa de 1933.

[2] Os trabalhos da Assembleia Constituinte tinham-se iniciado alguns meses antes, a 2 de junho de 1975.

blica Portuguesa (CRP) de 1976 conta com sete revisões e um período de vigência de quase cinco décadas.

Ora, assim sendo, em 1976, entrou em vigor a versão originária e de transição da CRP, a qual continha normas especiais relativas à I Legislatura da Assembleia da República (a terminar em 14 de outubro de 1980 — artigo 299.º) e ao primeiro mandato do Presidente da República (a terminar três meses após o termo da I Legislatura — artigo 296.º). Vigência transitória que, sendo suposto cessar em 1980, acabou por se estender até 1982, ano em que, por força de diversas vicissitudes do respetivo processo, se concluiu a 1.ª Revisão Constitucional.

Nessa primeira versão, e sobretudo ao nível do texto constitucional, tínhamos uma constituição dualista, tanto em sede económica como política. De facto, sobre uma constituição de modelo europeu ocidental superlativamente afirmada em sede dos direitos e deveres fundamentais (constituição da pessoa), bem como, de um lado, numa economia livre ou de mercado (constituição económica) e, de outro, numa organização democrática do poder político (constituição política), encontrava-se, de algum modo, encavalitada uma constituição de cariz socialista em termos económicos e de pendor revolucionário em termos políticos[3].

Se, em termos económicos, o cariz socialista estava ancorado, de um lado, na manutenção das nacionalizações ocorridas no âmbito do processo revolucionário que teve lugar, essencialmente, a partir de 11 de março de 1975 e, de outro, em toda uma terminologia constitucional de cariz socialista, já em sede política era possível proceder-se à identificação de duas legitimidades: a legitimidade revolucionária titulada pelo Conselho da Revolução, órgão constituinte que continuou a existir como órgão constitucionalizado e sem poderes constituintes, embora com importantes poderes, designadamente, de vigilante da Constituição; e a legitimidade democrática titulada pelos órgãos de soberania eleitos por sufrágio — o Presidente da República e a Assembleia da República — e pelo Governo, dependente politicamente da Assembleia da República

[3] Para um dualismo total, cf. Francisco Lucas PIRES, *Teoria da constituição de 1976: a transição dualista*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988; para um dualismo relativo apenas à "constituição económica", cf. José Casalta NABAIS, "A constituição fiscal de 1976, sua evolução e seus desafios", in José Casalta NABAIS, *Por um Estado Fiscal Suportável — Estudos de Direito Fiscal — I*, Coimbra: Almedina, 2005, 121.

(na vigência transitória da Constituição, também do Presidente da República, nos termos do artigo 193.º da Constituição) e institucionalmente do Presidente da República.

Pois bem, com a Constituição, o Conselho da Revolução, um órgão pré-constitucional que fora titular de poder constituinte desde a sua criação, passou a integrar, como órgão muito especial, os chamados órgãos de soberania[4], uma designação e base de ordenação constitucional das matérias relativas à organização do poder político que foi introduzida pela 1.ª Constituição Republicana — a Constituição de 1911 — e mantida nas Constituição de 1933 e na CRP de 1976. Assim, na versão originária e de transição (1976- 1982) da Constituição, nos termos do seu artigo 113.º, eram órgãos de soberania: o Presidente da República, o Conselho da Revolução, a Assembleia da República, o Governo e os tribunais. E note-se, como órgão de soberania ao lado do Presidente da República e, de algum modo, acima da Assembleia da República, do Governo e dos tribunais, o Conselho da Revolução tinha diversas competências da maior importância, a saber:

> "Na qualidade de Conselho do Presidente da República e de garante do regular funcionamento das instituições democráticas, compete ao Conselho da Revolução:
>
> *a)* Aconselhar o Presidente da República no exercício das suas funções;
>
> *b)* Autorizar o Presidente da República a declarar a guerra e a fazer a paz;
>
> *c)* Autorizar o Presidente da República a declarar o estado de sítio ou o estado de emergência em todo ou em parte do território nacional;
>
> *d)* Autorizar o Presidente da República a ausentar-se do território nacional;

[4] Trata-se de órgãos cuja compreensão passa por um conceito jurídico de soberania, sendo, assim, os órgãos supremos do Estado cuja atuação tem por parâmetro jurídico imediato a Constituição, como acontece com o exercício da função política (generalidade dos atos do Presidente da República e os mais importantes atos do Governo), da função legislativa (desenvolvida pela Assembleia da República e pelo Governo) e da função de controlo da constitucionalidade das leis que, no sistema de controlo difuso do modelo *judicial review of legislation*, cabe a todos os tribunais. Tal revela, desde logo, a coerência da 1.ª constituição republicana, a Constituição de 1911, a qual introduziu a categoria "órgãos de soberania" ao mesmo tempo do controlo difuso da constitucionalidade das leis, integrando nesses órgãos também os tribunais. Cf. José Casalta NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra: Almedina, 1998, 290-300.

e) Declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República e verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções."

(Constituição de 1976 [versão originária e de transição]: artigo 145.º)

"Na qualidade de garante do cumprimento da Constituição, compete ao Conselho da Revolução:

a) Pronunciar-se, por iniciativa própria ou a solicitação do Presidente da República, sobre a constitucionalidade de quaisquer diplomas, antes de serem promulgados ou assinados;

b) Velar pela emissão das medidas necessárias ao cumprimento das normas constitucionais, podendo para o efeito formular recomendações;

c) Apreciar a constitucionalidade de quaisquer diplomas publicados e declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, nos termos do artigo 281.º."

(Constituição de 1976 [versão originária e de transição]: artigo 146.º)

"Na qualidade de garante da fidelidade ao espírito da Revolução Portuguesa de 25 de abril de 1974, compete ao Conselho da Revolução:

a) Pronunciar-se junto do Presidente da República sobre a nomeação e a exoneração do Primeiro-Ministro;

b) Pronunciar-se junto do Presidente da República sobre o exercício do direito de veto suspensivo nos termos do disposto no artigo 139.º."

(Constituição de 1976 [versão originária e de transição]: artigo 147.º)

"1 — Na qualidade de órgão político e legislativo em matéria militar, compete ao Conselho da Revolução:

a) Fazer leis e regulamentos sobre a organização, o funcionamento e a disciplina das Forças Armadas;

b) Aprovar os tratados ou acordos internacionais que respeitem a assuntos militares.

2 — A competência a que se refere a alínea a) do número anterior é exclusiva do Conselho da Revolução."

(Constituição de 1976 [versão originária e de transição]: artigo 148.º)

Por conseguinte, durante os primeiros anos de vigência da CRP de 1976, o Poder Legislativo esteve repartido entre, de um lado, os dois órgãos de soberania com competência legislativa normal e concorrente — a Assembleia da República e o Governo — e o Conselho da Revolução que, como "órgão político e legislativo em matéria militar", tinha o exclusivo da competência legislativa neste domínio.

Com o fim da vigência transitória da lei fundamental e a extinção do Conselho da Revolução, o Poder Legislativo passou a ser exercido apenas pela Assembleia da República e pelo Governo, nos termos que veremos ao longo das próximas páginas. Desde então, estes dois órgãos de soberania vêm partilhando esse poder numa linha de entendimento do Poder Legislativo que remonta à Revisão Constitucional de 1945 da Constituição do Estado Novo — a Constituição de 1933. De facto, o que a referida revisão constitucional fez foi constitucionalizar a competência legislativa do Governo que este vinha exercendo abundante e abusivamente através de decretos-lei editados ao abrigo do então artigo 108.º, n.º 2, da Constituição, para casos de urgência e necessidade pública, não se tendo, todavia, estabelecido nesse momento uma qualquer reserva de competência legislativa a favor da Assembleia Nacional, a qual veio, porém, a ser estabelecida na Revisão Constitucional de 1951 e reforçada na CRP de 1976.

Como indicado na tabela abaixo, até ao final de 2024, a Assembleia da República portuguesa contou com XVI Legislaturas[5]:

Legislatura	**Datas / Sessões Legislativas**	**Presidente da Assembleia da República**
I Legislatura	1976-1980 4 sessões legislativas	Vasco da Gama Fernandes (1976-1978) Teófilo Carvalho dos Santos (1978-1980)
II Legislatura	1980-1983 3 sessões legislativas	Leonardo Ribeiro de Almeida (1980-1981 e 1982-1983) Francisco de Oliveira Dias (1981-1982)
III Legislatura	1983-1985 2 sessões legislativas	Manuel Tito de Morais (1983-1984); Fernando Amaral (1984-1985)
IV Legislatura	1985-1987 2 sessões legislativas	Fernando Amaral
V Legislatura	1987-1991 4 sessões legislativas	Vítor Crespo

[5] Para uma menção e descrição dos vários Governos Constitucionais existentes em Portugal desde 1976, vd. "O Poder Executivo em Portugal: Estrutura, Integração e Competências".

Legislatura	Datas / Sessões Legislativas	Presidente da Assembleia da República
VI Legislatura	1991-1995 4 sessões legislativas	António Barbosa de Melo
VII Legislatura	1995-1999 4 sessões legislativas	António de Almeida Santos
VIII Legislatura	1999-2002 3 sessões legislativas	António de Almeida Santos
IX Legislatura	2002-2005 3 sessões legislativas	João Bosco Mota Amaral
X Legislatura	2005-2009 4 sessões legislativas	Jaime Gama
XI Legislatura	2009-2011 2 sessões legislativas	Jaime Gama
XII Legislatura	2011-2015 4 sessões legislativas	Assunção Esteves
XIII Legislatura	2015-2019 4 sessões legislativas	Eduardo Ferro Rodrigues
XIV Legislatura	2019-2022 3 sessões legislativas	Eduardo Ferro Rodrigues
XV Legislatura	2022- 2024 2 sessões legislativas	Augusto Santos Silva
XVI Legislatura	2024	José Pedro Aguiar-Branco

Por fim, importa mencionar que, ao longo deste estudo, não nos iremos dedicar a analisar o papel desempenhado por alguns órgãos representativos do poder político não soberano no exercício do Poder Legislativo (como é o caso das Assembleias Legislativas Regionais das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores).

2. Estrutura do Poder Legislativo

2.1. A título de incursão histórica, explicite sinteticamente que disposições jurídico-normativas se destacaram por terem consagrado ou desenvolvido regras essenciais à definição da estrutura do Poder Legislativo, mas cujo conteúdo não será analisado em detalhe por já terem perdido vigência antes do ano de 1976. Em particular, explique que Órgãos Titulares e Auxiliares foram criados com base em tais regras.

Antes da entrada em vigor da CRP de 1976, a nossa ordem jurídica conheceu outros cinco textos constitucionais, sendo múltiplos os traços de continuidade e de rutura identificáveis entre cada um deles.

Desde logo, importa destacar que o constitucionalismo português emergiu sob a forma de constitucionalismo monárquico, na sequência da Revolução Liberal de 1820. Durante o período de subsistência da monarquia, o Poder Legislativo esteve, em maior ou menor medida, subordinado ao Rei.

A primeira assembleia política em sentido moderno existente em Portugal foi a Assembleia Constituinte de 1821/1822, a qual tomou a designação de "Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa"[6].

A atividade desta Assembleia deu origem à Constituição de 23 de setembro de 1822, cujo texto refletiu um conjunto de ideais basilares da época, de que são exemplo a soberania nacional, a representação, a separação de poderes, a igualdade jurídica e o respeito pelos direitos pessoais[7].

No que ao Poder Legislativo diz respeito, este texto constitucional determinava expressamente que o mesmo residia nas Cortes, sendo exercido de maneira independente, embora com sujeição à designada sanção real (Constituição de 1822: artigo 30.º), um instituto que muito se asseme-

[6] Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada — vol. II*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, 449.

[7] J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, 129-130.

lhava ao atual instituto da promulgação[8]. As Cortes, então enformadas como uma assembleia de natureza unicameral constituída pelos "ajuntamentos dos deputados" eleitos pela Nação "com respeito à povoação de todo o território Português" (Constituição de 1822: artigo 32.º)[9], tinham como principal finalidade a representação da Nação Portuguesa.

À Constituição de 1822, por muitos considerada expressão de um liberalismo revolucionário, substituiu-se a Carta Constitucional de 1826, outorgada por D. Pedro IV (de Portugal), instituindo uma monarquia representativa e refletindo um liberalismo de tendência conservadora. Eram quatro os poderes reconhecidos por esta Constituição: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

Aí se estabelecia, desde logo, que "o Poder Legislativo compete às Cortes com a Sanção do Rei"[10]. A estrutura unicameral adotada na lei fundamental de 1822, foi, porém, postergada com a vigência da Carta Constitucional de 1826, que instituiu o modelo ou estrutura bicameral, o qual viria a ser seguido nos dois textos constitucionais seguintes. Assim sendo, as Cortes passaram a ser constituídas por duas Câmaras: a Câmara dos Pares (composta pelos "Dignos Pares do Reino") e a Câmara dos Comuns (composta pelos "Senhores Deputados da Nação Portuguesa") (Carta Constitucional de 1826: artigos 13.º, 14.º e 16.º)[11]. Nenhum membro podia fazer parte, simultaneamente, de ambas as Câmaras.

Diversos acontecimentos históricos conduziram, no entanto, à emergência do designado constitucionalismo setembrista e à Constitui-

[8] Como vem sendo notado pela doutrina, importa realçar que, em boa verdade, ao abrigo da Constituição de 1822, "ao Rei não é dado poder de sanção das leis (embora a Constituição empregue esse termo), só de veto, e veto puramente suspensivo […]". Cf. Jorge MIRANDA, *Manual de direito constitucional — vol. I (tomo I.2)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 38; e ainda, J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 132-133.

[9] "Cada deputado é procurador e representante de toda a Nação, e não o é somente da divisão que o elegeu" (Constituição de 1822: artigo 94.º).

[10] A título de curiosidade, note-se que, ao abrigo deste texto constitucional, o Rei dispunha de um poder de veto absoluto, podendo, deste modo, condicionar significativamente a atividade legislativa das Cortes.

[11] Trata-se de um sistema bicameral perfeito, já que "ambas as câmaras podiam intervir na aprovação dos diplomas, apesar de algumas competências específicas serem atribuídas a cada uma delas". Cf. Jorge Bacelar GOUVEIA, *Manual de direito constitucional — I*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 393.

ção de 1838. Este documento jurídico-constitucional surgiu como uma constituição pactuada entre as Cortes e o monarca (neste caso, "a" monarca, D. Maria II), uma espécie de "compromisso entre os defensores da soberania nacional (vintista) e os partidários da monarquia constitucional assente no princípio monárquico"[12].

Na linha dos textos constitucionais apresentados anteriormente[13], a Constituição de 1838 dispôs que "o Poder Legislativo compete às Cortes com a sanção do Rei" (Constituição de 1838: artigo 34.º, §1.º)[14]. Também neste caso as Cortes foram configuradas como uma assembleia bicameral, desta feita composta pela Câmara dos Senadores (a Câmara Alta) e pela Câmara dos Deputados (a Câmara Baixa) (Constituição de 1838: artigo 36.º). Nenhum membro podia, simultaneamente, fazer parte de ambas as Câmaras.

Já no séc. XX, importa colocar em destaque a Constituição de 1911, a qual emergiu no rescaldo da Implantação da República, a 5 de outubro de 1910, instaurando o constitucionalismo republicano em Portugal. Foram três as principais linhas de força deste diploma jurídico-constitucional: a força republicana de governo, a laicização do Estado e o municipalismo. Excluindo-se a figura do monarca e o seu protagonismo jurídico-constitucional, também a sua interferência no exercício do Poder Legislativo caiu por terra.

Dispunha a Constituição de 1911 que o Poder Legislativo era exercido pelo Congresso da República, o qual era formado por duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Senado. Mais se reafirmava que os membros do Congresso eram representantes da Nação no seu todo (e não dos colégios que os elegeram, nos termos que veremos mais adiante); e que ninguém podia ser, ao mesmo tempo, membro das duas Câmaras (Constituição de 1911: artigo 7.º).

[12] J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 151.

[13] Note-se que o Poder Moderador consagrado na Carta Constitucional de 1826 desapareceu com a aprovação da Constituição de 1838, aí apenas se reconhecendo como poderes políticos o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[14] A título de curiosidade, vale destacar que, também aqui, o Rei gozava de um poder de veto, embora o texto constitucional tenha omitido a natureza deste. Cf. Jorge Bacelar GOUVEIA, *Manual de direito constitucional — I*, 406.

Em 1926, como consequência do golpe militar ocorrido, Portugal deixaria de dispor de uma assembleia política, situação que se manteve por 9 anos, até 1935.

Por fim, terminamos esta breve incursão histórica com uma referência à Constituição de 1933, a qual estabeleceu, desde logo, que é na Nação que reside toda a soberania, tendo a mesma por órgãos o Chefe de Estado, a Assembleia Nacional, o Governo e os Tribunais (Constituição de 1933: artigo 71.º).

O Poder Legislativo estava atribuído, pois, à Assembleia Nacional (Constituição de 1933: artigo 91.º), a qual se apresentava como um órgão unicameral, composto, inicialmente, por 90 deputados (número este que foi sendo progressivamente aumentado, chegando a atingir, com a Revisão Constitucional de 1971, os 150). Junto desta funcionava a Câmara Corporativa (Constituição de 1933: artigos 102.º e 103.º), órgão consultivo ao qual incumbia dar parecer sobre todas as propostas ou projetos de lei.

A lei fundamental de 1933 reconheceu, igualmente, ao Governo competência legislativa, mediante autorização da Assembleia Nacional ou em caso de urgência e necessidade pública (Constituição de 1933: artigo 108.º, n.º 2). Como já aflorámos *supra*, na prática, verificou-se, porém, que estas competências eram exercidas de forma regular, e não nos termos excecionais previstos no texto constitucional.

2.2. No período 1976-2024, a que Órgãos Titulares foi formalmente concedida a titularidade do Poder Legislativo?

A CRP de 1976 atribui o Poder Legislativo à Assembleia da República, aspeto este da arquitetura constitucional que não sofreu alterações no período sobre que versa o presente estudo (1976-2024).

A designação de "Assembleia da República" remonta ao texto originário e de transição deste diploma jurídico-constitucional, tendo subsistido inalterada até aos nossos dias.

Nessa mesma versão, dispunha o então artigo 151.º que o número de deputados deveria oscilar entre os limites mínimo e máximo de 240 e 250; composição esta que não seria modificada com a 1.ª Revisão Cons-

titucional, datada de 1982. A alteração do número de deputados viria a ocorrer, porém, com a 2.ª Revisão Constitucional, em 1989, de acordo com a qual a Assembleia da República deveria ser composta por um número mínimo de 230 deputados e um máximo de 235. Estes parâmetros mantiveram-se após a 3.ª Revisão Constitucional de 1992. A 4.ª Revisão Constitucional, realizada já em 1997, transferiu a disciplina da matéria para o artigo 148.º do texto fundamental e instituiu novos limites mínimo e máximo: 180 e 230 deputados, respetivamente. Tal disposição sobreviveu às Revisões Constitucionais de 2001, 2004 e 2005, mantendo-se até hoje intocada.

No que se refere aos termos exatos em que o Poder Legislativo tem vido a ser reconhecido ao parlamento português, é incontornável o cotejamento das competências legislativas da Assembleia da República com as competências legislativas do Governo.

O texto originário e de transição da lei fundamental de 1976 desenhava, no seu artigo 167.º, a competência legislativa exclusiva da Assembleia da República e disciplinava, no artigo 168.º, as circunstâncias e os termos em que a Assembleia poderia autorizar o Governo a legislar sobre essas matérias. Portanto, embora a Assembleia da República fosse o principal órgão legislativo, as suas competências não eram exercidas de forma exclusiva.

A Revisão Constitucional de 1982 veio, porém, alterar sobremaneira este quadro: o então artigo 167.º passou a elencar as matérias de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, cabendo ao novíssimo artigo 168.º elencar as matérias de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia. De acordo com estas disposições, o Governo só poderia ser autorizado a legislar em domínio competência reservada da Assembleia da República quando se tratasse de matérias de reserva relativa (e já não sobre matérias de reserva absoluta). A Lei Constitucional de 1982 operou, portanto, o fortalecimento da posição da Assembleia da República enquanto titular primordial do Poder Legislativo, criando uma esfera material de reserva absoluta, dentro da qual só a Assembleia poderia legislar.

Por sua vez, a Revisão Constitucional de 1989, mantendo a estrutura fundamental apresentada, modificou o conteúdo do elenco de matérias de reserva absoluta (artigo 167.º) e algumas alíneas do artigo 168.º

(reserva relativa). Nova alteração viria a suceder apenas com a Revisão Constitucional de 1997, que determinou a passagem do conteúdo do então artigo 167.º para o atual artigo 164.º, operando ainda algumas alterações na redação das alíneas pré-existentes e introduzindo novas alíneas. No mesmo sentido, o conteúdo do então artigo 168.º passou para o atual artigo 165.º, procedendo-se a ajustes do teor de algumas das suas alíneas e aditando-se/eliminando-se outras tantas. As revisões subsequentes (2001, 2004, 2005) não introduziram alterações à estrutura fundamental de repartição da competência legislativa entre a Assembleia da República e o Governo.

Vale, por fim, não esquecer as competências legislativas em matéria militar que, numa primeira fase (até 1982), a versão originária e de transição da CRP de 1976 atribuiu, com exclusividade, ao já mencionado Conselho da Revolução.

2.3. No período 1976-2024, a que Órgãos Auxiliares foi formalmente concedida a tarefa de coadjuvar os Órgãos Titulares do Poder Legislativo?

A CRP de 1976 concede à Assembleia da República competência para aprovar o seu próprio Regimento, bem como para constituir e eleger as comissões que a auxiliam no exercício das suas funções (Constituição de 1976: artigos 175.º e 178.º). Em cumprimento do dispositivo constitucional, o Regimento da Assembleia da República tem previsto e disciplinado as comissões especializadas permanentes, as comissões eventuais (*ad hoc*) e a designada Comissão Permanente.

Ora, as *comissões especializadas permanentes* mantêm essa designação desde o primeiro Regimento da Assembleia da República, datado de 1976.

Inicialmente, estas comissões contavam com um número de membros que oscilava entre os 10 e os 30, e a respetiva composição correspondia às relações de voto dos partidos. Mais tarde, no rescaldo da Revisão Constitucional operada em 1982, o Regimento viria, porém, a eliminar os limites quantitativos ao número de membros das comissões especializadas permanentes, passando apenas a prever que a sua composição deve ser "proporcional à representatividade dos grupos parlamen-

tares" e que "o número de membros de cada comissão parlamentar e a sua distribuição pelos diversos grupos parlamentares são fixados, por deliberação da Assembleia, sob proposta do Presidente da Assembleia, ouvida a Conferência de Líderes". Este modo de composição mantém-se vigente no atual Regimento da Assembleia da República n.º 1/2020, de 31 de agosto (artigo 29.º).

Mais importa notar que, até 1988, o Regimento da Assembleia da República previa o elenco das comissões especializadas permanentes, o qual foi sofrendo várias alterações ao longo das diferentes legislaturas. Naquele ano, porém, o Regimento passou a consagrar uma solução diferente, que tem subsistido desde então: "O elenco das comissões parlamentares permanentes e a competência específica de cada uma delas são fixados no início de cada legislatura por deliberação do Plenário, sob proposta do Presidente da Assembleia da República, ouvida a Conferência de Líderes, sem prejuízo da atribuição por lei de competências específicas às comissões parlamentares" (artigo 34.º).

No que respeita aos termos em que as comissões especializadas permanentes são enquadradas enquanto órgãos auxiliares do Poder Legislativo, deve destacar-se que o Regimento da Assembleia da República, no período em análise, sempre lhes reconheceu competência para apreciar os projetos e propostas de lei. A necessidade de produção de relatórios a partir dessa apreciação deu lugar, desde 2007, à exigência de elaboração de pareceres. Destaca-se, ainda, a prerrogativa das comissões especializadas permanentes de votar na especialidade a maioria dos textos aprovados na generalidade pelo Plenário da Assembleia da República, bem como a sua competência para apreciação das petições dirigidas à Assembleia. Assim, em suma, os sucessivos Regimentos da Assembleia da República têm reconhecido às comissões especializadas permanentes as tarefas de preparação e aprofundamento dos trabalhos parlamentares.

Ora, o artigo 178.º da CRP de 1976 prevê também a constituição de *comissões eventuais (ad hoc)*, designadamente comissões de inquérito. À luz do Regimento da Assembleia da República, as comissões eventuais são constituídas para qualquer fim específico, dependendo da iniciativa de, pelo menos, 10 deputados ou — desde 2007 — de um grupo parlamentar. A composição e competência destas comissões são definidas pela Assembleia da República no ato da sua constituição.

Por sua vez, o regime das comissões eventuais de inquérito apresenta algumas particularidades, dedicando-lhes a lei fundamental especial atenção. Assim, desde a Revisão Constitucional de 1982, "as comissões parlamentares de inquérito são obrigatoriamente constituídas sempre que tal seja requerido por um quinto dos deputados em efetividade de funções, até ao limite de uma por deputado e por sessão legislativa" (Constituição de 1976: artigo 178.º, n.º 4). Ademais, de acordo com o n.º 5 deste preceito: "As comissões parlamentares de inquérito gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais".

Resumidamente, as comissões eventuais destinam-se auxiliar a Assembleia da República na consecução das suas funções, sempre que esta exija o desenvolvimento de trabalhos específicos dirigidos a fins pré-determinados.

Em cumprimento do artigo 179.º da CRP de 1976, a Assembleia da República é ainda auxiliada pela designada *Comissão Permanente*. A Comissão Permanente funciona fora do período de funcionamento efetivo da Assembleia da República ou quando ela se encontrar dissolvida, bem como nos demais casos previstos na Constituição.

A Comissão Permanente fora assim designada pela CRP de 1976 e tem mantido a designação até ao presente.

À luz do Regimento da Assembleia da República de 1976, a Comissão Permanente era composta pelo Presidente e Vice-Presidentes da Assembleia da República, dez deputados do Partido Socialista, sete deputados do Partido Popular Democrático, quatro deputados do Centro Democrático Social, quatro deputados do Partido Comunista Português e um deputado da União Democrática Popular. Só em 1985 é que a composição da Comissão Permanente deixou de estar aí quantitativamente especificada. Mantendo-se como membros o Presidente e os Vice-Presidentes da Assembleia da República, os demais membros passaram, porém, a ser indicados pelos partidos de acordo com a respetiva representatividade na Assembleia.

No que respeita às competências da Comissão Permanente, o Regimento de 1976 conferia-lhe poderes para preparar a abertura da sessão legislativa, recomendar o exame de decretos-lei do Governo e decidir reclamações sobre inexatidões nos textos finais dos decretos da Assembleia, entre outros. Em 1985, foi acrescentada a competência para apre-

ciar as petições dirigidas à Assembleia da República. A partir de 2007, passou ainda a competir-lhe promover a convocação da Assembleia da República sempre que necessário e autorizar o funcionamento das comissões parlamentares durante os períodos de suspensão da sessão legislativa. O Regimento de 2020 veio atribuir-lhe também o exercício dos poderes da Assembleia em relação aos deputados.

Por fim, cabe fazer referência aos *grupos parlamentares de amizade*. Em 2003, por resolução, a Assembleia da República criou a figura dos grupos parlamentares de amizade: "organismos da Assembleia da República, vocacionados para o diálogo e a cooperação com os parlamentos dos países amigos de Portugal" (Resolução da Assembleia da República n.º 6/2003, de 24 de janeiro: artigo 1.º). Desde a sua constituição, cada grupo parlamentar de amizade tem vindo a ser "designado pelo nome do país ou grupo de países cujo relacionamento tiver em vista" (artigo 3.º).

De acordo com o Regimento da Assembleia da República em vigor, a "composição dos grupos parlamentares de amizade deve refletir a composição da Assembleia" e "o número de membros de cada grupo parlamentar de amizade e a sua distribuição pelos diversos grupos parlamentares são fixados, por deliberação da Assembleia, sob proposta do Presidente da Assembleia da República, ouvida a Conferência de Líderes". Também o "elenco dos grupos parlamentares de amizade é fixado no início da legislatura por deliberação do Plenário" (artigo 44.º).

2.4. Partindo do enquadramento jurídico-normativo apresentado, exponha as principais conclusões a que chegou em relação à atual estrutura do Poder Legislativo.

Uma vez percorrido este breve percurso, podemos sintetizar o conteúdo das normas relativas à atual estrutura do Poder Legislativo em Portugal da seguinte forma:

1) A CRP de 1976 atribui o Poder Legislativo à Assembleia da República, sem prejuízo da intervenção do Governo neste domínio, em determinados casos e circunstâncias;
2) A forma como o legislador constituinte operacionalizou a partilha do Poder Legislativo entre dois órgãos de soberania re-

sulta numa evidente supremacia do órgão representativo — a Assembleia da República;

3) A Assembleia da República tem um mínimo de 180 e um máximo de 230 deputados. Atualmente, a Lei Eleitoral da Assembleia da República fixa o número de deputados em 230 (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 13.º, n.º 1);

4) A Assembleia da República tem competência para aprovar o seu próprio Regimento, bem como constituir e eleger as comissões que a auxiliam no exercício das suas funções: (1) cabe às *comissões especializadas permanentes* as tarefas de preparação e aprofundamento dos trabalhos parlamentares; (2) às *comissões eventuais (ad hoc)* impende auxiliar a Assembleia da República na consecução das suas funções, sempre que esta exija o desenvolvimento de trabalhos específicos dirigidos a fins pré-determinados; (3) à *Comissão Permanente* incumbe evitar uma situação de "vazio parlamentar", assegurando o exercício de certas competências fundamentais fora do período de funcionamento efetivo da Assembleia; (4) por fim, aos *grupos parlamentares de amizade* compete promover o diálogo e a cooperação com os parlamentos dos países amigos de Portugal.

3. Integração do Poder Legislativo

3.1. A título de incursão histórica, explicite sinteticamente que disposições jurídico-normativas se destacaram por terem consagrado ou desenvolvido regras essenciais à definição do modo de integração do Poder Legislativo, mas cujo conteúdo não será analisado em detalhe por já terem perdido vigência antes do ano de 1976.

As Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa foram compostas por deputados eleitos não só em Portugal, mas também em todos os demais territórios portugueses fora da Europa, designadamente no Brasil. Como já vimos, foi esta Assembleia a responsável pela criação da primeira lei fundamental portuguesa em sentido formal.

Foi ao Título III da Constituição de 1822 — intitulado "Do Poder Legislativo ou das Cortes" e, por sinal, o mais extenso deste diploma jurídico-constitucional (com um total de 88 artigos, que se estendem do artigo 32.º ao 120.º) — que coube dedicar-se à regulamentação pormenorizada do sistema e processo eleitorais. Olhemos, ainda que de forma breve, para o seu conteúdo.

No que toca a requisitos de elegibilidade, importa atentar no disposto nos artigos 34.º e 35.º deste diploma jurídico-constitucional, os quais estabeleceram, respetivamente, um conjunto de inelegibilidades absolutas e relativas. Vejamos:

> "São absolutamente inelegíveis:
>
> I — Os que não podem votar (artigo 33.º)[15];
>
> II — Os que não têm, para se sustentar, renda suficiente, procedida de bens de raiz, comércio, indústria ou emprego;
>
> III — Os apresentados por falidos, enquanto se não justificar que o são de boa fé;
>
> IV — Os secretários e conselheiros de Estado;
>
> V — Os que servem empregos da Casa Real;
>
> VI — Os estrangeiros, posto que tenham carta da naturalização;

[15] "Na eleição dos deputados têm voto os portugueses que estiverem no exercício dos direitos de cidadão (artigos 21.º, 22.º, 23.º e 24.º), tendo domicílio ou, pelo menos, residência de um ano no concelho onde se fizer a eleição. O domicílio dos militares da primeira linha e dos da armada entende-se ser no concelho onde têm quartel permanente os corpos a que pertencem.

Da presente disposição se excetuarão:

I — Os menores de vinte e cinco anos; entre os quais contudo se não compreendem os casados que tiverem vinte anos; os oficiais militares da mesma idade; os bacharéis formados; e os clérigos das ordens sacras;

II — Os filhos-famílias, que estiverem no poder e companhia de seus pais, salvo se servirem ofícios públicos;

III — Os criados de servir, não se entendendo nesta denominação os feitores e avegões que viverem em casa separada dos lavradores seus amos;

IV — Os vadios, isto é, os que não têm emprego, ofício ou modo de vida conhecido;

V — Os regulares, entre os quais se não compreendem os das ordens militares, nem os secularizados;

VI — Os que para o futuro, em chegando a idade de vinte e cinco anos completos, não souberem ler e escrever, se tiverem menos de dezassete quando se publicar a Constituição." (Constituição de 1822: artigo 33.º)

VII — Os libertos nascidos em país estrangeiro."
(Constituição de 1822: artigo 34.º)

"São relativamente inelegíveis:
I — Os que não tiverem naturalidade ou residência contínua e atual, pelo menos de cinco anos, na província onde se fizer a eleição;
II — Os bispos nas suas dioceses;
III — Os párocos nas suas freguesias;
IV — Os magistrados nos distritos onde individual e colegialmente exercitam jurisdição; o que se não entende todavia com o membros do Supremo Tribunal de Justiça (artigo 191.º), nem com outras autoridades cuja jurisdição se estende a todo o reino, não sendo das especialmente proibidas;
V — Finalmente, não podem ser eleitos os comandantes dos corpos da primeira e segunda linha pelos militares seus súbditos."
(Constituição de 1822: artigo 35.º)

Como se pode verificar, a capacidade eleitoral (quer ativa quer passiva) era, pois, bastante restrita, estabelecendo-se incapacidades com base na condição social e/ou económica das pessoas[16], havendo mesmo quem não tenha dúvidas ao afirmar a subscrição por este texto constitucional de um critério de matriz censitária.

A este propósito, importa, igualmente, mencionar que o Decreto de 11 de julho de 1822 também se ocupou da questão da capacidade eleitoral, primeiro identificando quais os cidadãos portugueses aos quais é atribuída, de forma genérica, capacidade eleitoral ativa; seguindo, depois, com uma enumeração das situações conducentes à perda da cidadania portuguesa; e finalizando com uma referência às hipóteses em que os cidadãos portugueses perdiam o direito de votar, bem como aos casos de incapacidade eleitoral. A doutrina tem entendido, porém, que este decreto deve ser encarado como "um texto dotado de caraterísticas próprias de uma lei da nacionalidade, não fazendo em alguns casos mais do que repetir a lei constitucional, e como um normativo processual de direito eleitoral"[17].

[16] Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional — vol. I (tomo I.2)*, 37.

[17] Alexandre Sousa Pinheiro, *A capacidade eleitoral no direito português de 1820 a 1974*, 1995, 32, disponível em <https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/trabalho_capacidade_eleitoral.pdf>. Acesso em: 5 de setembro de 2021.

Por sua vez, e ao contrário do que formalmente dispunha o próprio texto da Constituição, o processo de eleição dos deputados parecia assumir uma natureza indireta. Em consequência, os cidadãos com capacidade eleitoral ativa limitavam-se a eleger "eleitores de segundo grau"[18]. Nesse sentido, havia primeiro lugar à realização de assembleias primárias…

> "A eleição far-se-á diretamente pelos cidadãos reunidos em assembleias eleitorais, à pluralidade de votos dados em escrutínio secreto […]."
> (Constituição de 1822: artigo 42.º)

> "A Câmara de cada concelho designará com a conveniente antecipação tantas assembleias primárias no seu distrito quantas convier segundo a povoação e distância dos lugares; quer seja necessário reunir muitas freguesias em uma só assembleia, quer dividir uma freguesia em muitas assembleias; contanto que a nenhuma destas correspondam menos de dois mil habitantes, nem mais de seis mil. […]."
> (Constituição de 1822: artigo 44.º)

> … depois, assembleias em junta pública na casa da Câmara…

> "Quando no concelho houver mais de uma assembleia primária, os portadores das cópias dos autos da eleição (artigo 57.º) se reunirão no domingo seguinte […] em junta pública na casa da Câmara com o presidente desta e o pároco que com ele assistiu na assembleia antecedente."
> (Constituição de 1822: artigo 61.º)

> … e, finalmente, assembleias na junta de cabeça da divisão eleitoral:

> "No terceiro domingo de agosto, e nas Ilhas Adjacentes e Ultramar naquele que vai abaixo declarado (artigo 74.º), se congregarão em junta pública na casa da Câmara da cabeça da divisão eleitoral, os portadores das cópias dos autos de toda a divisão com o Presidente da mesma Câmara, e o pároco que com ele assistiu na assembleia antecedente […]."
> (Constituição de 1822: artigo 63.º)

Apurados todos os votos, saíam então eleitos os deputados, quer ordinários quer substitutos, que tivessem obtido "pluralidade absoluta" (isto é, maioria absoluta), podendo haver lugar a segunda volta para aqueles que a não tivessem logrado.

[18] J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 131.

No que respeita à possibilidade de reeleição, dispunha o artigo 36.º da Constituição de 1822 que "os deputados em uma legislatura podem ser reeleitos para as seguintes", não existindo, pois, quaisquer tipos de limitações temporais ou de outra natureza à renovação do mandato. É, além disso, relevante notar que a legislatura tinha a duração de 2 anos.

Mais importa destacar que a Constituição de 1822 consagrou a inviolabilidade da pessoa dos deputados e a sua irresponsabilidade pelas opiniões pelos mesmos proferidas nas Cortes (Constituição de 1822: artigo 96.º). Por sua vez, caso algum deputado fosse pronunciado, o juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dava disso conhecimento às Cortes, às quais incumbia decidir se o processo judicial deveria ou não ter seguimento, bem como acerca da suspensão do respetivo deputado das suas funções (Constituição de 1822: artigo 98.º). Além disso, nenhum deputado podia, desde o dia em que a sua eleição constasse permanente até ao fim da legislatura, aceitar ou solicitar (para si ou para outrem) pensão ou condecoração ou, ainda, exercer empregos eclesiásticos, civis ou militares (Constituição de 1822: artigos 99.º e 100.º)[19].

Valia, igualmente, um princípio de independência recíproca entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, não podendo o Rei dissolver as Cortes[20], nem se admitindo que estas demitissem, por razões políticas, os secretários nomeados por aquele.

Por fim, não podemos deixar de destacar a existência de uma comissão permanente composta por sete deputados (a "Deputação Permanente das Cortes"[21]), com competências de urgência e preparação da reunião seguinte das Cortes, para além da ativação de procedimentos eleitorais[22].

---

[19] "Se, por algum caso extraordinário, de que dependa a segurança pública ou o bem do Estado, for indispensável que algum dos deputados saia das Cortes para outra ocupação, elas o poderão determinar, concordando nisso as suas terças partes dos votos." (Constituição de 1822: artigo 101.º)

[20] "O Rei não pode: I — Impedir as eleições dos deputados; opor-se à reunião das Cortes; prorrogá-las, dissolvê-las ou protestar contra as suas decisões […]" (Constituição de 1822: artigo 124.º)

[21] "As Cortes, antes de fecharem cada uma das suas sessões da legislatura, elegerão sete de entre os seus membros, a saber, três das províncias da Europa, três das do Ultramar, e o sétimo sorteado entre um da Europa e outro do Ultramar […]." (Constituição de 1822: artigo 117.º)

[22] Vd. os artigos 117.º a 120.º da Constituição de 1822. Cf. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de direito constitucional — I*, 382.

A este diploma sucedeu a Carta Constitucional de 1826. Foi no seu Título IV — intitulado "Do Poder Legislativo" — que se regulamentaram alguns dos mais importantes aspetos relativos ao modo como este poder devia ser exercido (artigos 13.º a 70.º da Carta Constitucional de 1826).

Como já afirmámos *supra*, ao abrigo deste diploma jurídico-constitucional, as Cortes eram constituídas por duas Câmaras: a Câmara dos Pares e a Câmara dos Comuns. Originariamente, a legislatura tinha a duração de quatro anos e cada sessão anual três meses (Carta Constitucional de 1826: artigo 17.º).

Desde logo, deve destacar-se que a Câmara dos Deputados apresentava uma natureza "eletiva e temporária" (Carta Constitucional de 1826: artigo 34.º). Além disso, as nomeações dos deputados para as Cortes Gerais eram realizadas, numa primeira fase, por via de eleições indiretas, isto é, a massa de "cidadãos ativos" elegia os Eleitores de Província (nas chamadas Assembleias Paroquiais), cabendo depois a estes a eleição dos Representantes da Nação.

De forma geral, podiam exercer o seu direito de voto todos os cidadãos portugueses no gozo dos seus direitos políticos, bem como os estrangeiros naturalizados. Porém, estavam excluídos de votar nas Assembleias Paroquiais:

> "[…]
> §1.º — Os menores de vinte e cinco anos, nos quais se não compreendem os casados e oficiais militares que forem maiores de vinte e um anos, os bacharéis formados e os clérigos de ordens sacras;
> §2.º — Os filhos-famílias que estiverem na companhia dos seus pais, salvo se servirem ofícios públicos;
> §3.º — Os criados de servir, em cuja classe não entram os guarda-livros e primeiros caixeiros das casas de comércio, os criados da Casa Real que não forem de galão branco, bem como os administradores das fazendas rurais e fábricas;
> §4.º — Os religiosos e quaisquer que vivam em comunidade clausural;
> §5.º — Os que não tiverem de renda líquida anual cem mil réis, por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego."
> (Carta Constitucional de 1826: artigo 65.º)

Além disso, os que não pudessem votar nas Assembleias primárias de Paróquia também não podiam ser membros, nem votar na nomeação de alguma autoridade eletiva nacional (Carta Constitucional de 1826: artigo 66.º).

Já num segundo nível, podiam ser eleitores e votar na eleição dos deputados todos os que pudessem votar na Assembleia Paroquial, com exceção daqueles que não tivessem uma renda líquida anual de duzentos mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego; dos libertos; e dos criminosos pronunciados em querela ou devassa (Carta Constitucional de 1826: artigo 67.º). Todos os que pudessem ser eleitores podiam, igualmente, ser nomeados deputados, com exceção daqueles que não tivessem uma renda líquida anual de quatrocentos mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego e dos estrangeiros naturalizados.

Os cidadãos portugueses em qualquer parte que existissem podiam ser elegíveis em cada distrito eleitoral para deputados, mesmo que aí não tivessem nascido ou não fossem residentes ou domiciliados (Carta Constitucional de 1826: artigo 69.º).

Aqui chegados, poder-se-á dizer que, de forma geral, a eleição dos deputados passou, com o constitucionalismo cartista, a estar "mais severamente condicionada pelo regime censitário", tornando-se bem "clara a 'teoria económica' de participação no poder político". Gomes Canotilho chega mesmo, a este propósito, a afirmar que "a monarquia cartista é considerada como uma verdadeira diarquia: o poder político é partilhado pelo Rei e pela oligarquia"[23].

Já o modo prático das eleições, bem como o número de deputados relativamente à população do Reino eram definidos por via de Lei regulamentar[24]. Tanto quanto sabemos, não existiam quaisquer tipos de limitações à reeleição dos deputados.

Quase três décadas depois da entrada em vigor da Carta Constitucional (e já após a curta vigência da Constituição de 1838), o Ato Adi-

[23] J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 138-139, 142.

[24] Veja-se o caso das Instruções de 7 de agosto de 1826, as quais "tornaram mais difícil ser português e cidadão ativo titular de direitos políticos, tornando-se, porém, mais flexível o modo de computar os rendimentos necessários para se estar dotado de capacidade eleitoral" — cf. Alexandre Sousa Pinheiro, *A capacidade eleitoral no direito português de 1820 a 1974*, 45. Tais normas foram, mais tarde, replicadas pelos Decretos de 3 de junho de 1834 e de 9 de outubro de 1935.

cional de 5 de junho de 1852 (1.º Ato Adicional da Carta Constitucional de 1826) veio estabelecer a eleição direta dos deputados (artigo 4.º)[25] e baixou o censo para eleitor, fixando-o no valor de cem mil réis (artigo 5.º, n.º 1). Por sua vez, outras leis posteriores (Lei de 8 de maio de 1878 e Lei de 26 de julho de 1899) ocuparam-se de alargar sucessivamente o âmbito do sufrágio[26].

Já a Câmara dos Pares era composta de membros vitalícios e hereditários, nomeados pelo Rei, sem número fixo (Carta Constitucional de 1826: artigos 39.º e 74.º, §1.º). A estes acresciam os pares por "direito próprio em virtude do nascimento" — como era o caso do Príncipe Real, assim como de todos os Infantes, os quais tinham assento na Câmara logo que alcançassem a idade de 25 anos" (Carta Constitucional de 1826: artigo 40.º) –, bem como os pares por "direito próprio em virtude do cargo" — como era o caso do Patriarca de Lisboa, dos arcebispos e dos bispos, nos termos do Decreto de 30 de abril de 1826[27].

Com o Ato Adicional de 24 de julho de 1885 (2.º Ato Adicional da Carta Constitucional de 1826), a duração da legislatura foi fixada em 3 anos (e não quatro, como originariamente estabelecido) e a Câmara dos Pares sofreu alterações profundas, passando a ser composta por cem membros vitalícios, nomeados pelo Rei, cinquenta membros eletivos (eleitos, de forma indireta, a cada 6 anos, de entre indivíduos compreendidos em determinadas categorias que não podiam ser distintas daquelas de entre as quais saíssem os pares de nomeação régia) e pelos pares por direito próprio (artigo 6.º). Note-se, igualmente, que a parte eletiva da Câmara dos Pares podia ser dissolvida, simultânea ou separadamente, com a Câmara dos Deputados quando o exigisse o "bem do Estado". Sempre

[25] Esta solução já tinha, antes, sido apadrinhada por um Decreto datado de 27 de julho de 1846, o qual foi, na altura, encarado como uma verdadeira traição à Carta Constitucional no plano eleitoral. Como refere Alexandre Sousa Pinheiro, "esta legislação procurava incluir aspetos censitários e capacitários, no domínio da capacidade eleitoral ativa, sendo particularmente detalhada no plano passivo. Procurava-se, também, ao longo do Decreto em normas não transcritas, fixar incompatibilidades e nota-se uma atenção superlativa às relações entre o poder legislativo e judicial, ao nível das inelegibilidades". Cf. Alexandre Sousa PINHEIRO, *A capacidade eleitoral no direito português de 1820 a 1974*, 90.

[26] J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 144.

[27] Uma regulamentação muito rigorosa da Câmara dos Pares podia, igualmente, ser encontrada na Lei de 11 de abril de 1845.

que assim fosse, as novas Cortes deveriam ser convocadas e reunidas dentro de três meses, não podendo haver lugar a outra dissolução sem que tivesse passado uma sessão de igual período de tempo (artigo 7.º, §2.º).

Mais tarde, ao abrigo do Ato Adicional de 1895 — 1896 ou 3.º Ato Adicional da Carta Constitucional de 1826, os pares eletivos foram suprimidos, passando esta Câmara a ser composta apenas por membros vitalícios (num máximo de 90), nomeados pelo Rei, bem como pelos pares por direito próprio (artigo 1.º). Não podiam ser nomeados pares do reino os cidadãos que não tivessem completado os 40 anos de idade, nem aqueles que fossem absolutamente inelegíveis para deputados (com exceção dos chefes de missões diplomáticas, dos comissários régios nas províncias ultramarinas e governadores dessas mesmas províncias e dos empregados superiores da casa real).

Já no séc. XX, o modelo "originário" da Carta Constitucional (nomeação de pares vitalícios pelo Rei) foi restabelecido pelo Ato Adicional de 23 de dezembro de 1907 ou 4.º Ato Adicional da Carta Constitucional de 1826. O devir histórico encarregou-se, porém, de que o mesmo nunca tenha chegado a ser colocado em prática[28].

Vale ainda acrescentar que "a nomeação do Presidente e Vice-Presidente da Câmara dos Pares competia ao Rei; já a do Presidente e Vice-Presidente da Câmara dos Deputados seria da escolha do Rei, sobre proposta de cinco, feita pela mesma Câmara; a dos secretários de ambas, verificação dos poderes dos seus membros, juramento e sua polícia interior, se executará na forma dos seus respetivos Regimentos" (Carta Constitucional de 1826: artigo 21.º).

Importa, igualmente, destacar que "os Membros de cada uma das Câmaras [eram] invioláveis pelas opiniões que [proferissem] no exercício das suas funções" (Carta Constitucional de 1826: artigo 25.º). Além disso, nenhum Par vitalício ou deputado, desde que proclamado na respetiva assembleia de apuramento, podia ser preso por autoridade alguma, salvo por ordem da sua respetiva Câmara e a menos que tenha sido apanhado em flagrante delito, a que correspondesse a pena mais elevada da escala penal. O mesmo se aplicava a pares temporários, desde a sua eleição até ao término do mandato (artigo 3.º do 2.º Ato Adicional da Carta Constitucional de 1826). Além disso, se algum Par ou deputado

[28] J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 144 e 145.

fosse acusado ou pronunciado, o juiz, suspendendo todo o procedimento ulterior, devia dar conta disso à respetiva Câmara, a qual decidiria se o Par ou o deputado devia ser suspenso e se o processo devia continuar ou não até que findassem as funções do acusado ou indiciado (artigo 4.º do 2.º Ato Adicional da Carta Constitucional de 1826).

Os pares e deputados podiam ser nomeados para o cargo de Ministros ou Conselheiros de Estado: nesse caso, os pares continuavam a ter assento na Câmara; já os deputados deixavam vago o seu lugar, procedendo-se a uma nova eleição, na qual podiam ser reeleitos, assim acumulando ambas as funções. O mesmo acontece quando já exerciam algum dos mencionados cargos aquando da eleição (Carta Constitucional de 1826: artigos 28.º e 29.º). Todos os demais empregos cessavam interinamente enquanto durassem as funções de Par ou deputado (Carta Constitucional de 1826: artigo 30.º). Se, por algum caso imprevisto de que dependesse a segurança pública ou o bem do Estado, fosse indispensável que algum deputado saísse para outra Comissão, a respetiva Câmara assim o podia determinar (Carta Constitucional de 1826: artigo 33.º).

Só o Rei, no exercício do Poder Moderador (do *pouvoir royal* de que nos falava Benjamin Constant), podia prorrogar ou adiar as Cortes Gerais (ou convocá-las extraordinariamente nos intervalos das sessões, quando assim o requeresse o "bem do Reino"), bem como dissolver a Câmara dos Deputados, no casos em que o exigisse a "salvação do Estado". Se tal acontecesse, devia o Monarca convocar, imediatamente, outra que a substituísse (Carta Constitucional de 1826: artigo 74.º, §4.º)[29].

Como sabemos, a estrutura bicameral das Cortes manteve-se com a aprovação da Constituição de 1838[30]. Assim, estas dividiam-se em Câ-

[29] Refira-se que o papel de Benjamin Constant na Carta Constitucional não se limita ao referido Poder Moderador, porquanto ele foi o seu verdadeiro autor material, como o foi da Constituição do Império do Brasil, de 1824, de que a Carta Constitucional é uma mera cópia com adaptações ao Reino de Portugal. O que não admira pois trata-se de duas constituições outorgadas pelo mesmo titular do poder — imperial, Dom Pedro I, Imperador do Brasil, e real, Dom Pedro IV, Rei de Portugal. Cf. José Casalta NABAIS, "O poder tributário na Constituição do Império do Brasil e na Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa", in Ibsen NORONHA, coord., *No Bicentenário da Constituição de 1824. Estudos sobra a Formação Constitucional do Brasil Império*, São Luís — Coimbra: Livraria Resistência Cultural Editora & Caminhos Romanos, 2024, 333-334.

[30] Foi no Título V da Constituição de 1838 (artigos 36.º a 79.º), intitulado "Do

mara dos Senadores (a Câmara Alta) e Câmara dos Deputados (a Câmara Baixa). Cabia a cada uma das Câmaras eleger o seu Presidente, Vice-Presidente e Secretários (Constituição de 1838: artigo 43.º).

A Câmara dos Deputados era eletiva e trienal (Constituição de 1838: artigo 53.º). Por sua vez, a Câmara dos Senadores era eletiva e temporária (e não vitalícia e hereditária, como ocorria na Carta Constitucional). O número de senadores devia ser, pelo menos, igual à metade do número de deputados. O Príncipe Real tornava-se membro da Câmara dos senadores logo que completasse 18 anos de idade, embora só pudesse exercer o seu direito de voto uma vez completos vinte e cinco anos (Constituição de 1838: artigos 58.º a 60.º).

Sempre que existissem eleições gerais para a Câmara dos Deputados (recordamos, de 3 em 3 anos), a Câmara dos Senadores devia ser renovada em metade dos seus membros. Na primeira renovação do Senado, os membros a abandonar o órgão seriam decididos aleatoriamente, relevando, nas renovações subsequentes, a antiguidade da eleição de cada um (Constituição de 1838: artigo 62.º). Assim, no fundo, o mandato de cada senador tinha, em princípio, a duração de 6 anos.

No que toca a processos de seleção e requisitos de elegibilidade, a Constituição de 1838 estabelecia que "a nomeação dos senadores e deputados é feita por eleição direta", tendo direito de voto todos os cidadãos portugueses no gozo dos seus direitos civis e políticos, com, pelo menos, 25 anos de idade e uma renda líquida anual de oitenta mil réis, proveniente de bens de raiz, comércio, capitais, indústria ou emprego (Constituição de 1838: artigos 71.º e 72.º). Estavam, porém, impedidos de exercer o seu direito de voto:

> "[…] 1.º — Os menores de vinte e cinco anos: o que não compreende os oficiais do exército e armada de vinte e um anos; os casados da mesma idade, os bacharéis formados e clérigos das ordens sacras;
>
> 2.º — Os criados de servir: nos quais não se compreendem os guarda-livros e primeiros caixeiros que por seus ordenados tiverem a renda anual de oitenta mil réis, os criados da Casa Real que não forem de galão branco, bem como os administradores das fazendas rurais e fábricas;

Poder Legislativo", que se procedeu à regulamentação de todos os aspetos relativos ao modo de exercício deste poder.

3.º — Os libertos;
4.º — Os pronunciados pelo Júri;
5.º — Os falidos, enquanto não forem julgados de boa-fé."
(Constituição de 1838: artigo 73.º)

Note-se que eram hábeis para ser eleitos deputados todos os que pudessem votar e tivessem de renda anual quatrocentos mil réis, proveniente de bens de raiz, comércio, capitais, indústria ou emprego. Desta disposição estão, porém, excecionados os estrangeiros naturalizados. Além disso, são considerados (relativamente) inelegíveis: os magistrados administrativos nomeados pelo Rei, e os Secretários gerais deles, nos seus respetivos distritos; os governadores gerais do Ultramar, nas suas províncias; os contadores gerais da Fazenda, nos seus distritos; os arcebispos, bispos, vigários capitulares e governadores temporais, nas suas dioceses; os párocos, nas suas freguesias; os comandantes das divisões militares, nas suas divisões; os governadores militares das praças de guerra, dentro das mesmas praças; os comandantes dos corpos de primeira linha, pelos militares debaixo do seu imediato comando; os juízes de primeira instância, e os seus substitutos súbditos nas comarcas em que exercem jurisdição; os delegados do procurador régio, nas comarcas em que exercem as suas funções; os juízes dos tribunais de segunda instância, e os procuradores régios junto a eles, no distrito administrativo em que estiver a sede da sua relação (Constituição de 1838: artigos 74.º e 75.º)[31].

Já no que respeita aos senadores, só podiam ser eleitos os maiores de trinta e cinco anos que se enquadrassem em determinadas categorias:

"[…] 1.º — Os proprietários que tiverem de renda anual dois contos de réis;
2.º — Os comerciantes e fabricantes, cujos lucros anuais forem avaliados em quatro contos de réis;
3.º — Os arcebispos e bispos com diocese no reino e províncias ultramarinas;
4.º — Os conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça;
5.º — Os Lentes de Prima da Universidade de Coimbra, o Lente mais antigo da Escola Politécnica de Lisboa e o da Academia Politécnica do Porto;

[31] "A metade dos deputados eleitos por qualquer círculo eleitoral deverão ter a naturalidade ou residência de um ano na província em que estiver colocada a capital do círculo; a outra metade poderá ser livremente escolhida de entre quaisquer cidadãos portugueses." (Constituição de 1838: artigo 76.º)

6.º — Os marechais do exército, tenentes generais e marechais de campo;

7.º — Os almirantes, vice-almirantes e chefes de esquadra;

8.º — Os embaixadores e os enviados extraordinários, ministros plenipotenciários, com cinco anos de exercício na carreira diplomática."

(Constituição de 1838: artigo 77.º)

São também aplicáveis à eleição dos senadores todas as inelegibilidades relativas acima referidas e aplicáveis à eleição dos deputados[32].

Como se pode verificar, a Constituição de 1838, apesar de ter relaxado o censo condicionador da capacidade eleitoral (ativa e passiva), continua a manter o sufrágio censitário[33]. Tanto quanto sabemos, não existiam quaisquer tipos de limitações à reeleição dos deputados ou dos senadores.

Os senadores e deputados eram invioláveis pelas suas opiniões e votos em Cortes e nenhum deles podia ser preso sem ordem da respetiva Câmara, exceto em casos de flagrante delito (Constituição de 1838: artigos 47.º e 48.º). Caso algum Senador ou deputado fosse pronunciado, o juiz devia suspender todo o ulterior procedimento, dando disso conta à respetiva Câmara, à qual incumbia decidir se o processo devia continuar e se o deputado ou Senador pronunciado devia ser ou não suspenso das suas funções.

Além disso, em princípio, nenhum senador ou deputado podia aceitar ou solicitar (para si ou para outrem) pensão ou condecoração alguma ou emprego provido pelo Governo. Durante o tempo das sessões, senadores e deputados ficavam, pois, impedidos de exercer qualquer tipo de emprego, exceto o de Ministro e Secretário de Estado. Nos casos em que o bem do Estado exigisse a saída das Cortes de algum Senador ou deputado para um outro serviço, cabia à respetiva Câmara conceder autorização nesse sentido (Constituição de 1838: artigos 49.º a 52.º).

Podia o Rei prorrogar, adiar ou convocar extraordinariamente as Cortes e, ainda, dissolver a Câmara dos Deputados quando assim o exi-

[32] Note-se, igualmente, que "os elegíveis para senadores podem ser eleitos por qualquer círculo eleitoral, posto que nele não residam nem tenham naturalidade." (Constituição de 1838: artigo 78.º)

[33] J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 153.

gisse a "salvação do Estado". Caso tal acontecesse, o decreto de dissolução, sob pena de ser considerado nulo e não produzir qualquer efeito, deveria determinar a realização de novas eleições dentro do prazo de 30 dias e convocar as Cortes para reunir dentro do prazo de 90 dias[34]. Além disso, a realização de novas eleições determinava a renovação da Câmara dos Senadores, nos termos acima evidenciados (Constituição de 1838: artigo 81.º).

Já no séc. XX, a Constituição de 1911 determinou o exercício do Poder Legislativo pelo Congresso da República, o qual era também bicameral: Câmara dos Deputados e Senado[35].

Ora, o Congresso reunia, por direito próprio, na capital da nação, no dia 2 de dezembro de cada ano. A sessão legislativa tinha a duração de quatro meses, podendo haver lugar à sua prorrogação ou adiamento por deliberação própria tomada em sessão conjunta de ambas as Câmaras. A convocação extraordinária do Congresso podia, igualmente, ser levada a cabo pela quarta parte dos seus membros ou pelo Poder Executivo. A legislatura tinha a duração de 3 anos (Constituição de 1911: artigos 11.º e 12.º).

Quer a Câmara dos Deputados, quer o Senado eram eleitos por sufrágio direto dos cidadãos eleitores, remetendo-se para a lei especial a organização dos colégios eleitorais das duas Câmaras e o processo específico de eleição (Constituição de 1911: artigo 8.º).

Atentemos à seguinte síntese da legislação eleitoral durante o período da I República (1910-1926)[36]:

[34] Dispunha o artigo 83.º da Constituição de 1838 que o Rei não podia impedir a eleição dos deputados e senadores, nem opor-se à reunião das Cortes no dia 2 de janeiro de cada ano.

[35] Foi no Título III, Secção I, da Constituição de 1911 (artigos 7.º a 35.º), intitulada "Do Poder Legislativo", que se procedeu à regulamentação de todos os aspetos relativos ao modo de exercício deste poder.

[36] Pedro Tavares de ALMEIDA, *Legislação eleitoral portuguesa (1820-1926)*, Lisboa: Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1998, 729-731.

Legislação	Tipo de Sufrágio	Direito de Voto	Elegíveis como Deputados	N.º de Deputados	N.º e tipo de círculos	Regime de escrutínio	Observações
Decretos--Leis de 5 e 20 de abril; 11, 12 e 13 de maio de 1911	Direto e Secreto	Cidadãos maiores de 21 anos que saibam ler e escrever e sejam chefes de família	Todos os eleitores que saibam ler e escrever	220	51 plurinominais	Voto limitado em 48 círculos + Representação proporcional (método de Hondt) nos dois círculos de Lisboa e no do Porto	(1) Os boletins de voto devem ser idênticos na qualidade do papel, formato e dimensões; (2) Nas categorias excluídas do direito de voto deixam de figurar os praças de pré do Exército e da armada; (3) Também designado "voto de lista incompleta": cada eleitor vota num número de nomes inferior ao dos deputados a eleger no respetivo círculo.

Legislação	Tipo de Sufrágio	Direito de Voto	Elegíveis como Deputados	N.º de Deputados	N.º e tipo de círculos	Regime de escrutínio	Observações
Lei de 3 de julho de 1913	Direto e Secreto	Cidadãos maiores de 21 anos que saibam ler e escrever	Sem alteração	Sem alteração	Sem alteração	Sem alteração	(1) Em virtude da criação de um Senado eletivo na Constituição de 21 de agosto de 1911, esta lei regula simultaneamente as eleições para deputados e senadores. O mesmo sucede com a legislação subsequente; (2) Especifica pela primeira vez o sexo dos "cidadãos", eliminando assim uma ambiguidade formal que podia legitimar eventuais tentativas de exercício do voto pelas sufragistas, como sucedera nas eleições de 1911; (3) A lista dos que não podem votar amplia-se, com a inclusão dos condenados por crime de conspiração contra a República e dos militares e membros dos corpos de polícia em serviço ativo.

Legislação	Tipo de Sufrágio	Direito de Voto	Elegíveis como Deputados	N.º de Deputados	N.º e tipo de círculos	Regime de escrutínio	Observações
Lei de 1 de julho de 1915	Direto e Secreto	Sem alteração	Sem alteração	152	42 plurinominais + 1 uninominal (Horta)	Voto limitado nos círculos plurinominais + Maioritário a uma volta nos círculos de Angra do Heroísmo (binominal) e da Horta	(1) É restituído o direito de voto aos militares no ativo.
Decreto de 11 de março de 1918 / Decreto de 30 de março de 1918	Direto e Secreto	Sufrágio universal masculino (maiores de 21 anos)	Sem alteração	144	41 plurinominais + 2 uninominais (Angra do Heroísmo e Horta)	Sem alteração	(1) Altera a composição e o modo de eleição do Senado, e determina a eleição por sufrágio direto do Presidente da República. Inovações estas que não sobreviveram ao fim do consulado sidonista.
Decreto de 1 de março de 1919 / Decreto de 11 de abril de 1919	Direto e Secreto	Cidadãos do sexo masculino maiores de 21 anos que saibam ler e escrever[37]	Sem alteração	152	42 plurinominais + 1 uninominal (Horta)	Sem alteração	-

[37] Assim, como se pode ver, "se é certo que nas leis eleitorais da 1.ª República desapareceu a base censitária, nem por isso se consagrou a universalidade do sufrágio". Cf. J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da* constituição, 164.

Ora, a Câmara dos Deputados era, pois, composta por representantes diretamente eleitos, de 3 em 3 anos, pelos vários círculos eleitorais. Os deputados deveriam ter, no mínimo, 25 anos de idade.

Já o Senado era constituído por tantos senadores quantos resultassem da eleição de três indivíduos por cada distrito do continente e ilhas adjacentes e de um indivíduo por cada província ultramarina. Os senadores deviam possuir, no mínimo, 35 anos e exerciam funções pelo prazo de 6 anos (todas as vezes que se procedesse a eleições gerais de deputados — o que, como vimos, ocorria de 3 em 3 anos — o Senado era renovado em metade dos seus membros) (Constituição de 1911: artigo 24.º)[38].

A cada uma das Câmaras competia verificar e reconhecer os poderes dos seus membros, eleger a sua Mesa, organizar o seu regimento interno, regular a sua polícia e nomear os seus empregados (Constituição de 1911: artigo 13.º).

Tanto quanto sabemos, não existiam quaisquer tipos de limitações à reeleição dos deputados ou dos senadores.

Os deputados e senadores eram invioláveis pelas opiniões e votos emitidos no exercício do seu mandato. Além disso, nenhum deputado ou Senador poderia ser ou estar preso, durante o período das sessões, sem prévia licença da sua Câmara, exceto em fragrante delito a que fosse aplicável pena maior ou equivalente na escala penal. Se algum deputado ou Senador fosse processado criminalmente, o juiz devia comunicar uma eventual pronúncia à respetiva Câmara, a qual decidia se o deputado ou Senador devia ser suspenso e se o processo devia seguir no intervalo das sessões ou só depois de findas as funções do arguido (Constituição de 1911: artigos 15.º a 18.º).

Mais importa deixar claro que, durante o exercício das funções legislativas, nenhum membro do Congresso podia exercer funções como jurado, perito ou testemunha sem autorização da respetiva Câmara.

[38] Note-se que, durante o efémero governo de Sidónio Pais (em 1918), se procedeu à alteração, por decreto, da composição do Senado, passando o mesmo a funcionar de acordo com um sistema de dupla representação (territorial e profissional), de tal modo que 49 senadores passaram a ser eleitos pelas províncias e 28 por seis categorias profissionais (agricultura, indústria, comércio, serviços públicos, profissões liberais, artes e ciências) (Decreto de 30 de março de 1918).

Além disso, nenhum membro do Congresso, depois de eleito, podia celebrar contratos com o Poder Executivo; aceitar deste ou de qualquer governo estrangeiro emprego retribuído ou comissão subsidiada; servir lugares nos conselhos administrativos, gerentes ou fiscais de empresas ou sociedades constituídas por contrato ou concessão especial do Estado ou que deste hajam privilégio não conferido por lei genérica, subsídio ou garantia de rendimento; bem como ser concessionário, contratador ou sócio de firmas contratadoras de concessões, arrematações ou empreitadas de obras públicas e operações financeiras com o Estado. A inobservância destes preceitos importava, de pleno direito, a perda do mandato e anulação dos atos e contratos em causa (Constituição de 1911: artigos 20.º e 21.º).

Inicialmente, o Congresso não podia ser dissolvido antes do termo constitucionalmente pré-fixado, não se reconhecendo ao Presidente da República ou a qualquer outro órgão o poder de dissolução das Câmaras[39]. No entanto, em consequência das críticas dirigidas contra a prática de um governo monista de Assembleia, na revisão de 1919-1921, o Congresso acabou por atribuir ao Presidente da República competência para "dissolver as câmaras legislativas, quando assim o exigem os interesses da Pátria e da República, mediante prévia consulta ao Conselho Parlamentar[40]" (Lei n.º 891, de 22 de setembro de 1919). Em caso de dissolução, as eleições eram realizadas segundo a lei eleitoral em vigor no tempo da mesma.

Mais tarde, o Movimento Militar de 26 de maio de 1926, o qual visou colocar termo ao parlamentarismo da I República, instituiu uma ditadura militar que desvitalizou as instituições do Estado, mormente dissolvendo o Congresso da República eleito nos termos da Constituição de 1911. Viveu-se, pois, um período de interregno constitucional,

[39] Note-se que nem o poder de veto (absoluto ou suspensivo) sobre os decretos enviados pelo Congresso da República para serem promulgados era reconhecido ao Chefe de Estado.

[40] Tenha-se em conta que o Conselho Parlamentar era formado por membros eleitos do Congresso de harmonia com um princípio de representação proporcional de todas as correntes de opinião. Tratou-se da "primeira forma de institucionalização ou de reconhecimento constitucional dos partidos ou dos grupos parlamentares no Direito português". Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional — vol. I (tomo I.2)*, 65.

tendo a competência legislativa sido concentrada no Poder Executivo[41].

Por fim, é na Parte II, Título III, da Constituição de 1933 (artigos 85.º a 101.º) que se encontra regulada a "Assembleia Nacional", órgão legislativo por excelência (a par com o Governo).

A Assembleia Nacional era composta por noventa deputados[42] eleitos por sufrágio direto dos cidadãos eleitores, exercendo um mandato de quatro anos. Inicialmente, a eleição era feita num só colégio eleitoral que abrangia todo o continente da República, ilhas adjacentes e território do Império Colonial Português; e, mais tarde, em listas não partidárias em círculos distritais (metrópole e ilhas adjacentes) e provinciais (no ultramar). Nenhum sujeito podia simultaneamente ser membro da Assembleia Nacional e da designada Câmara Corporativa (Constituição de 1933, artigo 85.º; Decreto-Lei n.º 24:631, de 6 de novembro de 1934: artigo 27.º).

A Assembleia Nacional realizava as suas sessões em Lisboa e com a duração anual de três meses improrrogáveis, a principiar a 10 de janeiro de cada ano (Constituição de 1933: artigo 94.º)[43]. A partir da emanação da Lei n.º 2009, de 17 de setembro de 1945, passou a reconhecer-se expressamente a possibilidade de a Assembleia Nacional funcionar em sessões plenárias, comissões permanentes ou, ainda, constituir comissões eventuais para fins determinados.

Competia à Assembleia Nacional verificar e reconhecer os poderes dos seus membros, eleger a sua mesa, elaborar o seu regimento interno e regular a sua polícia (Constituição de 1933: artigo 86.º).

Os requisitos de elegibilidade dos deputados, bem como a organização dos colégios eleitorais e o processo de eleição deviam ser determinados por lei especial.

Ora, durante o Estado Novo, em geral, a capacidade eleitoral ativa e passiva estava dependente de um conjunto de condições de exercício da cidadania política: "a escolarização; a capacidade económica; a autono-

[41] Paulo Otero, *Direito constitucional português — vol. I*, Coimbra: Almedina, 2017, 272.

[42] Mais tarde, já em 1945, a Assembleia Nacional passou a ser composta por cento e vinte deputados; em 1961, por cento e trinta deputados; e, em 1971, por cento e cinquenta deputados.

[43] Com a Revisão Constitucional de 1971, o período da legislatura foi fixado em três meses e meio, divididos em dois períodos, podendo o Presidente da República convocar extraordinariamente a Assembleia ou adiar as sessões.

mia social; o papel familiar; a idoneidade judicial, psíquica e moral; a submissão política; e a qualificação sexual"[44].

A primeira Assembleia Nacional foi eleita em 1934 por sufrágio direto dos cidadãos maiores de 21 anos ou emancipados. Os analfabetos só podiam votar se pagassem impostos não inferiores a 100$00 e as mulheres eram admitidas a votar se possuidoras de curso especial, secundário ou superior[45/46].

A capacidade eleitoral passiva determinava que podiam ser eleitos os cidadãos portugueses eleitores que soubessem ler e escrever e que não estivessem sujeitos às inelegibilidade previstas na lei[47], a qual excluía: os portugueses por naturalização; os que não podiam ser eleitores; os

[44] Ana Sofia Matos Ferreira, "O sistema eleitoral no Estado Novo: o papel do Presidente da República na estabilidade ou na rutura do regime criado pela Constituição de 1933", *História. Revista da FLUP* 9/2 (2019) 67.

[45] De forma mais pormenorizada: (1) os cidadãos portugueses do sexo masculino, maiores ou emancipados, que soubessem ler e escrever, domiciliados no concelho há mais de seis meses ou nele exercendo funções públicas no dia 2 de janeiro anterior à eleição; (2) Os cidadãos portugueses do sexo masculino, maiores ou emancipados, domiciliados no concelho há mais de 6 meses, que, embora não soubessem ler e escrever, pagassem ao Estado e corpos administrativos, quantia não inferior a 100$00 por todos ou alguns dos seguintes impostos: contribuição predial, contribuição industrial, imposto profissional ou sobre a aplicação de capitais; (3) os cidadãos portugueses do sexo feminino, maiores ou emancipadas, com curso especial, secundário ou superior, comprovado pelo diploma respetivo, domiciliadas no concelho há mais de seis meses, ou nele exercendo funções públicas no dia 2 de janeiro anterior à eleição. Cf. Alexandre Sousa Pinheiro, *A capacidade eleitoral no direito português de 1820 a 1974*, 131-132.

[46] Mais tarde, por decreto, veio determinar-se a possibilidade de voto de mulheres maiores e emancipadas com o curso geral dos liceus, o curso do magistério primário, das Escolas de Belas Artes, do Conservatório Nacional, do Conservatório de Música do Porto e dos institutos industriais e comerciais. O mesmo acontecia caso se verificasse alguma das circunstâncias atrás citadas e as mesmas fossem chefes de família. Por sua vez, a Lei n.º 2015, de 28 de maio de 1946 estendeu o voto às mulheres que, sendo chefes de família, soubessem ler e escrever e pagassem por contribuição predial relativa a bens próprios ou comuns quantia não inferior a 200$00.

[47] O Decreto n.º 24:662, de 20 de novembro de 1934, determinava que "os indivíduos que tenham capacidade eleitoral e que não estejam inscritos no recenseamento podem ser admitidos como candidatos a membros da Assembleia Nacional ou da Câmara Corporativa, desde que apresentem certidão comprovativa de que possuem essa capacidade." (artigo 1.º)

que não tivessem tido residência efetiva e contínua em território português nos últimos cinco anos, salvo se tiverem saído em serviço da Nação ou devidamente documentados; os que tivessem sido proibidos de residir em território nacional; os que estivessem presos por delitos políticos ou sociais, ou os que tivessem residência fixa por efeito de medida preventiva do Governo; os que professassem ideias contrárias à existência de Portugal como Estado independente, à disciplina social, e com o fim de promover a subversão violenta das instituições e princípios fundamentais da sociedade (Decreto-Lei n.º 24:631, de 6 de novembro de 1934: artigos 2.º e 3.º)[48]. É na I Legislatura da Assembleia Nacional que encontramos, pela primeira vez, três mulheres deputadas.

Merece destaque a Lei n.º 2137, de 26 de dezembro de 1968, a qual determinou que "são eleitores da Assembleia Nacional todos os cidadãos portugueses maiores ou emancipados que saibam ler e escrever português e que não estejam abrangidos por qualquer das incapacidades previstas na leis; e os que embora não soubessem ler e nem escrever português tenham alguma vez sido recenseados ao abrigo da Lei n.º 2015 de 28 de maio de 1946 (…)". Pela primeira vez, como alerta Alexandre Sousa Pinheiro, se reconhece o direto de sufrágio, embora com base num critério capacitário, sem discriminações em função do sexo[49].

Tanto quanto sabemos, não existiam quaisquer tipos de limitações à reeleição dos deputados da Assembleia Nacional.

Os membros da Assembleia Nacional eram invioláveis pelas opiniões e votos emitidos no exercício dos seus mandatos[50]; não podiam ser jurados, peritos ou testemunhas sem autorização da Assembleia; não podiam ser nem estar presos sem assentimento da Assembleia, exceto se o fossem em flagrante delito, ou por crime a que corresponda pena maior ou equivalente na escala penal. Além disso, caso algum deputado fosse processado criminalmente e pronunciado, o juiz devia comunicar tal facto à As-

[48] A Lei n.º 2015, de 28 de maio de 1946, veio excluir a capacidade eleitoral daqueles que "notoriamente careçam de idoneidade moral".

[49] Alexandre de Sousa Pinheiro, *A capacidade eleitoral no direito português de 1820 a 1974*, 134.

[50] Nada impedia, porém, que a Assembleia pudesse retirar o mandato aos deputados que "emitam opiniões contrárias à existência de Portugal como Estado independente ou por qualquer forma incitem à subversão violenta da ordem política e social" (Constituição de 1933: artigo 89.º, § 2.º).

sembleia, a qual decidia se o mesmo devia ser ou não suspenso para efeito de seguimento do processo (Constituição de 1933, artigo 89.º).

A Constituição de 1933 estabelecia, igualmente, um conjunto de incompatibilidades com o exercício do cargo de deputado (artigo 90.º), sendo certo que o desrespeito de tais preceitos implicava, de pleno direito, a perda do mandato e nulidade dos atos e contratos celebrados.

Por sua vez, em certo momento, a própria lei determinou que a perda da qualidade de cidadão português, a interdição e incapacidade ou a não comparência na Assembleia, sem motivo justificado, até à décima sessão ou durante quinze sessões consecutivas constituíam causas que determinavam a imediata perda da qualidade de deputado (Decreto-Lei n.º 24:631, de 6 de novembro de 1934: artigo 4.º).

Além disso, previa-se a faculdade de dissolução da Assembleia Nacional, a todo o tempo, pelo Presidente da República (quando assim o exigissem os "interesses superiores da Nação"), apenas mediante a exigência de consulta do Conselho de Estado (Constituição de 1933, artigos 81.º e 84.º). Caso a Assembleia Nacional fosse dissolvida, as novas eleições deviam efetuar-se dentro do prazo de sessenta dias, de acordo com a lei eleitoral vigente ao tempo da dissolução. Este prazo podia ser prorrogado até seis meses, se assim o aconselhassem os superiores interesses do País (Constituição de 1933, artigo 87.º).

3.2. No período 1976-2024, que requisitos foram estabelecidos para se ser eleito ou designado membro de Órgãos Titulares do Poder Legislativo? Em seu caso, refira-se também aos membros de Órgãos Auxiliares.

Dispõe a CRP de 1976 que "têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral" (Constituição de 1976: artigo 49.º, n.º 1) e que "todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, aos cargos políticos" (Constituição de 1976: artigo 50.º, n.º 1). Embora estes direitos sejam, sem dúvida alguma, reconhecidos a todos os cidadãos portugueses, o mesmo não acontece relativamente a estrangeiros e apá-

tridas que se encontrem ou residam em Portugal[51] (podendo ser o regime mais favorável, porém, relativamente a cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal[52]). E note-se, qualquer restrição a tais vetores jusfundamentais (os quais são qualificáveis como verdadeiros 'direitos, liberdades e garantias') deverá respeitar os requisitos consagrados nos números 2 e 3 do artigo 18.º da CRP de 1976[53].

Posto isto, pode afirmar-se que, em regra, são elegíveis — *inter alia*, para a Assembleia da República — os cidadãos portugueses eleitores. Assim, como afirma Jorge Miranda, "só pode ter capacidade eleitoral passiva quem tem a ativa, só pode ser elegível quem é eleitor. Assim como, em princípio, quem é eleitor pode ser elegível"[54]. Note-se, porém, que esta correspondência (entre capacidade para ser eleitor e para ser eleito) é meramente abstrata: afinal de contas, "o círculo eleitoral pelo qual um cidadão se candidata [à Assembleia da República] pode não englobar a área da sua circunscrição de recenseamento e, por isso, não corresponder ao local do exercício do voto"[55].

---

[51] "Excetuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham caráter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses." (Constituição de 1976: artigo 15.º, n.º 2)

[52] "Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas forças Armadas e na carreira diplomática." (Constituição de 1976: artigo 15.º, n.º 3)

[53] "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos." (n.º 2); "As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais." (n.º 3)

[54] Jorge MIRANDA, *Manual de direito constitucional — vol. I (tomo VII)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 133.

[55] Jorge MIGUÉIS *et al.*, *Lei eleitoral da Assembleia da República — anotada e comentada*, Lisboa: Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2015, 49. Neste sentido também aponta Jorge Miranda: "porque os deputados representam todo o país, e não os círculos por que são eleitos (artigo 152.º, n.º 2), a correspondência entre capacidade ativa e capacidade passiva há-de verificar-se no conjunto, não sendo necessária a residência

Ora, é a já mencionada Lei Eleitoral da Assembleia da República (Lei n.º 14/79, de 16 de maio) que densifica os aspetos relativos à capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições para este órgão de soberania.

Aí se dispõe, desde logo, que gozam de capacidade eleitoral ativa os cidadãos portugueses maiores de 18 anos, sendo certo que os portugueses havidos também como cidadãos de outro Estado não perdem, por esse facto, uma tal capacidade eleitoral (artigo 1.º). Estão excluídos, porém, os que "notoriamente apresentem limitação ou alteração grave de funções mentais, ainda que não sujeitos a acompanhamento, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos" e ainda "os que estejam privados de direitos políticos, por decisão judicial transitada em julgado" (artigo 2.º).

No que à capacidade eleitoral passiva diz respeito, este diploma legislativo reafirma que "são elegíveis para a Assembleia da República os cidadãos portugueses eleitores" (artigo 4.º). Assim, pressupõe-se a capacidade de um cidadão português (ou, eventualmente, de um cidadão de um país da CPLP) de se candidatar nos termos da lei a um mandato parlamentar, ser eleito, aceitar a eleição e ser investido; e ainda, a possibilidade de manter e exercer mandato parlamentar durante o período constitucionalmente estabelecido[56]. Note-se, além disso, que a elegibilidade deve ser apurada relativamente à data da eleição[57].

É, desde logo, a própria Constituição que identifica certas incapacidades eleitorais passivas ou inelegibilidades e que incumbe a lei eleitoral de estabelecer "incompatibilidades locais ou de exercício de certos cargos" com a função de deputado à Assembleia da República[58/59]

---

neste ou naquele círculo e dentro ou fora do território nacional para se poder ser aí eleito". Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional — vol. I (tomo VII)*, 134.

[56] J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada — Vol. II*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 248.

[57] Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional — vol. I (tomo VII)*, 133.

[58] Cumpre notar, porém, que "sob a capa de incompatibilidades, o que o artigo 150.º, na 2.ª parte, na realidade, contempla, são inelegibilidades. Verdadeiras e próprias incompatibilidades só se entremostram supervenientemente, quando um deputado assuma ou queria assumir cargos que afetem esses interesses". Cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição portuguesa anotada — vol. II*, 461.

[59] "No acesso a cargos eletivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades necessárias para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do

(Constituição de 1976: artigo 150.º). Ora, é justamente isso que a Lei Eleitoral da Assembleia da República realiza nos seus artigos 5.º e ss.:

> "São inelegíveis para a Assembleia da República:
>
> a) O Presidente da República;
>
> b) (Revogada);
>
> c) Os magistrados judiciais ou do Ministério Público em efetividade de serviço;
>
> d) Os juízes em exercício de funções não abrangidos pela alínea anterior;
>
> e) Os militares e elementos das forças militarizadas pertencentes aos quadros permanentes, enquanto prestarem serviço ativo[60];
>
> f) Os diplomatas de carreira em efetividade de serviço;
>
> g) Aqueles que exerçam funções diplomáticas à data da apresentação das candidaturas, desde que não incluídos na alínea anterior;
>
> h) Os membros da Comissão Nacional de Eleições."
>
> (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 5.º)

> "1 — Não podem ser candidatos pelo círculo onde exerçam a sua atividade os diretores e chefes de repartições de finanças e os ministros de qualquer religião ou culto com poderes de jurisdição.
>
> 2 — Os cidadãos portugueses que tenham outra nacionalidade não podem ser candidatos pelo círculo eleitoral que abranja o território do país dessa nacionalidade, quando exerçam, em órgãos desse Estado, cargos políticos ou altos cargos públicos equiparados a estes segundo o critério da lei portuguesa."
>
> (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 6.º)[61]

> "Os funcionários civis ou do Estado ou de outras pessoas coletivas públicas não carecem de autorização para se candidatarem a deputados à Assembleia da República."
>
> (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 7.º)

---

exercício dos respetivos cargos." (Constituição de 1976: artigo 50.º, n.º 3)

[60] Note-se que o artigo 270.º da CRP impõe que a lei estabeleça, na estrita medida das exigências próprias das respetivas funções, restrições à capacidade eleitoral ativa (portanto, inelegibilidades) dos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo, bem como dos agentes de serviços e das forças de segurança. Cf. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada — vol. II*, 461.

[61] Desta forma se pretende evitar que sejam candidatos pessoas que, pelas funções específicas que desempenham, exerçam "uma influência social suscetível de limitar a liberdade de voto dos eleitores" (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 462/2000, de 25 de outubro).

> "3 — Ninguém pode ser candidato por mais de um círculo eleitoral ou figurar em mais de uma lista, sob pena de inelegibilidade."
> (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 21.º)

A estas incapacidades eleitorais passivas podemos ainda acrescentar outras, as quais são implicitamente decorrentes do próprio texto constitucional: é o caso dos condenados a quem seja aplicada pena ou medida de segurança privativa da liberdade (Constituição de 1976: artigo 30.º, n.º 5)[62], bem como dos cidadãos que deixem de cumprir os seus deveres militares ou de serviço cívico, quando obrigatório (Constituição de 1976: artigo 276.º n.º 6). O mesmo acontece com os membros da Entidade das Contas e Financiamentos Políticos, os quais não podem ser titulares de órgãos de soberania, de órgãos das regiões autónomas ou do poder local, nem exercer quaisquer funções em órgãos de partidos, de associações políticas ou de fundações com eles conexas, nem desenvolver atividades político-partidárias de caráter público (Lei n.º 2/2005, de 10 de janeiro: artigo 7.º). Vejam-se, ainda, os artigos 246.º e 346.º do Código Penal, os quais estabelecem situações de incapacidade eleitoral ativa e passiva.

Na fase de apresentação de candidaturas serão rejeitados os candidatos inelegíveis, devendo os mesmos ser substituídos, no prazo de dois dias após a notificação, sob pena de rejeição de toda a lista se esta não mantiver o número exigível de candidatos (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 28.º). Note-se ainda que será punido aquele que, não tendo capacidade eleitoral passiva, dolosamente aceitar a sua candidatura (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 128.º).

[62] Desde logo, pela impossibilidade prática de o condenado privado de liberdade participar nas atividades do órgão para que fosse eleito.

3.3. No período 1976-2024, que procedimentos foram estabelecidos para a eleição ou designação de membros de Órgãos Titulares do Poder Legislativo? Em seu caso, refira-se também aos membros de Órgãos Auxiliares.

A CRP de 1976 determina que os deputados são eleitos por sufrágio direto, secreto e periódico (de 4 em 4 anos).

O processo eleitoral inicia-se com a apresentação prévia de candidaturas, sendo certo que ninguém se pode candidatar a um cargo eletivo contra a sua própria vontade, cabendo a cada sujeito decidir livremente se pretende ou não candidatar-se e sem prejuízo da possibilidade de desistência da candidatura a todo o tempo[63]. Note-se, além disso, que, entre nós, ninguém se pode apresentar isoladamente como candidato. Em boa verdade, as candidaturas devem ser apresentadas, nos termos da lei, pelos partidos políticos, isoladamente ou em coligação, embora as listas possam integrar cidadãos não inscritos nos respetivos partidos.

O território eleitoral divide-se, para efeito de eleição dos deputados à Assembleia da República, em círculos eleitorais, correspondendo a cada um deles um colégio eleitoral.

Estes círculos eleitorais são, nos termos da Constituição, geograficamente definidos na lei[64], a qual pode determinar a existência de círculos plurinominais e uninominais. O número de deputados por cada círculo plurinominal do território nacional, excetuando o círculo nacional, quando exista[65], é proporcional ao número de cidadãos eleitores nele

[63] Paulo OTERO, *Direito constitucional português — vol. II*, Coimbra: Almedina, 2019, 275.

[64] Até hoje, sempre existiram círculos eleitorais de âmbito distrital no continente ("Os círculos eleitorais do continente coincidem com as áreas dos distritos administrativos, são designados pelo mesmo nome e têm como sede as suas capitais" — Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 12.º, n.º 2), um por cada região autónoma ("Há um círculo eleitoral na Região Autónoma da Madeira e um círculo eleitoral na Região Autónoma dos Açores, designados por estes nomes e com sede, respetivamente, no Funchal e em Ponta Delgada" — Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 12.º, n.º 3) e dois pela emigração ("Os eleitores residentes fora do território nacional são agrupados em dois círculos eleitorais, um abrangendo todo o território dos países europeus, outro o dos demais países e o território de Macau, e ambos com sede em Lisboa" — Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 12.º, n.º 4).

[65] Entre nós, esta possibilidade introduzida pela Revisão Constitucional de 1989 nunca chegou a ser concretizada.

inscritos (Constituição de 1976: artigo 149.º). Como já vimos, ninguém pode ser candidato por mais de um círculo eleitoral da mesma natureza, excetuando o círculo nacional quando exista, ou figurar em mais de uma lista (Constituição de 1976: artigo 151.º, n.º 2). Vale sempre a pena relembrar, igualmente, que os deputados representam todo o país e não os círculos por que são eleitos.

Note-se, além disso, que existem, entre nós, 22 colégios eleitorais, os quais correspondem aos 22 círculos eleitorais. A composição de cada um é variável, nomeadamente em função do número de eleitores que aí estão recenseados, o qual é definitivamente fixado cerca de 60 a 55 dias antes de cada ato eleitoral[66].

No que ao modo de eleição diz respeito, os deputados da Assembleia da República são eleitos por listas plurinominais em cada círculo eleitoral, dispondo o eleitor de um voto singular de lista (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 14.º). As listas propostas à eleição devem conter indicação de candidatos efetivos em número igual ao dos mandatos atribuídos ao círculo eleitoral a que se refiram e de candidatos suplentes em número não inferior a dois nem superior ao dos efetivos, não podendo exceder cinco. Por sua vez, os candidatos de cada lista consideram-se ordenados segundo a sequência da respetiva declaração de candidatura (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 15.º). Além disso, desde 2006, as listas de candidaturas apresentadas para a Assembleia da República devem ser compostas de modo a assegurar a paridade entre homens e mulheres[67] (Lei n.º 3/2006, de 21 de agosto).

É ao Presidente da República que cabe marcar, de harmonia com a lei eleitoral, o dia das eleições dos deputados à Assembleia da República [Constituição de 1976: artigo 133.º, alínea *b)*]. Relativamente a este ponto, a lei (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 19.º) dispõe que a data das eleições deve ser marcada com a antecedência mínima de 60 dias ou, em caso de dissolução, com a antecedência mínima de 55 dias. No caso de eleições para nova legislatura, estas realizam-se entre o dia 14 de setembro e o dia 14 de outubro do ano correspondente ao termo da legis-

[66] Jorge Miguéis *et al.*, *Lei eleitoral da Assembleia da República — anotada e comentada*, 77.

[67] "Entende-se por paridade, para efeitos de aplicação da presente lei, a representação mínima de 40% de cada um dos sexos, arredondada, sempre que necessário, para a unidade mais próxima" (Lei n.º 3/2006, de 21 de agosto: artigo 2.º, n.º 1).

latura. Além disso, o dia das eleições deve ser o mesmo em todos os círculos eleitorais, havendo de recair em domingo ou feriado nacional. No estrangeiro, a votação presencial inicia-se no dia anterior ao marcado para a eleição no território nacional e encerra-se neste dia.

É a data da publicação em Diário da República do decreto que fixa o dia das eleições que marca o início do processo eleitoral, ativando-se "um importante conjunto de institutos essenciais à garantia da liberdade e justiça da eleição e da transparência no processo. De todos eles se destaca, por não carecer de qualquer outro ato, a plena vigência das atribuições e dos poderes da CNE [Comissão Nacional de Eleições] no âmbito desse concreto processo eleitoral"[68]. Digno de referência é, ainda, o papel fulcral do Tribunal Constitucional ao longo de todo este processo, cabendo-lhe julgar em última instância a regularidade e validade dos atos do processo eleitoral [Constituição de 1976: artigo 223.º, n.º 2, alínea *c)*].

Mais releva mencionar que, em princípio, cabe ao juiz presidente da comarca com sede na capital do distrito ou região autónoma que constitua o círculo eleitoral a verificação da regularidade dos processos de candidatura, a autenticidade dos documentos que o integram e a elegibilidade dos candidatos.

No que à campanha eleitoral diz respeito, a mesma inicia-se no 14.º dia anterior e termina às 24 horas da antevéspera do dia designado para as eleições (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 53.º), sendo certo que os candidatos e os partidos políticos ou coligações que os propõem têm direito a igual tratamento por parte das entidades públicas e privadas a fim de efetuarem, livremente e nas melhores condições, a sua campanha eleitoral (Lei n.º 14/79, de 16 de maio: artigo 56.º).

A lei eleitoral contém, ainda, um conjunto de normas — que não nos cabe aqui detalhar — relativas à constituição das assembleias de voto (artigos 40.º e ss. da Lei n.º 14/79, de 16 de maio) e ao modo como o voto deve ser exercido (artigos 79.º e ss. da Lei n.º 14/79, de 16 de maio).

Já a conversão do número de votos em mandatos faz-se à luz do sistema de representação proporcional, segundo o método da média mais alta de Hondt, obedecendo às seguintes regras:

[68] Jorge MIGUÉIS *et al.*, *Lei eleitoral da Assembleia da República — anotada e comentada*, 90.

1) Apura-se em separado o número de votos recebidos por cada lista no círculo eleitoral respetivo;
2) O número de votos apurados por cada lista é dividido, sucessivamente, por 1, 2, 3, 4, 5, *etc.*, sendo os quocientes alinhados pela ordem decrescente da sua grandeza numa série de tantos termos quantos os mandatos atribuídos ao círculo eleitoral respetivo;
3) Os mandatos pertencem às listas a que correspondem os termos da série estabelecida pela regra anterior, recebendo cada uma das listas tantos mandatos quantos os seus termos na série;
4) No caso de restar um só mandato para distribuir e de os termos seguintes da série serem iguais e de listas diferentes, o mandato cabe à lista que tiver obtido menor número de votos.

Além disso, de modo a favorecer a representação parlamentar de pequenos partidos concentrados em determinados círculos eleitorais, a Constituição proíbe as "cláusulas-barreira", determinando que "a lei não pode estabelecer limites à conversão dos votos em mandatos por exigência de uma percentagem de votos nacional mínimo" (Constituição de 1976: artigo 152.º, n.º 1).

O Presidente e os demais membros da Mesa da Assembleia (Vice-Presidentes, Secretários e Vice-Secretários) são eleitos pela maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções, sendo os quatro Vice-Presidentes eleitos sob proposta dos quatro maiores grupos parlamentares [Constituição de 1976: artigo 175.º, n.º 1, alínea *b)*; Regimento da Assembleia da República: artigos 13.º e 23.º].

Como já afirmámos acima, a Assembleia da República tem ainda as comissões previstas no seu Regimento, podendo também criar comissões eventuais (*ad hoc*), de inquérito ou para qualquer outro fim determinado. A composição destas comissões corresponde à representatividade dos partidos na Assembleia da República, competindo, pois, aos grupos parlamentares indicar os seus representantes nas comissões parlamentares; já as suas presidências são repartidas pelos grupos parlamentares em proporção com o número dos seus deputados. O Regimento da Assembleia da República determina, ainda, que cada comissão parlamentar terá uma mesa, integrando o seu presidente e dois ou mais vice-presidentes, podendo, em seu caso, constituir subcomissões e grupos de trabalho.

Por fim, fora do período de funcionamento efetivo da Assembleia da República, durante o lapso temporal em que a mesma se encontrar dissolvida e nos demais casos constitucionalmente previstos, exerce funções a Comissão Permanente da Assembleia da República.

Os trabalhos da Assembleia e os das Comissões são coadjuvados por um corpo permanente de funcionários técnicos e administrativos e por especialistas requisitados ou temporariamente contratados, no número que o Presidente considerar necessário (Constituição de 1976: artigo 181.º).

3.4. No período 1976-2024, que regras foram estabelecidas em relação à duração dos mandatos dos membros de Órgãos Titulares do Poder Legislativo? Em seu caso, refira-se também aos membros de Órgãos Auxiliares.

A duração do mandato dos deputados da Assembleia da República é, em regra, de quatro anos, correspondendo à legislatura, a qual se prolonga por quatro sessões legislativas (cada uma delas iniciando-se a 15 de setembro e terminando a 15 de junho do ano civil seguinte)[69].

O mandato dos deputados inicia-se com a primeira reunião da Assembleia da República após eleições[70] e cessa com a primeira reunião após as eleições subsequentes, sem prejuízo de suspensão ou de cessação individual do mandato (Constituição de 1976: artigo 153.º, n.º 1).

O Presidente da Assembleia da República, assim como os demais membros da Mesa da Assembleia são, igualmente e em regra, eleitos por legislatura (de 4 em 4 anos).

[69] Isto sem prejuízo das suspensões que a Assembleia deliberar por maioria de dois terços dos deputados presentes. Fora deste período de funcionamento dito normal, a Assembleia da República pode funcionar por deliberação do Plenário, prorrogando o período normal de funcionamento, por iniciativa da Comissão Permanente ou, na impossibilidade desta e em caso de grave emergência, por iniciativa de mais de metade dos deputados. A Assembleia pode ainda ser convocada extraordinariamente pelo Presidente da República para se ocupar de assuntos específicos. Por sua vez, as comissões podem funcionar independentemente do funcionamento do Plenário da Assembleia, mediante deliberação desta (Constituição de 1976: artigo 174.º).

[70] Esta reunião pode dar-se no terceiro dia posterior ao apuramento dos resultados gerais das eleições ou, tratando-se de eleições por termo da legislatura, se aquele dia recair antes do termo desta, no primeiro dia da legislatura subsequente.

3.5. No período 1976-2024, que regras foram estabelecidas em relação à reeleição ou redesignação de membros de Órgãos Titulares do Poder Legislativo? Existem limitações no que respeita ao exercício de outros cargos públicos ou privados após terem deixado o cargo? Em seu caso, refira-se também aos membros de Órgãos Auxiliares.

Dispõe a CRP de 1976, de forma genérica, que "ninguém pode exercer a título vitalício qualquer cargo político de âmbito nacional, regional ou local"; e ainda, que "a lei pode determinar limites à renovação sucessiva de mandatos por titulares de cargos políticos executivos" (Constituição de 1976: artigo 118.º, n.os 1 e 2).

Sempre vale notar, porém, que este preceito constitucional não foi devidamente concretizado no que aos deputados que compõem a Assembleia da República diz respeito. Assim sendo, entre nós, "não existe qualquer limite constitucional à reeleição sucessiva para a [Assembleia da República]"[71], o que tem sido criticado por alguma doutrina.

Já no que toca à existência de restrições relativas ao exercício de outros cargos públicos ou privados após a cessação de funções dos deputados, cumpre referir o regime consagrado nos números 1 e 2 do artigo 10.º do Regime do Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos (Lei n.º 52/2019, de 31 de julho):

> "1 — Os titulares de cargos políticos de natureza executiva não podem exercer, pelo período de três anos contado a partir da data da cessação do respetivo mandato, por si ou através de entidade em que detenham participação, funções em empresas privadas que prossigam atividades no setor por eles diretamente tutelado e que, no período daquele mandato, tenham sido objeto de operações de privatização, tenham beneficiado de incentivos financeiros ou de sistemas de incentivos e benefícios fiscais de natureza contratual, ou relativamente às quais se tenha verificado uma intervenção direta do titular de cargo político.
>
> 2 — Excetua-se do disposto no número anterior o regresso à empresa ou atividade exercida à data da investidura no cargo."

[71] J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada — Vol. II*, 250.

A infração ao disposto neste artigo determina a inibição para o exercício de funções de cargos políticos e de altos cargos públicos no período de três anos.

3.6. No período 1976-2024, que regras foram estabelecidas em matéria de suspensão e/ou interrupção do mandato de membros de Órgãos Titulares do Poder Legislativo?

Em Portugal, o encurtamento do mandato dos deputados, abreviando-se o termo das suas funções durante o decurso da legislatura, pode verificar-se em situações de:

1) Morte;
2) Impossibilidade física ou psíquica permanente;
3) Renúncia ao mandato, mediante declaração escrita apresentada pessoalmente ao Presidente da Assembleia da República ou com a assinatura reconhecida notarialmente, comunicação ao grupo parlamentar (se o deputado fizer parte de algum), anúncio pela Mesa da renúncia em Plenário e publicação em Diário da Assembleia da República;
4) Ou por via da perda do mandato, uma vez verificada algumas das seguintes situações:
   a. O deputado preencha alguma das incapacidades ou incompatibilidades previstas na lei, quer quando surjam após a eleição e o início do mandato, quer quando preexistentes e apenas supervenientemente verificadas[72]: [1] Presidente da República; [2] Membro do Tribunal Constitucional, do Supremo Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Administrativo, do Tribunal de Contas, do Conselho Superior da Magistratura, do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Procurador-Geral da República e Provedor de Justiça; [3] Deputado ao Parlamento Europeu; [4]

[72] Note-se que, no caso das incompatibilidades, nem sempre a existência das mesmas implica a perda do mandato de deputado; em boa verdade, há incompatibilidades que determinam simplesmente a suspensão do mandato. Cf. Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada — vol. II*, 498.

Embaixador não oriundo da carreira diplomática; [5] Dirigente ou trabalhador do Estado ou de outra pessoa coletiva pública[73]; [6] Membro de órgão ou trabalhador de entidade administrativa independente, incluindo a Comissão Nacional de Eleições, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social e o Banco de Portugal; Membro do gabinete e da Casa Civil da Presidência da República, de gabinete dos Representantes da República para as regiões autónomas, de gabinete de membro do Governo, de gabinete de apoio a titulares de órgão executivo do poder local ou qualquer outro a estes legalmente equiparado; [7] Cônsul honorário de Estado estrangeiro; [8] Alto cargo ou função internacional, se for impeditivo do exercício do mandato parlamentar, bem como funcionário de organização internacional ou de Estado estrangeiro; [9] Presidente e vice-presidente do Conselho Económico e Social; [10] Membro de órgãos sociais ou similares, ou trabalhador, de empresas públicas, de empresas de capitais públicos ou participadas, de forma direta ou indireta, pelo Estado ou outras entidades públicas, ou de instituto público; [11] Integrar, a qualquer título, órgãos sociais de instituições, empresas ou sociedades concessionarias de serviços públicos ou que sejam parte em parceria público-privada com o Estado; [12] Integrar, a qualquer título, órgãos sociais de instituições, empresas ou sociedades de crédito, seguradoras e financeiras; [13] Integrar, a qualquer título, órgãos executivos de entidades envolvidas em competições desportivas profissionais, incluindo as respetivas sociedades acionistas[74].

b. O deputado não tome assento na Assembleia até à quarta reunião, salvo motivo justificado;

[73] Não está aqui abrangido o exercício gratuito de funções docentes no ensino superior, de atividades de investigação e outras de relevante interesse social similares como tais reconhecidas caso a caso pela comissão parlamentar competente em razão da matéria.

[74] Vd. o artigo 20.º, n.º 1 da Lei n.º 7/93, de 1 de março.

c. O deputado exceda o número de faltas estabelecido no Regimento (quatro[75]), salvo motivo justificado[76];
d. O deputado se inscreva em partido diverso daquele pelo qual foi apresentado a sufrágio;
e. O deputado seja judicialmente condenado por crime de responsabilidade no exercício da sua função lhe seja aplicada a pena específica de perda de mandato;
f. O deputado, independentemente de lhe ser aplicada a pena específica de perda de mandato, seja condenado por participar em organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista (Constituição de 1976: artigo 160.º);
g. O deputado incumpra culposamente as suas obrigações declarativas definidas por lei[77].

A perda do mandato opera desde o momento em que se produz o evento que a gera, embora tenha de ser declarada pela Mesa da Assembleia (depois de obtido parecer junto da comissão parlamentar competente). Por razões de interesse público, parecem não ficar afetados, porém, os atos (como as votações) em que o deputado em causa tenha intervindo[78]. Da declaração de perda de mandato cabe recurso para o Plenário e, por sua vez, da deliberação deste confirmando ou declarando a perda de mandato cabe recurso para o Tribunal Constitucional.

Estão, igualmente, previstas um conjunto de situações de suspensão temporária do mandato dos deputados:

[75] Vd. o artigo 23.º, n.º 2 da Lei n.º 7/93, de 1 de março.

[76] Considera-se motivo justificado de falta a doença, o casamento, a maternidade e a paternidade, o luto, a força maior, missão ou trabalho parlamentar e o trabalho político ou do partido a que o deputado pertence, bem como a participação em atividades parlamentares, nos termos do Regimento. Em casos excecionais, as dificuldades de transporte podem ser consideradas como justificação de faltas (Lei n.º 7/93, de 1 de março: artigo 8.º).

[77] Vd., por exemplo, os deveres dispostos no artigo 14.º da Lei n.º 7/93, de 1 de março.

[78] Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada — vol. II*, 500.

1) Pedido de substituição temporária, formulado pelo próprio, existindo motivo relevante[79] (Constituição de 1976: artigo 153.º, n.º 2);
2) Acusação definitiva pela prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos (Constituição de 1976: artigo 157.º, n.º 4[80]);
3) Acusação definitiva pela prática de um crime diverso ao descrito na alínea anterior, sempre que a Assembleia da República delibere a suspensão do mandato para efeitos de seguimento do processo (Constituição de 1976: artigo 157.º, n.º 4);
4) Exercício de cargo que gere alguma incompatibilidade com o exercício do mandato de Deputado à Assembleia da República [alíneas *a),* à exceção do Presidente da República, *d), f), g)* e *h)* do n.º 1 do artigo 20.º da Lei n.º 7/93, de 1 de março [81]]:
   a. Membro do Governo e Representantes da República para as regiões autónomas;
   b. Membro dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas;
   c. Governador e vice-governador civil;
   d. Presidente e vice-presidente de câmara municipal;
   e. Membro dos órgãos executivos das autarquias locais em regime de permanência ou em regime de meio tempo.

[79] Estamos a referir-nos a casos de doença grave que envolva impedimento do exercício das funções por período não inferior a 30 dias e até ao limite do respetivo motivo justificativo; de exercício de licença por maternidade ou paternidade; da necessidade de garantir seguimento de processo; ou de ocorrência de outros motivos ponderosos de natureza familiar, pessoal, profissional ou académica (Lei n.º 7/93, de 1 de março: artigo 5.º, n.º 2).

[80] "Movido procedimento criminal contra algum deputado, e acusado este definitivamente, a Assembleia decidirá se o deputado deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime [doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 3 anos]".

[81] Note-se que a suspensão do mandato estabelecida para os casos da alínea *g)* e *h)* do n.º 1 do artigo 20.º só é admissível imediatamente após a verificação de poderes pela Assembleia da República ou no momento da investidura no respetivo cargo autárquico e não pode ocorrer por mais do que um único período não superior a 180 dias.

Os deputados podem exercer outras atividades desde que não constem do rol apresentado, devendo, porém, comunicar esse facto através do preenchimento e atualização da declaração única de rendimentos, património e interesses.

Além disso, carecem de autorização da Assembleia para serem jurados, peritos ou testemunhas, não podendo servir de peritos, consultores ou árbitros em qualquer processo em que seja parte o Estado ou quaisquer outros entes públicos.

Por outro lado, é-lhes, igualmente, vedado, sem prejuízo do disposto em lei especial:

1) Participar em procedimentos de contratação pública, nos termos previstos no regime de exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos;
2) Prestar serviços, exercer funções como consultor, emitir pareceres ou exercer o patrocínio judiciário nos processos, em qualquer foro, a favor ou contra o Estado ou quaisquer outros entes públicos[82];
3) Integrar ou prestar quaisquer serviços a sociedades civis ou comerciais que desenvolvam qualquer uma das atividades referidas na alínea anterior;
4) Patrocinar ou desempenhar funções ao serviço de Estados estrangeiros;
5) Beneficiar, pessoal e indevidamente, de atos ou tomar parte em contratos em cujo processo de formação intervenham órgãos ou serviços colocados sob sua direta influência;
6) Figurar ou de qualquer forma participar em atos de publicidade comercial;
7) Prestar serviços ou manter relações de trabalho subordinado com instituições, empresas ou sociedades de crédito, seguradoras e financeiras;

[82] Não se consideram aqui incluídos os processos penais, cíveis, executivos, de família e menores, comerciais ou laborais em que o Ministério Público intervém sem assegurar a representação direta de qualquer entidade pública.

8) Prestar serviços ou manter relações de trabalho subordinado com instituições, empresas ou sociedades concessionárias de serviços públicos ou que sejam parte em parceria público-privada com o Estado[83].

Verificado qualquer destes impedimentos pela comissão parlamentar competente e aprovado o respetivo parecer pelo Plenário, é o deputado notificado para, no prazo de 30 dias, pôr termo a tal situação. Caso a situação de incompatibilidade não cesse, na maioria dos casos, o deputado perde o seu mandato, consagrando, porém, a lei alguns casos específicos em que a consequência será apenas a advertência e suspensão do mandato enquanto o vício durar, por período nunca inferior a 50 dias, bem como a obrigatoriedade de reposição da quantia correspondente à totalidade da remuneração que o titular tenha auferido pelo exercício de funções públicas, desde o início da situação de impedimento[84].

3.7. No período 1976-2024, que regras foram estabelecidas em relação à dissolução/demissão dos Órgãos Titulares do Poder Legislativo?

A Assembleia da República pode ser dissolvida autonomamente pelo Presidente da República[85] (*i.e.*, o exercício deste poder não depende de qualquer deliberação da própria Assembleia ou proposta do Governo, nem mesmo de referenda ministerial)[86], observados determinados limites temporais e ouvidos os partidos nela representados, assim como

[83] Vd., a este propósito, as normas relativas a impedimentos contidas no Regime de Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos (Lei n.º 52/2019, de 31 de julho).

[84] Artigo 21.º-B da Lei n.º 7/93, de 1 de março.

[85] Pela sua relevância, este ato não pode ser exercido, porém, pelo Presidente da República interino.

[86] Não se trata, pois, de "uma dissolução de 'tipo governamental', típica dos regimes parlamentares, pois a dissolução não é determinada pelo Governo (embora ele possa sugeri-la ao PR); não se trata de um poder típico de regime presidencial, porque neste, dada a separação dos poderes, o presidente não pode dissolver a assembleia.". Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada — Vol. II*, 184.

o Conselho de Estado [Constituição de 1976: artigo 133.º, alínea *e)*; artigo 145.º, alínea a)]. A dissolução não está, além disso, sujeita a qualquer consequência ou sanção política específica.

No que aos limites temporais diz respeito, dispõe a CRP de 1976 que não poderá haver dissolução da Assembleia da República nos seis meses posteriores à sua eleição, no último semestre do mandato do Presidente da República ou durante a vigência do estado de sítio ou do estado de emergência. A inobservância destas normas determina a inexistência jurídica do decreto de dissolução.

Em termos objetivos, poderá dizer-se também que, embora a decisão presidencial de dissolução da Assembleia da República seja tomada de forma autónoma, esta não poderá revelar-se como um "ato gratuito ou arbitrário, devendo pressupor situações de conflito ou de crise política para as quais a dissolução possa trazer solução (ex: irredutibilidade entre o Governo e a AR, falta sistemática de suporte parlamentar ao Governo, séria presunção da não correspondência entre a composição da AR e a opinião pública)"[87].

As nove dissoluções ocorridas até hoje (final de 2024) decorreram de ausência de maioria parlamentar, de demissão do Governo e de incapacidade de formação de um novo Governo (1979, 2002 e 2011); de efetivação de responsabilidade política, por o Presidente não reconhecer sustentabilidade a uma maioria efetiva ou potencial (1983, 1987, 2004); de desagregação da maioria (1985, 2022); de demissão do Primeiro-Ministro após notícia de abertura de processo-crime junto do Supremo Tribunal de Justiça, acompanhada de recusa do Presidente da República de indicação de um novo nome para chefiar o Executivo (2023)[88].

É, além disso, de notar que o decreto de dissolução da Assembleia deve proceder à marcação de novas eleições, as quais terão de ser realizadas nos sessenta dias seguintes e pela lei eleitoral vigente ao tempo da dissolução, sob pena da sua inexistência jurídica (Constituição de 1976: artigo 113.º, n.º 6).

Tenha-se, por outro lado, em conta que a dissolução da Assembleia não prejudica a subsistência do mandato dos deputados, nem a compe-

[87] J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada — Vol. II*, 184.

[88] Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada — vol. II*, 403.

tência da Comissão Permanente, até à primeira reunião da Assembleia após as subsequentes eleições (Constituição de 1976: artigo 172.º).

Por fim, note-se que, em caso de dissolução, a Assembleia então eleita inicia nova legislatura cuja duração será inicialmente acrescida do tempo necessário para se completar o período correspondente à sessão legislativa em curso à data da eleição. Assim se procede a um "inerente alargamento ou acréscimo da duração do mandato dos respetivos deputados"[89].

3.8. No período 1976-2024, que regras foram estabelecidas em relação à sucessão temporária e/ou definitiva dos membros dos Órgãos Titulares do Poder Legislativo?

Ocorrendo vagas ou substituições temporárias de mandatos parlamentares, os deputados que venham preencher essas vagas ou exercer o cargo a título substitutivo não exercerão um mandato de quatro anos; antes completam o mandato do anterior titular até ao termo da legislatura ou, neste último caso, até que o substituído possa reassumir o seu mandato[90].

O modo como se preenchem as vagas que ocorrerem na Assembleia, bem como a substituição temporária de deputados por motivo relevante, são regulados por lei eleitoral (Constituição de 1976: artigo 153.º, n.º 2).

Ora, segundo o Estatuto dos Deputados (Lei n.º 7/93, de 1 de março: artigo 9.º) e a Lei Eleitoral da Assembleia da República (Lei n.º 14/79, de 16 de maio), as vagas ocorridas na Assembleia da República são preenchidas pelo cidadão imediatamente a seguir na ordem da respetiva lista ou, tratando-se de coligação, pelo cidadão imediatamente a seguir do partido pelo qual havia sido proposto o candidato que deu origem à vaga. Quando, por aplicação desta última regra, se torne impossível o preenchimento da vaga por cidadão proposto pelo mesmo partido, o mandato será conferido ao candidato imediatamente a seguir na ordem da lista apresentada pela coligação.

[89] Paulo Otero, *Direito constitucional português — vol. II*, 281.

[90] Paulo Otero, *Direito constitucional português — vol. II*, 282.

O impedimento temporário do candidato chamado a assumir as funções de deputado determina a subida do candidato que se seguir na ordem de precedência. Cessado o impedimento, o candidato pode assumir o mandato no início da sessão legislativa seguinte, retomando, todavia, o seu lugar na lista para efeito de futuras substituições que ocorram na sessão legislativa em curso.

Note-se, porém, que não há lugar a preenchimento da vaga no caso de já não existirem candidatos efetivos ou suplentes não eleitos da lista a que pertencia o titular do mandato vago. Assim, e sendo certo que, entre nós, não há lugar a "eleições parciais e intercalares para nova eleição de um deputado pelo círculo eleitoral em causa, ficando o lugar sem titular, haverá aqui uma situação em que os deputados em efetividade de funções serão em número inferior aos 230 que compõem a Assembleia da República"[91].

Quer a substituição quer o reconhecimento do impedimento temporário de candidato não eleito e do seu termo depende de requerimento da direção do respetivo grupo parlamentar, quando o houver, ou do candidato com direito a preencher o lugar vago.

3.9. Partindo do enquadramento jurídico-normativo apresentado, exponha as principais conclusões a que chegou em relação ao atual modo de integração do Poder Legislativo.

Uma vez percorrido este breve percurso, podemos sintetizar o conteúdo das normas relativas ao atual modo de integração do Poder Legislativo em Portugal da seguinte forma:

1) São elegíveis como deputados da Assembleia da República todos os cidadãos portugueses eleitores, bem como os cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal (nos termos da lei e em condições de reciprocidade);
2) A Constituição e a lei consagram um conjunto de incapacidades eleitorais passivas ou inelegibilidades (absolutas ou relativas), bem como de incompatibilidades (também elas absolutas ou relativas) com o exercício do cargo de deputado;

[91] Paulo Otero, *Direito constitucional português — vol. II*, 283.

3) Os deputados são eleitos por sufrágio direto, secreto e periódico;
4) Entre nós, as candidaturas devem (*rectius*, só podem) ser apresentadas pelos partidos políticos, isoladamente ou em coligação;
5) O território eleitoral divide-se, para efeito de eleição dos deputados à Assembleia da República, em círculos eleitorais, correspondendo a cada um deles um colégio eleitoral;
6) Os deputados da Assembleia da República são eleitos por listas plurinominais em cada círculo eleitoral, dispondo o eleitor de um voto singular de lista;
7) É ao Presidente da República que cabe marcar, de harmonia com a lei eleitoral, o dia da eleição dos deputados à Assembleia da República, data essa que marca o início do processo eleitoral;
8) A conversão do número de votos em mandatos faz-se à luz do sistema de representação proporcional, segundo o método da média mais alta de Hondt;
9) A fim de favorecer a representação parlamentar de pequenos partidos concentrados em determinados círculos eleitorais, a Constituição proíbe as "cláusulas-barreira";
10) A duração do mandato dos deputados da Assembleia da República é, em regra, de quatro anos, correspondendo à legislatura;
11) Não existe qualquer limite constitucional à reeleição sucessiva dos deputados para a Assembleia da República;
12) São causas de vagatura do cargo de deputado a morte do seu titular; a sua impossibilidade física ou psíquica permanente; a renúncia ao cargo; a perda de mandato; ou a suspensão temporária do mandato;
13) Ocorrendo vagas ou substituições temporárias de mandatos parlamentares, os deputados que venham preencher essas vagas ou exercer o cargo a título substitutivo não exercerão um mandato de quatro anos; antes completam o mandato do anterior titular até ao termo da legislatura ou, neste último caso, até que o substituído possa reassumir o seu mandato;

14) A Assembleia da República pode ser dissolvida autonomamente pelo Presidente da República, uma vez ouvidos os partidos nela representados, consultado o Conselho de Estado e respeitados determinados limites temporais constitucionalmente fixados.

4. Competências do Poder Legislativo

4.1. A título de incursão histórica, explicite sinteticamente que disposições jurídico-normativas se destacaram por terem consagrado ou desenvolvido regras essenciais à definição das competências do Poder Legislativo, mas cujo conteúdo não será analisado em detalhe por já terem perdido vigência antes do ano de 1976.

As Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, além terem por função elaborar, discutir e aprovar a primeira lei fundamental lusa, também desempenharam o papel de assembleia legislativa, tendo, nesse sentido, assumido a plenitude dos poderes do Estado[92].

É nas várias Constituições portuguesas que vamos encontrar as normas essenciais para efeitos de delimitação das competências reconhecidas ao Poder Legislativo ao longo da história constitucional portuguesa.

Ora, a Constituição de 1822, para além de atribuir às Cortes o poder de fazer as leis, interpretá-las, e revogá-las, também lhes conferiu atribuições alargadas que não se enquadram nas tradicionais competências do Poder Legislativo.

Assim, competia às Cortes, *inter alia*: tomar juramento ao Rei, ao Príncipe Real, e à Regência ou Regente; reconhecer o Príncipe Real como sucessor da Coroa, e aprovar o plano da sua educação; nomear tutor ao Rei menor; eleger a Regência ou o Regente; resolver as dúvidas que ocorressem sobre a sucessão à Coroa; aprovar os trabalhos da

[92] Jorge MIRANDA, *Manual de direito constitucional — vol. I (tomo I.2)*, 449.

aliança ofensiva ou defensiva, de subsídios, e de comércio, antes de serem ratificados; fixar todos os anos sobre proposta ou informação do Governo as forças de terra e mar, assim as ordinárias em tempo de paz, como as extraordinárias em tempo de guerra; conceder ou negar a entrada de formas estrangeiras de terra ou mar, dentro do reino ou dos postos dele (Constituição de 1822: artigo 113.º).

Como se pode verificar, estas competências foram, no essencial, mantidas pela Carta Constitucional de 29 de abril de 1826:

> "É da atribuição das Cortes:
>
> §1.º — Tomar Juramento ao Rei, ao Príncipe Real, ao Regente, ou Regência.
>
> §2.º — Eleger o Regente ou a Regência, e marcar os limites da sua Autoridade.
>
> §3.º — Reconhecer o Príncipe Real, como Sucessor do Trono, na primeira Reunião, logo depois do seu nascimento.
>
> §4.º — Nomear Tutor ao Rei menor, caso seu Pai o não tenha nomeado em Testamento.
>
> §5.º — Na morte do Rei, ou vacância do Trono, instituir exame da Administração, que acabou, e reformar os abusos nela introduzidos.
>
> §6.º — Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las.
>
> §7.º — Velar na guarda da Constituição e promover o Bem Geral da Nação.
>
> §8.º — Fixar anualmente as Despesas Públicas, e repartir a Contribuição direta.
>
> §9.º — Conceder, ou negar a entrada de Forças Estrangeiras de terra e mar dentro do Reino, ou dos Portos dele.
>
> §10.º — Fixar anualmente, sobre a informação do Governo, as Forças de mar e terra ordinárias e extraordinárias.
>
> §11.º — Autorizar o Governo a contrair Empréstimos.
>
> §12.º — Estabelecer meios convenientes para pagamento da Dívida Pública.
>
> §13.º — Regular a Administração dos Bens do Estado, e decretar a sua alienação.
>
> §14.º — Criar ou suprimir Empregos públicos, e estabelecer-lhes Ordenados.
>
> §15.º — Determinar o peso, valor, inscrição, tipo, e denominação das Moedas; assim como o padrão dos Pesos e Medidas."
>
> (Carta Constitucional de 1826: artigo 15.º)

Note-se, igualmente, que era privativa da Câmara dos Deputados a iniciativa sobre impostos e sobre recrutamentos, bem como decretar a

acusação dos Ministros de Estado e Conselheiros de Estado (Carta Constitucional de 1826: artigos 35.º e 37.º). Por outro lado, principiavam nessa Câmara o exame da Administração passada, e reforma dos abusos nela introduzidos, bem como a discussão das propostas feitas pelo poder executivo (Carta Constitucional de 1826: artigo 36.º).

Já à Câmara dos Pares cabia conhecer dos delitos individuais cometido pelos membros da Família Real, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e pares, e dos delitos dos deputados, durante o período da legislatura; conhecer da responsabilidade dos Secretários e Conselheiros de Estado; convocar as Cortes na morte do Rei, para a eleição da Regência, nos casos em que ela tem lugar, quando a Regência Provisional o não faça (Carta Constitucional de 1826: artigo 41.º)[93].

Já a proposição, oposição e aprovação dos Projetos de Lei apresentava-se como uma competência exercida, em simultâneo, por ambas as Câmaras (Carta Constitucional de 1826: artigo 45.º).

Do mesmo modo, o rol de competências atribuídas às Cortes não se modificou significativamente com a aprovação da Constituição de 24 de abril de 1838:

> "Compete às Cortes:
>
> 1.º — Fazer as Leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las;
>
> 2.º — Velar na observância da Constituição e das Leis, e promover o bem geral da Nação;
>
> 3.º — Tomar juramento ao Rei, Regente ou Regência, e ao Príncipe Real;
>
> 4.º — Eleger o Regente nos casos em que a Constituição prescreve; a marcar os limites da sua autoridade, ou ele seja eletivo, ou chamado pelo direito de sucessão;
>
> 5.º — Reconhecer o Príncipe Real como Sucessor da Coroa, na primeira reunião depois do seu nascimento, e aprovar o plano de sua educação;
>
> 6.º — Nomear tutor ao Rei menor, não sendo vivo seu Pai ou Avô, ou não lhe tendo sido nomeado em testamento;
>
> 7.º — Confirmar o tutor nomeado pelo Rei, se este abdicar ou sair do Reino;
>
> 8.º — Resolver as dúvidas que ocorrerem sobre a Sucessão da Coroa;

[93] Note-se, porém, que o Ato Adicional de 1907 atribuía ao Supremo Tribunal de Justiça a competência para o julgamento dos crimes de responsabilidade ministerial (artigo 2.º).

> 9.º — Aprovar, antes de serem ratificados, os tratados de aliança, subsídios, comércio, troca ou cessão de alguma porção de território português ou de direito a ela;
>
> 10.º — Fixar anualmente, sobre proposta ou informação do Governo, as forças de terra e mar;
>
> 11.º — Conceder ou negar a entrada de forças estrangeiras de terra ou de mar;
>
> 12.º — Votar anualmente os impostos, e fixar a receita e despesa do Estado;
>
> 13.º — Autorizar o Governo para contrair empréstimos, estabelecendo ou aprovando previamente, exceto nos casos de urgência, as condições com que devem ser feitos;
>
> 14.º — Estabelecer meios convenientes para o pagamento da dívida pública;
>
> 15.º — Regular a administração dos Bens Nacionais, e decretar a sua alienação;
>
> 16.º — Criar ou suprimir empregos, e estabelecer-lhes ordenado;
>
> 17.º — Determinar o valor, peso, lei, inscrição, tipo e denominação das moedas, assim como o padrão dos pesos e medidas."
>
> (Constituição de 1938: artigo 37.º)

Mais uma vez, era privativa da Câmara dos Deputados a iniciativa sobre impostos e recrutamento, assim como decretar a acusação dos Ministros e Secretários de Estado. A discussão sobre propostas do Executivo devia, igualmente, ser principiada nesta Câmara (Constituição de 1838: artigos 54.º, 55.º e 56.º).

Por outro lado, mantinha-se privativo da câmara alta conhecer dos débitos individuais cometidos pelos membros da Família Real, pelos ministros, secretários de Estado e pelos senadores e deputados; bem como conhecer a responsabilidade dos ministros e secretários de Estado (Constituição de 1838: artigo 61.º).

Sem novidade, a proposta, discussão e aprovação dos projetos de lei competia a cada uma das Câmaras (Constituição de 1838: artigo 64.º).

Por sua vez, a Constituição de 1911, além de alargar o leque geral de competências reconhecido ao órgão parlamentar, contribuiu para uma melhor e mais ampla delimitação das competências privativas de cada uma das câmaras que o compunham:

"É privativa da Câmara dos Deputados a iniciativa:

a) Sobre impostos;

b) Sobre organização das forças de terra e mar;

c) Sobre a discussão das propostas feitas pelo Poder Executivo;

d) Sobre a pronúncia dos membros do Poder Executivo, por crimes de responsabilidade praticados nessa qualidade […];

e) Sobre a revisão da Constituição;

f) Sobre a prorrogação e o adiamento da sessão legislativa."

(Constituição de 1911: artigo 23.º)

"Ao Senado compete privativamente aprovar ou rejeitar, por votação secreta, as propostas de nomeação dos governadores e comissários da República para as províncias do ultramar […]."

(Constituição de 1911: artigo 25.º)

"Compete privativamente ao Congresso da República:

1.º — Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las;

2.º — Velar pela observância da Constituição e das leis e promover o bem geral da Nação;

3.º — Orçar a receita e fixar a despesa da República, anualmente, tomar as contas da receita e despesa de cada exercício financeiro e votar anualmente os impostos;

4.º — Autorizar o Poder Executivo a realizar empréstimos e outras operações de crédito, que não sejam de dívida flutuante, estabelecendo ou aprovando previamente as condições gerais em que devem ser feitos;

5.º — Regular o pagamento da dívida interna e externa;

6.º — Resolver sobre a organização da defesa nacional;

7.º — Criar e suprimir empregos públicos, fixar as atribuições dos respetivos empregados e estipular-lhes os vencimentos;

8.º — Criar e suprimir alfândegas;

9.º — Determinar o peso, o valor, a inscrição, o tipo e a denominação das moedas,

10.º — Fixar o padrão dos pesos e medidas;

11.º — Criar bancos de emissão, regular a emissão bancária e tributá-la;

12.º — Resolver sobre os limites dos territórios da Nação;

13.º — Fixar, nos termos de leis especiais, os limites das divisões administrativas do país e resolver sobre a sua organização geral;

14.º — Autorizar o Poder Executivo a fazer a guerra, se não couber o recurso à arbitragem ou esta se malograr, salvo caso de agressão iminente ou efetiva por forças estrangeiras, e a fazer a paz;

15.º — Resolver definitivamente sobre tratados e convenções;

16.º — Declarar em estado de sítio, com suspensão total ou parcial das garantias constitucionais, um ou mais pontos do território nacional, no caso de agressão iminente ou efetiva por forças estrangeiras ou no caso de perturbação interna;

[…]

17.º — Organizar o poder judicial nos termos da presente Constituição;

18.º — Conceder amnistia;

19.º — Eleger o Presidente da República;

20.º — Destituir o Presidente da República, nos termos desta Constituição;

21.º — Deliberar sobre a revisão da Constituição antes de decorrido o decénio […];

22.º — Regular a administração dos bens nacionais;

23.º — Decretar a alienação dos bens nacionais;

24.º — Sancionar os regulamentos elaborados para execução das leis;

[…]

25.º — Continuar no exercício das suas funções legislativas depois de terminada a respetiva legislatura, se por algum motivo as eleições não tiverem sido feitas nos prazos constitucionais."

(Constituição de 1911: artigo 26.º)

Com a ditadura militar e, mais tarde, a entrada em vigor da Constituição de 1933, a ideia de Parlamento, enquanto órgão de soberania, deixou de constar das prioridades políticas do poder. Assim, na versão originária e de transição deste texto constitucional, o poder legislativo foi atribuído exclusivamente à Assembleia Nacional:

"Compete à Assembleia Nacional:

1.º — Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las;

2º — Vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis;

3.º — Tomar as contas respeitantes a cada ano económico, as quais lhe serão apresentadas como o relatório e decisão do Tribunal de Contas e os demais elementos que forem necessários para a sua apreciação;

4.º — Autorizar o Governo a cobrar as receitas do Estado e a pagar as despesas públicas em gerência futura, definindo na respetiva lei de autorização os princípios a que deve ser subordinado o Orçamento na parte das despesas cujo quantitativo não é determinado em harmonia com leis preexistentes;

5.º — Autorizar o Governo a realizar empréstimos e outras operações de crédito que não sejam dívida flutuante, estabelecendo as condições gerais em que podem ser feitos;

> 6.º — Autorizar o Chefe de Estado a fazer a guerra, se não couber recurso à arbitragem, ou esta se malograr, salvo caso de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, e a fazer a paz;
>
> 7.º — Aprovar […] as convenções e tratados internacionais;
>
> 8.º — Declarar o estado de sítio, com suspensão total ou parcial das garantias constitucionais, em um ou mais pontos do território nacional, no caso de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras ou no de a segurança e a ordem públicas serem gravemente perturbadas ou ameaçadas;
>
> 9.º — Definir os limites dos territórios da Nação;
>
> 10.º — Conceder amnistias;
>
> 11.º — Tomar conhecimento das mensagens do Chefe de Estado;
>
> 12.º — Deliberar sobre a revisão constitucional, antes de decorrido o decénio;
>
> 13.º — Conferir ao Governo autorizações legislativas."
>
> (Constituição de 1933: artigo 91.º)

Note-se, porém, que as leis votadas pela Assembleia Nacional se deviam restringir à aprovação das bases gerais dos regimes jurídicos (Constituição de 1933: artigo 92.º, na sua versão originária), permitindo-se que o Governo legislasse não só no uso de autorizações legislativas, mas também em "casos de urgência e necessidade pública" (devendo, neste apresentar o decreto-lei à Assembleia, para ratificação, nas cinco primeiras sessões após a sua publicação). E repare-se, ao longo do tempo, a tendência foi sempre a de subversão do primado *de jure* da competência legislativa do Parlamento (que, de facto, nunca existiu)[94]. Tal ficou, aliás, bastante patente nas revisões constitucionais de 1935-1938 e 1945: neste último caso, estendia-se mesmo a competência legislativa do Governo, consagrando-a fora dos casos de urgência e de necessidade pública. Como se pode ler no parecer da Câmara Corporativa, esta alteração visou "regularizar constitucionalmente a situação de facto: o Governo é órgão legislativo normal e a Assembleia órgão legislativo excecional" (Diário das Sessões, n.º 176 de 16

[94] António de Oliveira Salazar chegou mesmo a defender "que fosse só o Governo a legislar com a colaboração consultiva duma Câmara Corporativa, possivelmente completada por um conselho de técnicos de leis; e que a Assembleia Nacional subsistisse como assembleia política, que transmitiria ao Governo as grandes aspirações nacionais e fiscalizaria a administração pública". Cf. Jorge MIRANDA, *Manual de direito constitucional — vol. I (tomo I.2)*, 84.

de junho de 1945). Só em 1951 é que se verificou um certo reequilíbrio, tendo a Assembleia aproveitado ou desenvolvido algumas virtualidades que a Constituição então lhe abria.

Apesar disto, pode notar-se que a Constituição de 1933 chegou a definir algumas matérias da exclusiva competência legislativa da Assembleia: a organização da defesa nacional; a criação e suspensão de serviços públicos; o peso, valor e denominação das moedas; o padrão dos pesos e medidas; a criação de bancos ou instituições de emissão e as normas a que deve obedecer a circulação fiduciária; a organização dos tribunais (Constituição de 1933: artigo 93.º)[95].

Um outro aspeto a destacar é o instituto da ratificação, isto é, o direito reconhecido à Assembleia de alterar legislação produzida pelo Governo, o qual foi, porém, mitigado nas revisões constitucionais de 1935 (sujeitando-se à fiscalização apenas os decretos-leis publicados durante o período da sessão legislativa) e de 1945 (limitando-a aos casos em que um número mínimo de deputados a pedisse). Em 1971, surge uma figura processual semelhante à ratificação tácita.

Por fim, era ao Chefe de Estado que competia em exclusivo a nomeação, exoneração e mesmo o acompanhamento político da atividade do Governo, não tendo a Assembleia quaisquer competências constitucionais nestas matérias, na medida em que os ministros respondiam politicamente perante o Presidente do Conselho e este respondia apenas perante o Presidente da República.

Chegamos, por fim, à CRP de 1976, na sua versão originária e de transição. Como teremos a oportunidade de analisar com maior detalhe nos próximos pontos, este diploma jurídico-constitucional continha um conjunto amplo de preceitos dedicados à competência da Assembleia da República enquanto assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses:

1) Artigo 164.º (Competência política e legislativa);
2) Artigo 165.º (Competência de fiscalização);
3) Artigo 166.º (Competência em relação a outros órgãos);
4) Artigo 167.º (Reserva de competência legislativa);
5) Artigo 168.º (Autorizações legislativas).

[95] Com a Revisão Constitucional de 1959, estas matérias foram alargadas às liberdades de expressão, de ensino, de reunião e de associação, ao *habeas corpus* e às garantias dos juízes dos tribunais ordinários. Um novo alargamento viria a verificar-se em 1971.

Voltamos, ainda, a relembrar que, dado o forte pendor militar deste texto jurídico-constitucional, se reconheciam amplos poderes ao Conselho da Revolução.

4.2. No período 1976-2024, que competências centrais ou de primeira ordem, de natureza executiva (isto é, competências cujo exercício implica um impacto direto nos membros da comunidade), foram concedidas aos Órgãos Titulares do Poder Legislativo?

À luz da CRP de 1976, são várias as competências executivas da Assembleia da República, no sentido que, *hic et nunc*, lhe foi atribuído ("competências cujo exercício implique um impacto direto nos membros da comunidade"). Vejamos algumas delas:

No quadro das competências políticas:

> "[...]
> h) Autorizar o Governo a contrair e a conceder empréstimos e a realizar outras operações de crédito que não sejam de dívida flutuante, definindo as respetivas condições gerais, e estabelecer o limite máximo dos avales a conceder em cada ano pelo Governo;
> i) Aprovar os tratados, designadamente os tratados de participação de Portugal em organizações internacionais, os tratados de amizade, de paz, de defesa, de retificação de fronteiras e os respeitantes a assuntos militares, bem como os acordos internacionais que versem matérias da sua competência reservada ou que o Governo entenda submeter à sua apreciação;
> j) Propor ao Presidente da República a sujeição a referendo de questões de relevante interesse nacional;
> l) Autorizar e confirmar a declaração do estado de sítio e do estado de emergência;
> m) Autorizar o Presidente da República a declarar a guerra e a fazer paz;
> n) Pronunciar-se, nos termos da lei, sobre as matérias pendentes de decisão em órgãos no âmbito da União Europeia que incidam na esfera da sua competência legislativa reservada;
> o) Desempenhar as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei."
> (Constituição de 1976: artigo 161.º)

No âmbito das competências de fiscalização:

> "a) Vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e apreciar os atos do Governo e da Administração;
>
> b) Apreciar a aplicação da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência;
>
> c) Apreciar, para efeito de cessação de vigência ou de alteração, os decretos-leis, salvo os feitos no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, e os decretos legislativos regionais previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 227.º;
>
> d) Tomar as contas do Estado e das demais entidades públicas que a lei determinar, as quais serão apresentadas até 31 de dezembro do ano subsequente, com o parecer do Tribunal de Contas e os demais elementos necessários à sua apreciação;
>
> e) Apreciar os relatórios de execução dos planos nacionais."
>
> (Constituição de 1976: artigo 162.º)

No domínio das competências face a outros órgãos:

> "Compete à Assembleia da República, relativamente a outros órgãos:
>
> a) Testemunhar a tomada de posse do Presidente da República;
>
> b) Dar assentimento à ausência do Presidente da República do território nacional;
>
> c) Promover o processo de acusação contra o Presidente da República por crimes praticados no exercício das suas funções e decidir sobre a suspensão de membros do Governo, no caso previsto no artigo 196.º;
>
> d) Apreciar o programa do Governo;
>
> e) Votar moções de confiança e de censura ao Governo;
>
> f) Acompanhar e apreciar, nos termos da lei, a participação de Portugal no processo de construção da união europeia;
>
> [...]
>
> i) Acompanhar, nos termos da lei, o envolvimento de contingentes militares e de forças de segurança no estrangeiro."
>
> (Constituição de 1976: artigo 163.º)

No que respeita à fiscalização da atividade do Governo e da Administração pela Assembleia da República, cabe ainda destacar os seguintes mecanismos:

1) As moções de censura (Constituição de 1976: artigo 194.º);
2) As moções de confiança (Constituição de 1976: artigo 193.º);
3) As comissões parlamentares de inquérito (Constituição de 1976: artigo 178.º);
4) As interpelações ao Governo [Constituição de 1976: artigo 180.º, n.º 2, alínea *d)*];
5) As perguntas escritas e orais a membros do Governo [Constituição de 1976: artigo 156.º, alínea *d)*];
6) A apreciação do programa do Governo (Constituição de 1976: artigo 192.º);
7) O controlo parlamentar dos decretos-leis [Constituição de 1976: artigos 162.º, alínea *c)* e 169.º];
8) O controlo orçamental (Constituição de 1976: artigo 107.º)[96].

Já no plano das relações externas, importa também destacar que a Assembleia da República desenvolve ações de carácter transnacional, designadamente no que toca ao estabelecimento de relações protocolares com entidades congéneres (com outros Parlamentos ou Assembleias representativas), mas também no que diz respeito a atividades internas de análise, discussão e aperfeiçoamento da ordem jurídica interna em razão das exigências da Comunidade Internacional.

Relativamente à União Europeia, a Assembleia da República desempenha um importante papel no âmbito do acompanhamento e apreciação da participação de Portugal no processo de construção da União Europeia. Assim, o Parlamento é informado, através do Governo, de todas as propostas apresentadas no Conselho da União Europeia, de forma a poder:

[96] O Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 317/86, de 19 de novembro, deixou claro que o n.º 3 do artigo 108.º [atualmente, artigo 107.º] da Constituição não proibia que a Assembleia da República, no âmbito da competência genérica que lhe era atribuída pelo artigo 165.º, alínea *a),* da Constituição [atualmente, artigo 161.º, alínea *a)*], pudesse acompanhar o desenvolvimento orçamental, solicitando as informações genéricas para tanto necessárias. Por outro lado, aquele acórdão chamou à atenção para o facto de os deputados poderem solicitar os elementos que entendam necessários, tendo o Governo o dever de os fornecer, o mesmo acontecendo em relação aos grupos parlamentares.

1) Apreciar os processos de legislação e de orientação das políticas e ações da União Europeia;
2) Proceder regularmente à apreciação global da participação portuguesa no processo de construção europeia, efetuando para o efeito um debate semestral com a presença do Governo;
3) Apreciar a programação financeira da construção da União Europeia, designadamente os fundos estruturais e o fundo de coesão.

Neste contexto, vale destacar o papel da Comissão Parlamentar de Assuntos Europeus, a qual é competente para acompanhar as matérias relativas à União Europeia, articulando a sua intervenção com todas as comissões parlamentares especializadas em razão da sua competência específica e preparando os debates em Plenário. Esta Comissão acompanha, aprecia e pronuncia-se sobre o processo de construção da União Europeia, designadamente através da apreciação do trabalho do Governo enquanto membro do Conselho e do acompanhamento das iniciativas — legislativas e não legislativas — da Comissão Europeia. Este acompanhamento é facilitado e incentivado pela participação nas reuniões interparlamentares, sobretudo em sede da COSAC (Conferência das Comissões de Assuntos Europeus dos Parlamentos da União Europeia) e através do estreito relacionamento com o Parlamento Europeu. Por último, a Comissão também promove consultas, conferências e debates públicos relativamente aos temas de maior atualidade europeia, procurando informar e envolver os cidadãos no debate dos assuntos europeus.

No âmbito da cooperação interparlamentar existe ainda a Conferência dos Presidentes dos Parlamentos da União, que reúne regularmente, de dois em dois anos, desde 1963.

4.3. No período 1976-2024, que competências centrais ou de primeira ordem, de natureza legislativa, foram concedidas aos Órgãos Titulares do Poder Legislativo?

Como já se viu, a Assembleia da República é o órgão por excelência no exercício do Poder Legislativo em Portugal, sem prejuízo da possibilidade de intervenção do Governo. Assim, a CRP de 1976 reconhece-lhe

amplas competências políticas e legislativas. Vejamos.

Nos termos do artigo 161.º da CRP de 1976, compete a este órgão de soberania:

> "a) Aprovar alterações à Constituição, nos termos dos artigos 284.º a 289.º;
>
> b) Aprovar os estatutos político-administrativos e as leis relativas à eleição dos deputados às Assembleias Legislativas das regiões autónomas;
>
> c) Fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo;
>
> d) Conferir ao Governo autorizações legislativas;
>
> e) Conferir às Assembleias Legislativas das regiões autónomas as autorizações previstas na alínea b) do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição;
>
> f) Conceder amnistias e perdões genéricos;
>
> g) Aprovar as leis das grandes opções dos planos nacionais e o Orçamento do Estado, sob proposta do Governo;
>
> [...]
>
> o) Desempenhar as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei."
>
> (Constituição de 1976: artigo 161.º)

Em matéria legislativa, a Assembleia pode legislar sobre todas as matérias, à exceção das referentes à organização e funcionamento do Governo (Constituição de 1976: artigo 198.º, n.º 2), as quais são da competência exclusiva do Executivo.

Nas matérias de reserva absoluta de competência legislativa, só a Assembleia da República pode legislar. Trata-se de matérias de competência legislativa exclusiva, com reserva absoluta, da Assembleia da República. São elas:

> "a) Eleições dos titulares dos órgãos de soberania;
>
> b) Regimes dos referendos;
>
> c) Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional;
>
> d) Organização da defesa nacional, definição dos deveres dela decorrentes e bases gerais da organização, do funcionamento, do reequipamento e da disciplina das Forças Armadas;
>
> e) Regimes do estado de sítio e do estado de emergência;
>
> f) Aquisição, perda e reaquisição da cidadania portuguesa;
>
> g) Definição dos limites das águas territoriais, da zona económica exclusiva e dos direitos de Portugal aos fundos marinhos contíguos;

h) Associações e partidos políticos;

i) Bases do sistema de ensino;

j) Eleições dos deputados às Assembleias Legislativas das regiões autónomas;

l) Eleições dos titulares dos órgãos do poder local ou outras realizadas por sufrágio direto e universal, bem como dos restantes órgãos constitucionais;

m) Estatuto dos titulares dos órgãos de soberania e do poder local, bem como dos restantes órgãos constitucionais ou eleitos por sufrágio direto e universal;

n) Criação, extinção e modificação de autarquias locais e respetivo regime, sem prejuízo dos poderes das regiões autónomas;

o) Restrições ao exercício de direitos por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo, bem como por agentes dos serviços e forças de segurança;

p) Regime de designação dos membros de órgãos da União Europeia, com exceção da Comissão;

q) Regime do sistema de informações da República e do segredo de Estado;

r) Regime geral de elaboração e organização dos orçamentos do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais;

s) Regime dos símbolos nacionais;

t) Regime de finanças das regiões autónomas;

u) Regime das forças de segurança;

v) Regime da autonomia organizativa, administrativa e financeira dos serviços de apoio do Presidente da República."

(Constituição de 1976: artigo 164.º)

Há, ainda, matérias da competência exclusiva da Assembleia da República sobre as quais o Governo pode legislar, mediante autorização legislativa daquela e por via da emanação de um decreto-lei autorizado. Estas matérias encontram-se hoje consagradas no artigo 165.º, n.º 1, da CRP de 1976:

"1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo:

a) Estado e capacidade das pessoas;

b) Direitos, liberdades e garantias;

c) Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos, bem como processo criminal;

d) Regime geral de punição das infrações disciplinares, bem como dos atos ilícitos de mera ordenação social e do respetivo processo;

e) Regime geral da requisição e da expropriação por utilidade pública;

f) Bases do sistema de segurança social e do serviço nacional de saúde;

g) Bases do sistema de proteção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural;

h) Regime geral do arrendamento rural e urbano;

i) Criação de impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas;

j) Definição dos setores de propriedade dos meios de produção, incluindo a dos setores básicos nos quais seja vedada a atividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza;

l) Meios e formas de intervenção, expropriação, nacionalização e privatização dos meios de produção e solos por motivo de interesse público, bem como critérios de fixação, naqueles casos, de indemnizações;

m) Regime dos planos de desenvolvimento económico e social e composição do Conselho Económico e Social;

n) Bases da política agrícola, incluindo a fixação dos limites máximos e mínimos das unidades de exploração agrícola;

o) Sistema monetário e padrão de pesos e medidas;

p) Organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respetivos magistrados, bem como das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos;

q) Estatuto das autarquias locais, incluindo o regime das finanças locais;

r) Participação das organizações de moradores no exercício do poder local;

s) Associações públicas, garantias dos administrados e responsabilidade civil da Administração;

t) Bases do regime e âmbito da função pública;

u) Bases gerais do estatuto das empresas públicas e das fundações públicas;

v) Definição e regime dos bens do domínio público;

x) Regime dos meios de produção integrados no sector cooperativo e social de propriedade;

z) Bases do ordenamento do território e do urbanismo;

aa) Regime e forma de criação das polícias municipais."

(Constituição de 1976: artigo 165.º, n.º 1)

A Assembleia da República pode ainda legislar em matéria concorrente, repartindo esta tarefa com o Governo, em igualdade de circuns-

tâncias [artigos 161.º, alínea *c)* e 198.º, n.º 1, alínea *a)* da CRP de 1976].

Contudo, como já referido anteriormente, atendendo à superioridade e primado do poder legislativo da Assembleia da República, reconhece-se à mesma um mecanismo constitucional de controlo através do qual fiscaliza o mérito dos decretos-leis do Governo, com exceção dos decretos-leis emanados ao abrigo da sua competência legislativa exclusiva. Este mecanismo — a designada "apreciação parlamentar de atos legislativos" — encontra-se consagrado no artigo 169.º da CRP de 1976:

> "1. Os decretos-leis, salvo os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, podem ser submetidos a apreciação da Assembleia da República, para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, a requerimento de dez deputados, nos trinta dias subsequentes à publicação, descontados os períodos de suspensão do funcionamento da Assembleia da República.
>
> 2. Requerida a apreciação de um decreto-lei elaborado no uso de autorização legislativa, e no caso de serem apresentadas propostas de alteração, a Assembleia poderá suspender, no todo ou em parte, a vigência do decreto-lei até à publicação da lei que o vier a alterar ou até à rejeição de todas aquelas propostas.
>
> 3. A suspensão caduca decorridas dez reuniões plenárias sem que a Assembleia se tenha pronunciado a final.
>
> 4. Se for aprovada a cessação da sua vigência, o diploma deixará de vigorar desde o dia em que a resolução for publicada no Diário da República e não poderá voltar a ser publicado no decurso da mesma sessão legislativa.
>
> 5. Se, requerida a apreciação, a Assembleia não se tiver sobre ela pronunciado ou, havendo deliberado introduzir emendas, não tiver votado a respetiva lei até ao termo da sessão legislativa em curso, desde que decorridas quinze reuniões plenárias, considerar-se-á caduco o processo.
>
> 6. Os processos de apreciação parlamentar de decretos-leis gozam de prioridade, nos termos do Regimento."
>
> (Constituição de 1976: artigo 169.º)

Os diplomas aprovados pela Assembleia da República designam-se por "decretos" que, após promulgação e referenda, são publicados como leis. Estes diplomas são votados, em regra, por maioria simples. Algumas leis, designadas por "leis orgânicas", têm, porém, de ser aprovadas por maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções (referem-se, por exemplo, às eleições para a Assembleia da República e Presidência da República, ao referendo, à defesa nacional). Em outros casos, a lei

fundamental vai ainda mais longe e exige a aprovação de determinadas leis por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções (é o caso da lei respeitante à entidade de regulação da comunicação social; da lei que consagre normas que limitem a renovação sucessiva de mandatos dos titulares de cargos políticos executivos; da lei que regule o exercício do direito de voto; *etc.*) (Constituição de 1976: artigo 168.º).

As leis que aprovam alterações à Constituição chamam-se "leis constitucionais" e têm de ser aprovadas por maioria de dois terços dos deputados em efetividade de funções (Constituição de 1976: artigos 166.º, n.º 1 e 286.º, n.º 1).

As restantes deliberações da Assembleia da República têm a forma de resolução.

4.4. No período 1976-2024, que competências centrais ou de primeira ordem, de natureza judicial, foram concedidas aos Órgãos Titulares do Poder Legislativo?

Em Portugal, e encarando num sentido amplo a noção de *funções de natureza judicial*, compete à Assembleia da República conceder amnistias e perdões genéricos [Constituição de 1976: artigo 161.º, alínea *f)*]. Além disso, as suas comissões parlamentares de inquérito gozam de todos os poderes de investigação das autoridades judiciárias.

No que se prende com a amnistia, a mesma extingue o crime e todas as suas consequências penais, mas não prejudica os direitos de terceiros a título de indemnização pelos prejuízos que o ato lhe causou. É, assim, um procedimento de carácter geral através do qual o Estado apaga o relevo jurídico de certas infrações. Subdivide-se em amnistia própria, anterior à condenação e amnistia imprópria, a qual atua depois da condenação definitiva.

Porque a amnistia corresponde, de certo modo, à revogação das leis que mandam punir os crimes, a competência para a sua concessão pertence normalmente aos órgãos do poder competentes para legislar sobre a incriminação. Esta regra não é, porém, absoluta, precisamente em atenção aos fins que o poder se propõe com a sua concessão: políticos,

sociais, de congratulação por acontecimentos relevantes e até por meras razões de organização e funcionamento dos serviços públicos.

É a lei amnistiante que fixa os seus próprios termos e as condições da sua aplicação.

A amnistia distingue-se do perdão da pena (indulto) porque este é pessoal e limitado aos efeitos da condenação, mas o crime mantém-se; naquela, é o próprio crime que desaparece.

Diferentemente do indulto, que consiste num ato de clemência individualizada, conforme o disposto no artigo 134.º, alínea *f),* da CRP de 1976, a amnistia tem o carácter de "generalidade" próprio das leis, sendo uma competência política e legislativa da Assembleia da República, por força do estatuído no artigo 164.º, alínea *g),* da CRP de 1976.

É exemplo da concessão de amnistia a Lei n.º 29/99, de 12 de maio, que veio fixar que nas infrações praticadas até 25 de março de 1999, inclusive, era perdoado um ano de todas as penas de prisão, ou um sexto das penas de prisão até oito anos, ou um oitavo ou um ano e seis meses das penas de prisão de oito ou mais anos, consoante resultasse mais favorável ao condenado.

Por sua vez, o perdão genérico é uma forma de extinção, total ou parcial, da pena. A amnistia dirige-se ao crime, enquanto o perdão se dirige à pena. O perdão faz pressupor a perpetração da infração, não a elimina ou extingue; apaga, total ou parcialmente, os efeitos penais da infração, mas não apaga o próprio crime que desencadeou aqueles efeitos.

Entre a amnistia e o perdão genérico (incluindo a figura da comutação genérica de penas) existe uma diferença de regimes jurídicos importante: a amnistia tem efeitos retroativos, afetando não só a pena aplicada, mas também o próprio ato criminoso passado, que é esquecido, considerando-se como não praticado (abolição retroativa do crime). O perdão genérico incide, segundo a doutrina maioritária, apenas sobre as penas determinadas pela decisão condenatória e para o futuro.

Relativamente às comissões de inquérito, são as mesmas constituídas para cada caso específico, sendo através destas realizados os inquéritos parlamentares. Estes têm como função vigiar o cumprimento da Constituição e das leis, assim como "apreciar os atos do Governo e da Administração". Podem debruçar-se sobre qualquer matéria que seja considerada de "interesse público relevante para o exercício das atribuições da Assembleia da República" (artigo 1.º da Lei n.º 5/93, de 1 de março).

Estas comissões gozam de todos os poderes de investigação das autoridades judiciárias e têm direito à coadjuvação dos órgãos de polícia criminal e de autoridades administrativas, nos mesmos termos que os tribunais (Regimento da Assembleia da República n.º 1/2020, de 31 de agosto: artigo 237.º; e ainda, Lei n.º 5/93, de 1 de março: artigo 13.º, nºs 1 e 2).

Segundo o regime jurídico dos inquéritos parlamentares, para a constituição da comissão é necessário que o requerimento, dirigido ao Presidente da Assembleia da República, indique o seu objeto e fundamentos, podendo já indicar "a lista preliminar dos cidadãos a convocar para a prestação de depoimentos e das eventuais diligências a efetuar" (Lei n.º 5/93, de 1 de março: artigo 4.º, n.º 2).

O Presidente da Assembleia da República comunica ao Procurador-Geral da República sobre "o conteúdo da resolução ou a parte dispositiva do requerimento que determine a realização de um inquérito", tendo este que informar o Parlamento se com base nos mesmos factos decorre algum processo criminal e em que fase (Lei n.º 5/93, de 1 de março: artigo 5.º).

Caso exista processo criminal em curso, cabe à Assembleia deliberar sobre a eventual suspensão do processo de inquérito parlamentar até ao trânsito em julgado da correspondente sentença judicial.

O regime das comissões de inquérito prevê que, através destas, os deputados possam pedir por escrito ao Governo, às autoridades judiciárias, aos órgãos e serviços da Administração, assim como a outras entidades públicas, incluindo reguladores independentes ou entidades privadas, "as informações e documentos que julguem úteis à realização do inquérito" (Lei n.º 5/93, de 1 de março: artigo 13.º, n.º 3).

Esta prestação de informação e documentos "são de realização obrigatória" e devem ser prestadas no prazo de 10 dias. Está ainda previsto que "no decurso do inquérito, a recusa de prestação de depoimento, de prestação de informações ou de apresentação de documentos só se terá por justificada nos termos da lei processual penal e da presente lei" (Lei n.º 5/93, de 1 de março: artigo 13.º, n.º 7).

A maioria das reuniões destas comissões são públicas, mas podem haver exceções: "se as reuniões e diligências tiverem por objeto matéria sujeita a segredo de Estado, a segredo de justiça ou a sigilo por razões de reserva da intimidade das pessoas"; se "os depoentes se opuserem à

publicidade da reunião, com fundamento na salvaguarda de direitos fundamentais"; e ainda, se "as reuniões e diligências colocarem em perigo o segredo das fontes de informação, salvo autorização dos interessados" (Lei n.º 5/93, de 1 de março: artigo 15.º, n.º 1).

Importa, por fim, referir que é à Assembleia da República que cabe promover o processo de acusação contra o Presidente da República por crimes praticados no exercício das suas funções.

4.5. No período 1976-2024, que competências foram concedidas aos Órgãos Titulares do Poder Legislativo para nomear/designar e destituir/exonerar membros de qualquer poder do Estado?

O Presidente da República toma posse perante a Assembleia da República (Constituição de 1976: artigo 127.º, n.º 1).

Acresce que, caso o Presidente da República se ausente do território nacional sem o assentimento da Assembleia da República, tal facto envolve, de pleno direito, a perda do cargo (Constituição de 1976: artigo 129.º, n.º 3).

Mais se diga que, no caso de crimes praticados no exercício das funções de Presidente da República, cabe à Assembleia da República a iniciativa do processo, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos deputados em efetividade de funções [Constituição de 1976: artigos 130.º, n.º 2 e 163.º, alínea *c)*].

É competência da Assembleia decidir sobre a suspensão de membros do Governo, no caso previsto no artigo 196.º:

> "1 — Nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos e em flagrante delito.
>
> 2 — Movido procedimento criminal contra algum membro do Governo, e acusado este definitivamente, a Assembleia da República decidirá se o membro do Governo deve ou não ser suspenso para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido no número anterior."
>
> (Constituição de 1976: artigo 196.º)

Embora não se trate aqui de um verdadeiro poder de destituição direta por parte da Assembleia da República, sempre se poderá dizer que a perda de mandato dos deputados tem de ser declarada pela Mesa da Assembleia, nos termos do disposto na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 25.º do Regimento da Assembleia da República.

Num outro plano, a Assembleia da República elege, por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções, dez juízes do Tribunal Constitucional[97]; o Provedor de Justiça[98]; o Presidente do Conselho Económico e Social[99]; sete vogais do Conselho Superior da Magistratura[100]; quatro vogais para o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais[101]; os membros da Entidade de Regulação da Comunicação Social[102], bem como de outros órgãos constitucionais cuja designação, nos termos da lei, seja co-

[97] Nos termos do artigo 221.º da CRP de 1976, o Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (Constituição de 1976: artigos 221.º a 224.º).

[98] O Provedor de Justiça é um órgão do Estado, eleito pela Assembleia da República, mas independente, que tem como função principal promover a defesa dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos. Através de recomendações e outros meios não formais, procura assegurar a justiça e a legalidade na atividade dos poderes públicos (Constituição de 1976: artigo 23.º).

[99] O Conselho Económico e Social é o órgão de consulta e concertação no domínio das políticas económica e social, participa na elaboração das propostas das grandes opções e dos planos de desenvolvimento económico e social e exerce as demais funções que lhe sejam atribuídas por lei (Constituição de 1976: artigo 92.º, n.º 1).

[100] O Conselho Superior da Magistratura é o órgão do Estado a quem estão constitucionalmente atribuídas as competências de nomeação, colocação, transferência e promoção dos Juízes dos Tribunais Judiciais e o exercício da ação disciplinar, sendo, simultaneamente, um órgão de salvaguarda institucional dos juízes e da sua independência (Constituição de 1976: artigo 218.º; e ainda, Lei n.º 21/85, de 30 de julho: artigos 136.º a 162.º-B).

[101] O Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais é o órgão de gestão e disciplina dos juízes da jurisdição administrativa e fiscal, estando as suas competências definidas no artigo 74.º, n.º 2 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais — Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro).

[102] A Entidade Reguladora para a Comunicação Social é uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, com natureza de entidade administrativa independente, exercendo os necessários poderes de regulação e de supervisão (Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro).

metida à Assembleia da República [Constituição de 1976: artigos 163.º, alínea *h)*; 166.º, n.º 5; 222.º, n.º 1 e 218.º, n.º 1, alínea *b)*].

Para além daqueles, a Assembleia ainda elege, segundo o sistema de representação proporcional, cinco membros do Conselho de Estado e cinco vogais do Conselho Superior do Ministério Público [Constituição de 1976: artigo 163.º, alínea *g)*].

4.6. No período 1976-2024, que competências foram concedidas aos Órgãos Titulares do Poder Legislativo para dissolver/demitir in toto *qualquer outro poder do Estado?*

Cabe à Assembleia da República fiscalizar a atividade do Governo e da Administração. A rejeição por parte daquela do programa apresentado pelo Governo, a aprovação de uma moção de censura ou a rejeição de uma moção de confiança conduzirá à demissão deste [Constituição de 1976: artigo 195.º, n.º 1, alíneas *d), e)* e *f)*]:

> "1. Implicam a demissão do Governo:
> […]
> d) A rejeição do programa do Governo;
> e) A não aprovação de uma moção de confiança;
> f) A aprovação de uma moção de censura por maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções.
> […]"
> (Constituição de 1976: artigo 195.º)

A utilização do mecanismo de apreciação parlamentar, ao qual já nos referimos, dispensa, à partida, o recurso aos instrumentos de apuramento de responsabilidade política supramencionados (*v.g.,* moção de censura, comissões de inquérito, interpelações). Contudo, nas situações em que a Assembleia da República aprova a cessação de vigência de um decreto-lei ou lhe introduz alterações, poder-se-á sustentar que foi apurada responsabilidade política, na medida em que foi questionada, corrigida ou mesmo desautorizada uma certa orientação política do Governo. O poder político do Governo foi afetado, ainda que ele não tenha sido sancionado com a demissão (remoção com consequente perda de poder).

4.7. No período 1976-2024, que competências foram concedidas aos Órgãos Titulares do Poder Legislativo em matéria orçamental?

O artigo 161.º da CRP de 1976 determina que "compete à Assembleia da República: (…) g) Aprovar as leis das grandes opções dos planos nacionais e o Orçamento do Estado, sob proposta do Governo".

Esta era já a linha seguida no texto originário e de transição da CRP de 1976, onde se previa que a lei do orçamento é votada anualmente pela Assembleia da República e que o Orçamento Geral do Estado será elaborado pelo Governo, de harmonia com a lei do orçamento (Constituição de 1976: artigo 108.º, n.os 1 e 2, na redação originária e de transição).

Nos termos do artigo 106.º:

> "1. A lei do Orçamento é elaborada, organizada, votada e executada, anualmente, de acordo com a respetiva lei de enquadramento, que incluirá o regime atinente à elaboração e execução dos orçamentos dos fundos e serviços autónomos.
>
> 2. A proposta de Orçamento é apresentada e votada nos prazos fixados na lei, a qual prevê os procedimentos a adotar quando aqueles não puderem ser cumpridos.
>
> 3. A proposta de Orçamento é acompanhada de relatórios sobre:
>
> a) A previsão da evolução dos principais agregados macroeconómicos com influência no Orçamento, bem como da evolução da massa monetária e suas contrapartidas;
>
> b) A justificação das variações de previsões das receitas e despesas relativamente ao Orçamento anterior;
>
> c) A dívida pública, as operações de tesouraria e as contas do Tesouro;
>
> d) A situação dos fundos e serviços autónomos;
>
> e) As transferências de verbas para as regiões autónomas e as autarquias locais;
>
> f) As transferências financeiras entre Portugal e o exterior com incidência na proposta do Orçamento;
>
> g) Os benefícios fiscais e a estimativa da receita cessante".

Em termos de procedimento, de acordo com os n.os 1 e 2 do artigo 52.º do Regimento da Assembleia da República n.º 1/2020, de 31 de agosto: "durante o funcionamento efetivo da Assembleia, pode esta deli-

berar suspender as suas reuniões plenárias para efeito de trabalho de comissões parlamentares, suspensão esta que não pode exceder duas semanas, exceto durante o período de discussão e votação na especialidade do Orçamento do Estado". Já o artigo 60.º, n.º 2, alínea *e),* desse mesmo Regimento determina que a aprovação da lei do orçamento do Estado constitui prioridade absoluta no que toca à fixação da ordem do dia. As disposições gerais em matéria de finanças públicas, nomeadamente no que toca ao Orçamento do Estado, estão consagradas nos artigos 205.º a 207.º deste mesmo diploma.

Nos termos do artigo 134.º da CRP de 1976, compete ao Presidente da República promulgar e mandar publicar leis. Nestes termos, a Lei do Orçamento de Estado apenas entrará em vigor após a sua promulgação pelo Presidente da República e publicação em Diário da República.

No que respeita à fiscalização, dispõe o artigo 107.º da CRP de 1976 que "a execução do Orçamento será fiscalizada pelo Tribunal de Contas e pela Assembleia da República, que, precedendo parecer daquele tribunal, apreciará e aprovará a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social".

Em suma, de acordo com o exposto, compreende-se que os órgãos titulares do poder legislativo não atuam de forma isolada no procedimento de elaboração e aprovação da Lei do Orçamento do Estado. Esta lei depende, ao nível da iniciativa, de uma proposta de lei do Governo (Poder Executivo), na fase de controlo do procedimento parlamentar depende de promulgação por parte do Presidente da República e, *a posteriori*, em sede de fiscalização de execução, verifica-se o controlo por parte do Tribunal de Contas.

4.8. No período 1976-2024, que competências foram concedidas aos Órgãos Titulares do Poder Legislativo para o exercício de poderes excecionais ou de emergência?

A CRP de 1976 prevê, nos seus artigos 19.º e 138.º, duas situações de exceção constitucional: a situação de "estado de sítio" e de "estado de emergência". Estas caracterizam-se pela verificação de perigos graves para a existência do Estado, a segurança e a organização da coletividade,

perigos esses que não podem ser eliminados pelos meios normais previstos no texto constitucional, mas apenas através de medidas excecionais.

O "estado de sítio" e o "estado de emergência" são, assim, duas figuras distintas reconhecidas no artigo 19.º da CRP de 1976, mas cujas diferenças de regime não são definidas. De facto, são os mesmos os acontecimentos que podem motivar uma situação e outra, sendo igual a forma e processo de declaração e comuns os limites materiais e temporais [Constituição de 1976: artigos 134.º, alínea *d),* e 138.º]. A única diferença constitucionalmente assinalada é a que decorre do n.º 3 do artigo 19.º, nos termos do qual o estado de emergência é declarado quando os pressupostos exigidos no n.º 2 "se revistam de menor gravidade", apenas podendo "determinar a suspensão de alguns direitos, liberdades e garantias".

A declaração do estado de emergência compete ao Presidente da República, reveste a forma de decreto e depende da audição do Governo e da autorização da Assembleia da República [Constituição de 1976: artigos 134.º, alínea *d),* e 138.º].

> "1. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência depende de audição do Governo e de autorização da Assembleia da República ou, quando esta não estiver reunida nem for possível a sua reunião imediata, da respetiva Comissão Permanente.
>
> 2. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, quando autorizada pela Comissão Permanente da Assembleia da República, terá de ser confirmada pelo Plenário logo que seja possível reuni-lo."
>
> (Constituição de 1976: artigo 138.º)

O Presidente da República deve, assim, solicitar à Assembleia da República autorização para declarar o estado de emergência, em mensagem na qual constem os factos justificativos do estado a declarar, o âmbito territorial e a duração. Deve ainda, de forma clara e expressa, constar a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso ou restringido e a determinação do grau de reforço dos poderes das autoridades administrativas civis e do apoio às mesmas pelas Forças Armadas, sendo caso disso.

A autorização, confirmação ou recusa da declaração do estado de emergência pela Assembleia da República assumem a forma de resolução, nos termos do artigo 161.º, alínea *l),* e artigo 166.º, n.º 5, da CRP de 1976.

O estado de emergência cessa automaticamente pelo decurso do prazo, bem como pela cessação das circunstâncias que tiverem determinado a declaração, devendo, neste caso, ser revogada, também por decreto do Presidente da República referendado pelo Governo. Nos termos do artigo 162.º, alínea b), da CRP de 1976, "compete à Assembleia da República apreciar a aplicação da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência".

A violação do disposto na declaração do estado de emergência faz incorrer os respetivos autores em crime de desobediência. No entanto, os cidadãos cujos direitos, liberdades e garantias tiverem sido violados por declaração do estado de emergência, ou por providência adotada na sua vigência, ferida de inconstitucionalidade ou ilegalidade, designadamente por privação ilegal ou injustificada da liberdade, têm direito à correspondente indemnização, nos termos gerais.

Cumpre ainda salientar que a Lei Constitucional n.º 1/97 alterou, no n.º 2 do artigo 138.º, a ratificação pela confirmação pelo Plenário. Em rigor, trata-se de uma confirmação ratificativa, pois através deste ato a Assembleia da República dá a sua concordância e garante a estabilidade do ato anteriormente praticado pela Comissão Permanente que, só a título excecional (quando a Assembleia da República não estiver reunida ou não for possível a sua reunião imediata) pode arrogar-se competência autorizativa da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência. Note-se que a falta de ratificação confirmativa implica a caducidade do ato.

Os órgãos titulares do poder legislativo não exercem os seus poderes em matéria de estado de sítio ou estado de emergência de forma independente. Como se viu, o Presidente da República declara, através de decreto, a situação de estado de sítio ou emergência, declaração esta que depende da audição do Governo e da autorização da Assembleia da República [Constituição de 1976: artigos 134.º, alínea d) e 138.º].

4.9. No período 1976-2024, que competências pouco convencionais ou sui generis *foram concedidas aos Órgãos Titulares do Poder Legislativo?*

A Assembleia da República, enquanto órgão titular por excelência do poder legislativo, detém alguns poderes de natureza judicial, o que não deixa de ser curioso. De facto, e como foi já referido, compete à Assembleia da República conceder amnistias e perdões genéricos [Constituição de 1976: artigo 161.º, alínea f)], e as suas comissões parlamentares de inquérito gozam de todos os poderes de investigação das autoridades judiciárias (Lei n.º 5/93, de 1 de março).

No exercício destes poderes, a Assembleia da República atua de forma independente, ainda que se exija uma coordenação entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República, no que toca às comissões parlamentares de inquérito. No âmbito destas comissões, como se viu, a Assembleia da República goza de todos os poderes de investigação das autoridades judiciárias e tem direito à coadjuvação dos órgãos de polícia criminal e de autoridades administrativas nos mesmos termos que os tribunais (artigos 237.º do Regimento da Assembleia da República n.º 1/2020, de 31 de agosto, e 13.º, n^{os} 1 e 2, da Lei n.º 5/93, de 1 de março).

4.10. No período 1976-2024, que regras gerais de deliberação foram estabelecidas para que os Órgãos Titulares do Poder Legislativo exerçam as competências acima descritas?

De acordo com o artigo 116.º da CRP de 1976, a regra é a da maioria simples para a aprovação de qualquer deliberação por parte dos órgãos colegiais que integrem o poder político:

> "1. As reuniões das assembleias que funcionem como órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local são públicas, exceto nos casos previstos na lei.
>
> 2. As deliberações dos órgãos colegiais são tomadas com a presença da maioria do número legal dos seus membros.

> 3. Salvo nos casos previstos na Constituição, na lei e nos respetivos regimentos, as deliberações dos órgãos colegiais são tomadas à pluralidade de votos, não contando as abstenções para o apuramento da maioria."
> (Constituição de 1976: artigo 116.º)

Vale, assim, de acordo com o artigo 116.º, n.º 3, o princípio da maioria relativa, bastando que os votos a favor sejam mais do que os contrários (no caso de igualdade não existe aprovação), sendo indiferentes as abstenções. A irrelevância das abstenções deve-se ao facto de estas equivalerem a abstenções de emitir opinião, de tomar posição, não podendo, desta forma, ser contadas nem do lado dos votos favoráveis nem do lado dos votos contrários. Assim, a base constitucional do princípio da maioria é ainda o princípio democrático: deve prevalecer a posição sufragada pelo maior número.

No entanto, a aprovação por maioria simples é apenas um princípio subsidiário, que cede quando a Constituição, a lei ou os regimentos dos próprios órgãos exijam maiorias qualificadas. O significado da maioria qualificada varia substancialmente, conforme deva ser calculada em função dos presentes ou votantes (veja-se o artigo 279.º, n.º 2, da CRP de 1976) ou em função do número — legal ou efetivo — de membros do órgão em causa [como nos artigos 130.º, n.º 2; 136.º, n.º 2 e 3; 192.º, n.º 4; 195.º, n.º 1, alínea f); 284.º, n.º 2; e 286.º, n.º 1, todos da CRP de 1976]. Pode, aliás, haver uma combinação de ambas as maiorias, como sucede nos artigos 136.º, n.º 3; 163.º, alínea h); e 168.º, n.º 5, todos da CRP de 1976.

A exigência de maioria qualificada traduz-se em atribuir uma espécie de direito de veto às minorias. Quanto mais exigente for a maioria necessária para aprovar, menor é o número de opositores suficiente para impedir a sua aprovação. Desta forma, a exigência constitucional de maiorias qualificadas funciona como uma limitação do princípio da maioria e como uma garantia especial das minorias[103].

A este propósito, veja-se também o disposto no artigo 92.º do Regimento da Assembleia da República n.º 1/2020, de 31 de agosto (Requisitos e condições da votação):

[103] J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada — Vol. II*, 114.

> "1 — As deliberações são tomadas à pluralidade de votos, com a presença da maioria legal de deputados em efetividade de funções, previamente verificada por recurso ao mecanismo eletrónico de voto e anunciada pela Mesa, salvo nos casos especialmente previstos na Constituição ou no Regimento.
>
> 2 — As abstenções não contam para o apuramento da maioria.
>
> 3 — O resultado de cada votação é imediatamente anunciado pela Mesa, com menção expressa do preenchimento dos requisitos constitucionais ou regimentais aplicáveis.
>
> 4 — As deliberações sem eficácia externa, tomadas sobre aspetos circunscritos à coordenação de trabalhos ou seus procedimentos, são válidas desde que verificado o quórum de funcionamento."
>
> (Regimento da Assembleia da República n.º 1/2020, de 31 de agosto: artigo 92.º)

4.11. Partindo do enquadramento jurídico-normativo apresentado, exponha as principais conclusões a que chegou em relação às atuais competências do Poder Legislativo

Uma vez percorrido este breve percurso, podemos sintetizar o conteúdo das normas relativas à atual delimitação de competências do Poder Legislativo em Portugal da seguinte forma:

1) A Assembleia da República é o órgão legislativo por excelência. Em princípio, e de acordo com os princípios democrático-representativos convencionais, à Assembleia da República deveria caber toda a competência legislativa e nenhum domínio legislativo lhe estaria vedado;
2) No entanto, a lei fundamental consagra dois desvios a este princípio: por um lado, existe um domínio vedado à atividade legiferante da Assembleia da República, que é reservado ao Governo (artigo 198.º, n.º 2); por outro lado, a Assembleia da República não é o único órgão legislativo, visto que, além das Assembleias Legislativas Regionais das regiões autónomas, no seu domínio próprio, também o Governo goza de poderes legislativos (artigo 198.º, n.º 1), não apenas mediante autorização da Assembleia da República ou em desenvolvimento das leis de base da Assembleia da República mas também, concorrente-

mente com ela, nas áreas não reservadas a esta. Nessas áreas em que o Governo concorre legislativamente com a Assembleia da República, ele pode produzir legislação não apenas *para além* como também *contra* as leis da Assembleia da República. Assim, e na esteira da Constituição de 1933, a CRP de 1976 atribuiu, com grande amplitude, competência legislativa ao Governo que, ao contrário do que acontece com a maior parte dos sistemas políticos democráticos, assume um poder legislativo autónomo e normal[104];

3) Assim, em suma, no domínio das "competências de legislação ordinária", a Assembleia da República possui:
   a. Competências legislativas diretas ou independentes e competências legislativas indiretas ou por conexão;
   b. Competências legislativas genéricas e competências legislativas específicas;
   c. Competências legislativas reservadas e competências legislativas não reservadas ou consequenciais;
4) À Assembleia da República são ainda reconhecidas:
   a. Competências de legislação constitucional;
   b. Funções de dinamização das instituições;
   c. Funções de orientação política;
   d. Funções de controlo político face a outros órgãos ou a atos/atividades[105].

5. Comentários finais

Uma vez percorrido este caminho pelas diversas normas — constitucionais e infraconstitucionais — que moldam a estrutura fundamental, o modo de integração e as competências reconhecidas aos órgãos que exercem o Poder Legislativo em Portugal, impõe-se-nos fazer um balanço geral dos seus pontos fortes e oportunidades, não esquecendo a existência de pontos fracos e debilidades, as quais são merecedoras de cuidada reflexão.

[104] J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 290 e 479.
[105] Jorge MIRANDA / Rui MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada — vol. II*, 450-452.

Em suma, como tivemos a oportunidade de realçar ao longo desta investigação, a CRP de 1976 atribui o núcleo essencial do Poder Legislativo à Assembleia da República, órgão parlamentar de soberania e "rosto" por excelência da democracia representativa no nosso país.

A Assembleia da República é, atualmente, composta por 230 deputados, os quais são eleitos por sufrágio universal, igual, livre, direto, secreto e periódico. Podem ser eleitos como deputados todos os cidadãos portugueses eleitores, bem como, à partida, os cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal. As candidaturas devem ser apresentadas por intermédio dos partidos políticos, sendo realizada a eleição por listas plurinominais em cada círculo eleitoral. A conversão do número de votos em mandatos faz-se, neste âmbito, à luz do sistema de representação proporcional, recorrendo ao designado "método de Hondt".

Os deputados são eleitos por períodos de quatro anos, não existindo limites constitucionais à sua reeleição sucessiva. São, porém, várias as circunstâncias que podem determinar a vagatura antecipada do cargo (morte, impossibilidade física ou psíquica permanente, renúncia ao cargo, perda de mandato, suspensão temporária do mandato).

No exercício das suas competências, a Assembleia da República é coadjuvada por comissões especializadas permanentes, comissões eventuais, pela designada Comissão Permanente e pelos grupos parlamentares de amizade.

Note-se, por fim, que a Assembleia da República pode ser dissolvida autonomamente pelo Presidente da República, uma vez ouvidos os partidos nela representados, consultado o Conselho de Estado e respeitados determinados limites temporais constitucionalmente fixados.

No plano das competências, vale relembrar que este órgão de soberania dispõe de um conjunto variado de competências políticas, de fiscalização, de nomeação e destituição, executivas (no sentido acima explicitado) e legislativas. Neste último caso, vale distinguir entre: (1) competências legislativas diretas e indiretas; (2) competências legislativas genéricas e específicas; (3) competências legislativas reservadas e não reservadas.

Apesar de tudo isto, como se viu, em Portugal, o órgão parlamentar não é o único incumbido de exercer o Poder Legislativo. Na verdade, a CRP de 1976 — na senda, aliás, da própria Constituição de 1933 — reco-

nhece amplas competências legislativas ao Governo, tornando-o um ator importante neste domínio. Várias são as evidências nesse sentido — afinal de contas, a lei fundamental portuguesa:

1) Atribui ao Governo competência exclusiva na matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento;
2) Admite a intervenção legislativa do Governo, mediante autorização por parte da Assembleia da República, num conjunto amplo e relevante de matérias (aquelas que integram a "reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República");
3) Reconhece, em áreas não reservadas à Assembleia da República, a possibilidade de o Governo legislar de forma concorrente com o órgão parlamentar (o seu poder legislativo é, neste domínio, autónomo e normal).

Tal surge, aliás, como uma nota verdadeiramente distintiva do ordenamento jurídico-constitucional português, a qual não tem paralelo na grande maioria dos demais ordenamentos jurídicos europeus.

Ora, como se viu, em regra, o quadro normativo que conforma o exercício do Poder Legislativo em Portugal tem sido genericamente respeitado ao longo das últimas décadas. Isso não significa, porém, a ausência de condutas transgressoras de tais normas, mormente por via da invasão, por parte de outros órgãos e entidades, da esfera de competências reservadas à Assembleia da República. Neste contexto, tem-se revelado fundamental a atuação do Tribunal Constitucional português no sentido de evitar a debilitação ou violação do princípio da separação de poderes, o qual é verdadeiramente essencial à subsistência do Estado de Direito.

Tal não impede que haja espaço para o aperfeiçoamento ou refinamento desse mesmo quadro normativo, desde logo com vista à superação de algumas das críticas que a doutrina lhe tem — por vezes, com razão; noutras vezes, nem tanto — dirigido. Procurando estimular o leitor a refletir sobre esta questão, deixamos alguns tópicos para uma possível discussão neste sentido:

1) A inexistência de limites no que respeita à reeleição dos deputados à Assembleia da República coloca fortemente em causa a concretização do princípio fundamental da renovação (assim se

evitando um certo "arejamento" ao nível da composição deste órgão de soberania) e poderá revelar-se uma solução pouco consentânea com o princípio anticorrupção, um vetor principiológico que tem vindo a ser desenvolvido por parte da doutrina constitucional e que se revela intolerante com todo o tipo de soluções normativas que, atual ou potencialmente, criem condições favoráveis ao florescimento de práticas corruptas e corruptivas, não só mas também, no seio dos órgãos superiores do Estado. Ora, a possibilidade de reeleição sucessiva de uma mesma pessoa para o cargo de deputado poderá favorecer a corrupção nos planos político e eleitoral, o que bem revela a desadequação desta solução normativa;

2) É necessário repensar o modo como, atualmente, estão delimitados os vários círculos eleitorais, assegurando a efetiva concretização do princípio da representação proporcional. Só assim poderemos garantir a igualdade do voto quanto ao peso, mormente nos círculos de menor dimensão;
3) É imprescindível que, ao mais alto nível político, se defina uma política legislativa, entendida como uma política pública de regulação, que defina princípios e instrumentos que garantam a qualidade da legislação, respeitando os princípios da necessidade, simplicidade e acessibilidade da lei, e assegurando a transparência do procedimento legislativo. Também a avaliação do impacto legislativo deverá ser considerada um instrumento fundamental para o desenvolvimento de uma política legislativa sustentável;
4) É necessário que o procedimento parlamentar e governamental de transposição de diretivas comunitárias seja iniciado de forma atempada, face às pesadas sanções pecuniárias por incumprimento. É de ponderar, ainda neste âmbito, a possibilidade de a transposição de diretivas técnicas (que correspondam a matérias que não se insiram na reserva legislativa de nenhum órgão de soberania e não sejam objeto de ato legislativo vigente) poder vir a ser efetuada por via regulamentar, evitando-se sobrecarregar o procedimento legislativo e encurtando-se o período necessário para a transposição;

5) É desejável que representantes do Parlamento e do Governo mantenham relações de cooperação técnica com as entidades congéneres dos Estados com os quais Portugal tem laços estreitos, nomeadamente com entidades que intervêm no procedimento legislativo no âmbito da União Europeia e de organizações internacionais, nomeadamente a OCDE.

Como se vê, são vários os aspetos que podem — ou melhor, devem — ser considerados pelos atores e decisores políticos numa futura revisão do texto da CRP ou da legislação infraconstitucional direta ou indiretamente associada ao exercício do Poder Legislativo. Assim se zelará pela boa saúde do Estado de Direito, criando-se condições favoráveis para que este poder central do Estado — o poder de legiferar — seja exercido com base na vontade popular e tenha em vista, de forma permanente, a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária.

RESUMO: Este escrito assume o propósito de mapear o enquadramento jurídico-normativo subjacente à estrutura, integração e competências dos órgãos que exercem o Poder Legislativo em Portugal no prazo compreendido entre 1976-2024, assim contribuindo para a apreensão dos traços essenciais da organização política do nosso Estado à luz da Constituição da República Portuguesa.

KEYWORDS: *Constituição da República Portuguesa; organização política do Estado; Poder legislativo*

Legislative Power in Portugal:
Structure, Integration, and Competences

ABSTRACT: This article aims to map the juridical and normative framework that underpins the structure, integration, and competences of the bodies exercising the Legislative Power in Portugal between 1976 and 2024, thereby contributing to a deeper understanding of the essential features of the political organisation of the State in light of the Constitution of the Portuguese Republic.

KEYWORDS: *Constitution of the Portuguese Republic; Legislative power; Political organisation of the State*

QUE RUMO PARA A JUSTIÇA EM COIMBRA? O NOVO PALÁCIO DA JUSTIÇA DE COIMBRA

Rui Manuel de Figueiredo Marcos*

Senhor Presidente da Câmara Municipal de Coimbra
Senhor Reitor da Universidade de Coimbra
Senhor Vice-Presidente do Conselho Superior de Magistratura
Senhor Presidente do Tribunal da Relação de Coimbra
Senhor Presidente do Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra
Senhora Presidente do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra
Senhores Magistrados e Senhores Advogados
Senhores Candidatos a Deputados pelo Círculo de Coimbra
Senhores Doutores
Ilustres Convidados
Senhores Estudantes
Senhores Jornalistas
Senhoras e Senhores

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito.

Discurso proferido, a convite do Senhor Reitor da Universidade de Coimbra e do Senhor Presidente da Câmara Municipal de Coimbra, no âmbito de uma cerimónia em prol do Novo Palácio da Justiça de Coimbra. Teve lugar no dia 20 de Fevereiro de 2024 e decorreu no Convento de S. Francisco.

BFD 100/1 (2024) 461-469

Honra-nos a presença de Vossas Excelências pela representatividade dos cargos cimeiros que ocupam. E honra-nos também a própria excelência das pessoas. Saúdo ainda todos quantos se congregam hoje aqui, vindos de perto ou de longe, nesta bonita Sala do Convento de S. Francisco.

Palavras breves, honestas, formosas e bem colocadas é o que a circunstância dita, dada a medida côngrua de tempo que me foi dispensado. A gentilíssima convocatória que recebi assinalou-me a missão de falar acerca da Administração da Justiça em Coimbra, do Novo Palácio da Justiça e da instalação condigna dos serviços da justiça e departamentos paralelos na nossa cidade.

Coimbra é a cidade onde nasci, onde sempre vivi e onde espero fazer aquela viagem de onde não há regresso. Coimbra é a pátria do meu espírito e gosto de lhe restituir, pelas formas que cabem no possível, o que recebi nas lições dos meus Mestres e a ela devo a vida amável que me deu o benefício da felicidade. Quem admira Coimbra até pode soltar doloridos queixumes, mas isso soa a um delicioso pungir. Aquela cidade que todos estimamos mais hoje do que ontem e menos do que amanhã.

Não cabe no oportuno da circunstância enfileirar, quase em cortejo delirante, o rol imenso de dificuldades que a Justiça enfrenta cada vez mais sob as luzes implacáveis da ribalta. Atravessamos uma época turbulenta caracterizada pela extrema inconstância e dinamismo dos factos sociais, pelo surto permanente de sistemas de ideias e de doutrinas. Não só há problemas novos, mas o sentido das respostas a velhos problemas também o é. Não se resolvem com reformas que mais parecem um chá fervido e cansado.

Ao lado das maleitas crónicas por todos conhecidas e por ninguém solucionadas, a justiça enfrenta o interpelante desafio da inteligência artificial, indissociável do culto do algoritmo. É certo que ela tende a desonerar-nos de muitos esforços, libertando-nos de algumas tarefas. Só que, como sublinhava um reputado autor, "o automatismo é o pensamento em ruína". A cedência ao automatismo judicial, bem o sentenciou Pinto Bronze, impede a inabdicável ponderação prudencial e a sua relevância no plano judicativo-decisório.

Com o intuito de disciplinar a minha intervenção, decidi chamar em meu socorro a genialidade dos três tempos definidos por Santo Agostinho: "o presente das coisas passadas, o presente das coisas presentes e o

presente das coisas futuras".

Sem o presente das coisas passadas, a administração da Justiça em Coimbra estaria bem pior. E aqui aproposita-se o ensejo de realçar a ligação carinhosamente umbilical que sempre uniu a nossa prestigiosa Faculdade de Direito aos tribunais e aos magistrados de Coimbra. Vou circunscrever-me aos tópicos essenciais.

Pelo menos quatro professores catedráticos da Faculdade de Direito houve a quem os tribunais de Coimbra muito ficaram a dever.

Recua à primeira década do século XX a cruzada da Faculdade de Direito de Coimbra em prol da criação de um Tribunal da Relação na sua cidade. Tornara-se paladino e lidador mais destacado do intento o Doutor José Alberto dos Reis. A Faculdade cometera-lhe o encargo de, em nome dos interesses judiciais e do ensino, redigir uma representação ao governo, mostrando a premência de criar a Relação em Coimbra.

Com o brilho e o saber que sempre o acompanharam, o Doutor Alberto dos Reis compôs um extenso documento jurídico em abono da administração da justiça e em prol dos interesses do ensino jurídico, rejuvenescido com a auspiciosa Reforma dos Estudos Jurídicos de 1911. O arrazoado argumentativo surgia retumbante.

As considerações do Doutor José Aberto dos Reis encerram uma assustadora actualidade: "É conveniente que os pleitos não se eternizem nos tribunais, que os direitos se declarem e fixem com a maior rapidez; mas, além de conveniente, é indispensável que os juízes, sobretudo os de segunda instância, sejam colocados em circunstância de poderem julgar com toda a reflexão. O julgamento só merece este nome quando representa a apreciação conscienciosa e profunda da questão controvertida. Quando assenta sobre um exame grosseiro e fugitivo é apenas um simulacro e uma ficção".

Em 1917, a Faculdade de Direito enalteceu o apoio enérgico que a Câmara Municipal de Coimbra dera à luta que se travava pela fundação do Tribunal da Relação de Coimbra. Desde 1909 que era pregoeiro desta reivindicação da nossa cidade o Dr. Sílvio Pélico que, na altura, servia de Presidente da Câmara Municipal de Coimbra. Ontem como hoje, contamos com o apoio desenvolto do nosso Presidente da Câmara, o Professor Doutor José Manuel Silva.

Finalmente, a cerimónia de inauguração do tribunal decorreu, com raro brilho, no dia 1 de Julho de 1918. O tribunal ficou provisoriamente

instalado no edifício que fora destinado à residência do Director da Cadeia Nacional.

Pouco depois, no dia 30 de Novembro de 1918, José Alberto dos Reis subiu à Cátedra da Sala dos Capelos para proferir uma extraordinária oração de sapiência que versou, no rescaldo da Primeira Grande Guerra, a formação social do inglês e do alemão e a educação portuguesa.

E precisamente as primeiras palavras da oração de sapiência dedicou-as ao ilustre Presidente da República, Sidónio Pais, cuja presença dignificava a solenidade académica e a recém-criada Relação de Coimbra.

Quis significar Alberto dos Reis que a cidade de Coimbra tinha para com o valoroso Presidente da República uma dívida que provinha não tanto dos benefícios generosamente dispensados, mas, sobretudo, do carinho com que foram concedidos. Por isso, não teve o mínimo rebuço em confidenciar ao distinto auditório: "Fazendo parte de uma comissão que foi a Belém pedir a criação da Relação de Coimbra, eu ouvi do Senhor Presidente da República estas palavras: tudo quanto faço por Coimbra vem do fundo do meu coração". E, Senhoras e Senhores, que falta nos faz agora um outro coração que nutrisse o mesmo sentimento do chamado Presidente-Rei e também ele antigo Professor da Universidade de Coimbra.

A segunda personalidade de Coimbra a quem a justiça muito deve é o Professor da Faculdade de Direito Manuel Rodrigues Júnior. Foi ele que, em 1928, na sua veste ministerial, adquiriu o edifício onde viria a ser instalado o Palácio da Justiça, o qual resultou da transformação do antigo Colégio de S. Tomás, destinado aos universitários dominicanos.

Foi ele Manuel Rodrigues, na sua segunda passagem pelo Ministério da Justiça, que deu um impulso decisivo à obra coimbrã. Foi ele mesmo que, em 1933, inaugurou o imponente Palácio da Justiça de Coimbra, aliás, o primeiro dos três grandes Palácios da Justiça do País. O Porto só o teve em 1961 e o de Lisboa conheceu a luz do dia em 1970. Uma obra faraónica, mas, como alguém salientou em circunstância propícia, Portugal não é um País suficientemente rico para construir barato.

A terceira figura em relação a quem Coimbra não pode ficar indiferente é um dos mais notáveis Ministros da Justiça do século XX, o Dou-

tor João de Matos Antunes Varela, exímio civilista da nossa Faculdade e a quem recentemente o Tribunal da Relação de Coimbra tributou uma luzida homenagem.

E a justo título o fez, porque as grandes obras de modernização do Palácio da Justiça de Coimbra derivam do inquebrantável empenho do Doutor Antunes Varela. Neste contexto, presidiu à inauguração, em Abril de 1959, do Salão Nobre do Palácio da Justiça saído de um projecto decorativo do conhecido Arquitecto Amoroso Lopes.

Na preparação de um novo Palácio da Justiça de Coimbra, avulta ainda a figura do meu querido Mestre, o Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, na condição de arguto e elegantíssimo titular da Pasta da Justiça. De viva voz, escutei que, logo que soube da possibilidade de se adquirir o terreno praticamente contíguo ao Palácio da Rua da Sofia, e, onde como eu, muitos se recordam que aí residia o local de recolha dos célebres eléctricos amarelos, de Coimbra, resolveu, de imediato, a sua aquisição para o novo tribunal. Corria ainda a década de sessenta do século xx. Os eléctricos desapareceram, o Doutor Mário Júlio envelheceu e o terreno lá continua cansado de esperar e a nossa cidade também e, ainda mais, os nossos desalentados magistrados.

O presente das coisas presentes persiste em dar inteira razão ao certeiro alvitre do Doutor Alberto dos Reis. A justiça precisa de reflexão. Desvela-se no acto reflexivo uma como que flexão da mente à retaguarda de molde a ganhar impulso e a saltar mais alto. O tempo não perdoa àquilo que se faça sem ele. Os magistrados deviam e devem apressar-se lentamente, precavendo-se dos malefícios que os juízos precipitados sempre trazem consigo. Em Coimbra, para não vacilar a indispensável serenidade prudencial na decisão judicativa, são necessários mais juízes, coadjuvados por um número superior de oficiais de justiça. Bem o salientou recentemente o ilustre Juiz Presidente do Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra, Carlos de Oliveira. Um arauto desempoeirado das reivindicações coimbrãs.

EXCELÊNCIAS
SENHORAS E SENHORES

No domínio do presente das coisas presentes e em contraste com coisas passadas, Coimbra tem suportado um estranho acumular de desatenções e desfavores por parte dos políticos. Talvez isso seja uma decorrência da actual tragédia que atinge a política portuguesa cujo declive decadentista o insuspeito antigo ministro socialista António Barreto denunciou e que Almeida Garrett há muito enunciava em termos lapidares.

"A política precisa dos melhores, mas depois não os sabe melhorar". Ou talvez, diante das nuvens enegrecidas que ameaçam desabar em tempestade, talvez fosse possível dizer que a política depois não os sabe despiorar.

A política requer cidadãos virtuosos, mas a justiça e as letras académicas precisam de espíritos rectos e eminentes. E são estes que fazem aqueles. Os políticos influenciam as vontades, mas são os sábios e os justos que governam as consciências.

Acudiu-me à lembrança o episódio em que Javé aparece em sonho a Salomão, perguntando-lhe o que é que ele deseja e em que este, jovem rei, não pede nem a longevidade, nem a riqueza, nem a glória das armas, mas tão-só um coração cheio de sabedoria para discernir entre o bem e o mal, a fim de administrar rectamente a justiça.

SENHORAS E SENHORES

A Universidade é uma Senhora que poucos conhecem, mas que muitos se gabam de ter com ela uma relação íntima, não se importando, de quando em vez, de manchar a sua reputação. Mas os verdadeiros Mestres de uma Universidade digna desse nome nunca o fazem, porque sabem, de ciência certa, que foi ela que lhes deu o ser social, o ser académico e o ser profissional.

Um dia, o Presidente da República e Doutor pela Faculdade de Direito Teófilo Braga enviou uma mensagem para Coimbra. Rezava de modo bem expressivo: "Nenhuma homenagem me seria mais honrosa e simpática do que a Felicitação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra votada em Conselho ao seu antigo aluno de mil oitocentos e sessenta e dois a mil oitocentos e sessenta e sete. Nesse convívio intelectual desabrochou o meu espírito, armando-me ali para as lutas da vida.

Nunca em mim se quebrou este laço espiritual, ligando tão expressiva homenagem às Bodas de Ouro do meu Doutoramento".

O *punctum saliens* é que certos universitários de Coimbra, ao invés de Teófilo Braga, são assaltados por uma turvação sentimental. Alguns, que tudo devem à Universidade de Coimbra, ao viajarem em carruagens mais rútilas, ao passarem a percorrer salões mais aveludados e a ocuparem postos mais vistosos e pingues, parecem ficar a olhá-la com indiferença nas ameias dos seus pequenos castelos feitos de areias movediças e de traiçoeiras ilusões.

Excelências

É conhecido o empenho que as populações e as entidades locais, às vezes quase como ponto de honra, põem na construção dos seus Palácios da Justiça. A construção ou expansão dos tribunais permite, desde logo, descongestionar vários serviços represados em instalações que o tempo tornou acanhadas. Mas não só. Oferece uma valiosa oportunidade para criar novos pólos de expansão das localidades ou melhorar os respectivos centros cívicos.

Quanto ao presente das coisas futuras, espero que os projectos que já existem no capítulo de um novo Palácio ou Campus da Justiça o levem a instalar-se na Rua da Sofia. Não tanto pelo deslumbramento das suas tradições culturais renascentistas, mas, sobretudo, para servir como préstimo precioso para reanimar a Baixa de Coimbra, alentando os seus habitantes, comerciantes e frequentadores.

Não raro, as convicções dos decisores políticos são escritas com uma bengala na areia, ficando ao sabor de uma leve brisa. É o que parece acontecer com a efectivação concursal do novo Palácio da Justiça de Coimbra. O sim nem sempre quer dizer sim. O não nem sempre quer dizer não. O talvez é a única certeza, mas isso pode ser uma certeza de nada. Do nada só resulta o nada. Ora, a urgência é um atiçador de problemas. Todos admitem que o estado das instalações da Justiça em Coimbra é de uma gritante urgência.

Entretanto, se o novo Palácio da Justiça desespera as gentes de Coimbra, o Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra encontra-se sob a ameaça de se ver desalojado. Terá de, em breve, abandonar as instalações que ocupa na Avenida Fernão de Magalhães e ainda, neste mês de

Fevereiro de 2024, não são conhecidas alternativas para o colocar. Paira sobre as cabeças dos servidores desse tribunal a pior das soluções para Coimbra. É ela a de procurar casa fora da nossa cidade. Longe vá o agoiro.

Senhores Professores e Estudantes de Arquitectura da Universidade de Coimbra

Nelson Mandela, enquanto praticante desportivo, foi aquilo que viria a ser na vida pública. Disciplinado, intimorato e paciente. É conhecido o facto de se ter tornado um exímio jogador e campeão de Damas na prisão de Robben Island, exasperando os opositores com a demora nas jogadas para equacionar todas as possibilidades.

Ainda mais interessante me parece o facto de Mandela, na década de cinquenta, envergar a veste de advogado durante o dia e à noite se transformar em pugilista amador. Aí aprendeu a defender-se sozinho, a conhecer o adversário e a identificar as suas fraquezas.

De súbito, acode-me à lembrança um outro exemplo. O da vedeta mundial da arquitectura o japonês Tadao Ando. Ele que foi *boxeur* profissional para amparar a sua avó. Sublinhou, frontalmente, que, uma vez no ringue, não podia escapar ao combate naquele quadrado fechado. Estou num projecto como sobre um ringue, rematou.

Pois bem. Julgo que os arquitectos esquadrinhadores dos projectos para o novo Palácio da Justiça de Coimbra se encontram também num ringue. Travam, desde logo, um combate feroz com o mundo das possibilidades.

Deles Coimbra espera, com os olhos ávidos de justiça, um bonito e salvífico golpe de génio.

Excelências

Procurei um remate para a minha composição oratória à guisa das findas medievais. Foi este o vislumbre que recortei.

A justiça desperta em nós palpitações contraditórias, consoante as situações concretas. É uma espécie de rosa. Pessoas há que choram por saber que as rosas têm espinhos, e outras há que sorriem por saber que os espinhos têm rosas.

Um luzente milagre das rosas é o que precisamente a Justiça de Coimbra necessita para matar a sua fome deveras famélica.

Assim o desejamos!

E assim será!

RESUMO: Trata-se de uma intervenção dedicada a justificar a construção em breve prazo do novo Palácio da Justiça de Coimbra

PALAVRAS-CHAVE: *Coimbra; Palácio da Justiça; Mário Júlio de Almeida Costa*

Which Path for Justice in Coimbra?
The New Coimbra Palace of Justice in Coimbra

ABSTRACT: This is an intervention dedicated to justifying the construction of the new Coimbra Palace of Justice in the near future.

KEYWORDS: Coimbra Palace of Justice; *Mário Júlio de Almeida Costa*

DESAFIOS AOS DIREITOS HUMANOS E FUTURO HUMANIZADO DO DIREITO INTERNACIONAL

Paula Veiga*

0. O Estado da Arte

Vivemos todos a grande velocidade. As características deste novo mundo alteraram noções básicas da teoria política, da ciência política, do direito constitucional e do direito internacional, designadamente, as de Estado, Constituição, povo e exercício do poder político.

Por outro lado, não é de hoje que o direito internacional é, cada vez mais, uma disciplina jurídica que tem ganho importância no mundo do Direito. A tendência vem-se verificando pelo menos desde os anos 50 do século xx, agora com uma clara intensificação.

A compreensão dos direitos na sua formulação clássica, isto é, mediante o direito constitucional ou, isoladamente, pelo direito internacional mudou, porque se alteraram os fundamentos de proteção das estruturas subjetivas[1]. Efetivamente, sente-se o abandono das bases de um *velho* mo-

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito.

Conferência (com o mesmo título) proferida a 11 de dezembro de 2023, no 21.º Aniversário da Universidade do Mindelo, por ocasião da celebração dos 75 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Mindelo – S. Vicente, Cabo Verde.

[1] Temos vindo a defender essa alteração. *Vide*, designadamente, Paula Veiga, *Direito constitucional e direito internacional no contexto do constitucionalismo global: um roteiro pedagógico,* Lisboa: Petrony, 2020; e «A Convenção Europeia de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Português de Direitos Humanos», *Revista da Ordem dos Advogados*

delo *hobbesiano* do Estado, em que a legitimação do poder se estabelecia na trilogia *direito — poder — direitos*, isto é, havia um pacto constitutivo entre os cidadãos, que se sujeitavam ao poder soberano, porque era ele que reconhecia as suas posições subjetivas.

Perante o consenso, quase generalizado, da necessidade de internacionalização da proteção dos direitos (agora vertidos na categoria dogmática dos *direitos humanos*), há uma mutação na forma de entender os nossos direitos subjetivos. Eles não são mais produto do confronto político positivado em normas jurídicas, como o eram no modelo do constitucionalismo clássico. Os direitos são, cada vez mais, entendidos como resultado de atividades jurisdicionais, que têm uma configuração plural. Muitos dos tratados de direitos humanos (de entre os quais merece posição de destaque, na Europa, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos) protegem diretamente os indivíduos porque cobrem relações (do indivíduo frente ao poder público) cuja regulação era outrora apanágio do direito constitucional. Tal significa que: *(i)* as suas normas são diretamente aplicáveis; *(ii)* não há uma competência nacional exclusiva neste domínio; *(iii)* há uma coerência entre os vários sistemas de tutela de direitos, traduzindo um *outro* esquema hierárquico-normativo de garantia (diferente do do constitucionalismo clássico), que radica, não numa concorrência, mas numa cooperação e complementaridade, entre as várias instâncias de proteção. É assim que, em matéria de direitos, se pode afirmar existir um sistema multipolar de *governance* (traduzido num sistema de proteção multinível).

No direito internacional, e referimo-nos agora a todo este ramo do Direito e não apenas à matéria dos direitos, emergem características formais do direito constitucional, ou seja, certas «funções constitucionais» são hoje compreendidas

como valores universais, num discurso em que o *vocabulário constitucional* de filósofos políticos, como o de Jürgen Habermas ou de John Rawls, queda claramente identificável[2]. Na Europa, a importação deste modelo constitucional para o campo internacional torna-se assaz visível, com instâncias jurisdicionais, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal de

3-4 (2018) 555-567.

[2] A este propósito não podemos deixar de lembrar Jürgen HABERMAS, *The Divided West*, Cambridge: Polity, 2006.

Justiça da União Europeia, a empregarem, desde há alguns anos, uma *retórica (constitucional)* nas suas decisões, além de a discussão sobre a ordem jurídica da União Europeia, fundada na complexidade única da arquitetura constitucional desta organização (e, portanto, diferente da arquitetura da ordem interna), vir, desde também há muitos anos, a contribuir para o *supra* identificado debate e para uma aproximação dos modelos.

Uma das vantagens da abordagem do direito internacional por via do constitucionalismo é a de evitar a *privatização do sistema*, que surgiria por efeito da diluição entre o público e o privado e pela emergência de todo um conjunto de operadores privados na cena internacional, delimitando o exercício da atividade das instituições públicas internacionais. Com efeito, ao aproximar-se do constitucional, o que o internacional busca é legitimar-se. Segundo o contributo de Schwöbel neste aspecto[3], devem destacar-se, sobretudo, no plano do direito internacional institucional, as dimensões de *representação, participação e prestação de contas*, próprias do princípio democrático que está inscrito no constitucionalismo.

Outra vantagem será a de evitar a *fragmentação do sistema jurídico*, que, segundo acreditamos, é composto pelos ordenamentos jurídicos internos e internacional. Trata-se, no essencial, de um pensamento já presente no *universalismo* de direito internacional de Alfred Verdross[4], ao defender a relação entre o direito internacional e os ordenamentos nacionais. Dando um passo adiante relativamente ao tempo desse importante internacionalista, podemos afirmar que o ordena- mento internacional deve hoje: *(i)* legitimar-se; *(ii)* assentar no pluralismo numa tripla aceção: pluralismo político, pluralismo subjetivo e pluralismo normativo.

Neste *novo* ambiente, o que esperar dos direitos humanos e do direito internacional para os próximos anos? É que, como acabamos de ver, o di-

[3] Christine Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Brill/ Nijhoff, 2011.

[4] Título do artigo de Anne-Marie Slaughter publicado na *Harvard International Law Journal* 44 (2003) 191-219.

reito já não é apenas Direito do Estado. Há uma pluralidade no Direito.

1. Que futuro para os Direitos Humanos?

Todos sabemos que Gandhi, Roosevelt, Mandela e Luther King *rimam com direitos humanos*. Mas, o século XXI continua a clamar por eles. Com efeito, os novos fluxos migratórios desencadeados, principalmente, pela mobilidade de pessoas em busca de refúgio, motivados sobretudo por conflitos; as questões ambientais; e as perseguições políticas ou religiosas espreitam a cada esquina…

Desde meados do século XX que se vem propagando a bela e boa bandeira de defesa dos direitos humanos, que, do ponto de vista filosófico, poderá ser confundida com uma nova ordem mundial ao estilo kantiano. Expliquemo-nos. O mundo é hoje composto por uma «federação» *de Estados autónomos*, que partilham certos valores, mantendo, no entanto, o princípio da diversidade nacional. No horizonte axiológico desses valores, que são cosmopolitas porque assentam na mesma conceção de justiça, estão a proibição da guerra e a proteção dos direitos humanos e dos povos. Como é fácil de verificar este horizonte transcende as fronteiras estaduais, o que legitima a afirmação do carácter cosmopolita de tais valores e justifica a possibilidade de o apelidarmos de kantiano.

Mas, há que não escamotear uma certa desilusão, sensivelmente desde o final da primeira década do século XXI em torno desse discurso da defesa dos direitos humanos, em muito propiciada pelo facto de estes terem sido largamente expandidos em «papéis», nacionais e internacionais, sem muitas das vezes terem sido garantidos e/ou implementados. Com efeito, o mundo continua a não ser um espaço pacífico e harmonioso.

Tomando como ponto de referência a Europa, pode afirmar-se que nesta, como também do outro lado do mundo, há pessoas que continuam a viver infelizes e inseguras. Com efeito, desigualdade, discriminação, pobreza, conflito, guerra, opressão, etc. são fenómenos aos quais continuamos a assistir, aqui como lá, ainda que, e vendo do prisma otimista, os direitos humanos e a igualdade entre as pessoas sejam valores bem sucedidos. O exemplo é como, num curto espaço histórico, estes direitos têm conseguido fazer evoluir a cultura do reconhecimento mútuo entre seres humanos e redefinir o sistema social das relações in-

terpessoais e da vida privada. Daí que, apesar de muito ainda haver para fazer, não podamos concordar com algumas vozes que, em tempos recentes, têm anunciado o fim de era dos direitos humanos (por exemplo, Ingrid Wuerth, Stephen Hopgood ou John Tasiolas).

Voltemos, pois, aos fundamentos dos direitos humanos. Como ponto de partida, abandonemos o tradicional campo da moral e do direito natural. Com efeito, a fundamentação dos direitos humanos numa dada ordem moral e/ou religiosa leva a uma animosidade e pode prejudicar a própria categoria. Daí que prefiramos a sua fundamentação em moldes racionais, à semelhança do que sucede como muitos outros institutos jurídicos do mundo moderno. Efetivamente, se o ceticismo epistemológico e o relativismo moral têm caraterizado o direito pós-moderno, chegou o momento de erigir o jurídico novamente de acordo com moldes racionais.

Um dos fundamentos dos direitos humanos está relacionado com a natureza racional da pessoa e é a proteção da sua autonomia, na medida em que os direitos são institutos jurídicos que protegem a autonomia das pessoas. Outro dos fundamentos racionais dos direitos humanos pode ser a vulnerabilidade da pessoa, conceito essencial no direito internacional dos direitos humanos. Efetivamente, a proteção de mulheres, crianças, migrantes, refugiados constitui o coração dos direitos humanos.

A consideração de diferentes círculos jurídicos — o nacional, o regional e o internacional — cria a tarefa de projetar uma teoria dos direitos humanos que transcenda abordagens culturalmente particulares e esse será o grande desafio dos próximos tempos. O universalismo teórico dos direitos é possível sem qualquer constrangimento epistemológico.

Para erguer o edifício de uma ciência é sempre necessária uma teoria. Nesse sentido, a mudança de paradigma do sistema jurídico como foi identificada no ponto anterior deverá ser encarada enquanto tentativa de aproximação a um plano dotado de maior cientificidade. Neste contexto, *uma teoria de direitos humanos* pode ter uma grande importância para os próprios, bem como para o direito internacional em geral.

Uma teoria de direitos humanos possibilitará, nomeadamente, o desenvolvimento de novos princípios jurídicos, como o que já vimos aflorado na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos — o

novo princípio jurídico da convivência comum.

Além de *que futuro para os direitos humanos* devemos perguntar-nos *que direitos humanos para o futuro*. Estamos convictas de que o debate mais disruptivo dos próximos tempos será o de saber se os direitos humanos devem abandonar a sua natureza antropocêntrica e ser expandidos a outros sujeitos (constituem exemplo os questionamentos sobre direitos (humanos) dos robots ou direitos no domínio da inteligência artificial). Mas será, também, um grande desafio estabelecer novas regras considerando os domínios do tráfico humano, da digitalização e dos ataques a jornalistas associados a disseminação de desinformação.

2. Que futuro para o Direito Internacional?

Ao longo das últimas décadas, a normação para o recurso à força pelos Estados, núcleo duro do direito internacional na sua visão mais clássica, tem estado na ordem do dia, dominando debates académicos, seja para deter ou prevenir catástrofes humanitárias (a célebre R2P), seja como forma de autodefesa (o caso mais paradigmático é o do combate ao terrorismo). Além disso, ao contrário do tempo da Guerra Fria, não existe hoje uma linha divisória global entre os Estados. Existe sim a perspetiva de que podem ocorrer conflitos importantes e sangrentos em qualquer parte e a qualquer momento, como os dois que estamos, atualmente, a vivenciar mais perto de nós (referimo-nos aos conflitos na Ucrânia e no Médio Oriente.

Por outro lado, tem-se verificado uma internacionalização da jurisprudência, mas que ainda se deseja mais forte. É aí que os direitos humanos têm um grande campo de progressão. Com efeito, se a responsabilidade pela proteção dos direitos não é mais da exclusiva jurisdição dos tribunais nacionais, é necessário acentuar um modelo de reenvios entre vários sistemas jurídicos, bem como incentivar um diálogo entre fontes normativas (conjugação e complementaridade entre as ordens constitucional e internacional), que culmine numa «global community of courts»[5]. Bom presságio é o facto de os tribunais internacionais (de direitos

[5] *Vide*, por exemplo, GREER, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights,* Council of Europe Publishing, 2000.

humanos) não se limitarem hoje a resolver casos de litígios individuais. Com efeito, estes trabalham, cada vez mais, estrategicamente no desenvolvimento do direito, como é o caso do desenvolvimento da teoria da margem de apreciação[6] ou do princípio *living together*[7] afirmado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. De resto, a ideia principal do Conselho da Europa é a da criação de uma identidade europeia em torno dos direitos humanos e da democracia, tarefa que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos em muito tem ajudado a fundar com a sua jurisprudência[8].

É de louvar, pois, além de um *pluralismo de fontes*, *um pluralismo jurisdicional* (ou seja, um diálogo interjudicial), no qual mais do que um tribunal rei- vindica autoridade para interpretar e proteger os direitos dos cidadãos, sem que nenhum deles possa, consistentemente, impor a sua interpretação sobre o outro[9]. Neste sentido, a ideia não é criar uma jurisdição paralela à jurisdição nacional, mas sim uma jurisdição complementar. Tal significa o abandono do discurso dicotómico da compatibilidade *versus* incompatibilidade entre as normas de direito interno e internacional, próprio dos esquemas hierárquico-formais, a favor de uma lógica de complementaridade (proteção multinível de direitos).

Claro que o direito internacional terá cada vez mais influência na teoria jurídica se for mediado pelo legislador, quer de âmbito estadual, quer ao nível de outros sujeitos do direito internacional. Com efeito, na ausência de órgãos internacionais centrais de execução, o direito internacional tem muito mais chances de sucesso caso seja implementado pelos Estados, o que significa que o seu futuro depende grandemente da «legitimidade local» que venha a assumir. Nesse sentido, as regiões e os respetivos sistemas de proteção de direitos humanos podem ter um papel fundamental na legitimidade e na eficácia do direito internacional. A eles

---

[6] Princípio importante sobretudo nos casos que se prenderam com o uso de véu is- lâmico na Europa. Assim, por exemplo, *S.A.S. v. France* (2014), *Belcacemi e Oussar v. Belgium* (2017), e *Dakir v. Belgium* (2017).

[7] Que muitos autores designam como «sistema da Convenção».

[8] Alec Sweet Stone, «Implementation of the judgements of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsability?», *Dialogue between judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2014, 24.

[9] *Personalizing International Law*, no original. *Vide* < https://www.asil.org/events/2022-asil-annual-meeting>, acedido em 22 de agosto de 2023.

acrescem a incorporação das normas de direito internacional, *maxime* de direitos humanos, nos direitos internos dos Estados, sobretudo no plano supralegislativo. A infraestrutura do direito internacional tem que assumir um modelo adequado para a sua eficácia porque se a configuração do direito internacional é específica, deve ser adaptada a essa especificidade. Daí que *um princípio da abertura aos direitos humanos*, em que as instâncias estaduais, aí incluídas as jurisdicionais, decidam pautadas por uma hermenêutica de aplicação preferencial do preceito que seja mais favorecedor do direito para o seu destinatário, capaz de concretizar o *human rights approach*, em detrimento do (clássico) *State approach*, nos pareça essencial.

A humanização do direito internacional é, quiçá, a melhor tendência. Esse foi, precisamente, o tema da última reunião anual de direito internacional da *American Society* (em 2022) — a humanização ou personalização, como lhe chamaram nessa reunião[10]. Grandes frutos poderão advir de uma convergência jurisdicional em torno dos direitos humanos. Primeiro, porque essa convergência superará a fragmentação do próprio direito internacional dos direitos humanos. Depois, porque permitirá ir mais além do que uma mera abordagem institucionalizada. Será necessário não esquecer que as teorias jurídicas evoluem por acumulação e não por mudanças drásticas. De resto, este direito internacional dos direitos humanos vem-se afirmando rejeitando alguns dos princípios clássicos do direito internacional geral, como, por exemplo, o princípio da competência nacional exclusiva e o princípio da não ingerência nos assuntos internos dos Estados.

3. Breve apontamento sobre Direitos Humanos em África

As vigência e aplicação do direito internacional em África estão ainda numa fase embrionária, o que se projeta na baixa frequência de aplicabilidade de normas de proteção de direitos humanos nas respetivas ordens jurídicas. Por isso, é com muito bons olhos que se vê a criação da Comissão Nacional para os Direitos Humanos e Cidadania (CNDHC) em Cabo Verde.

Há que não escamotear que o continente africano ainda possui marcas profundas do colonialismo europeu, fruto de disputas económicas e

[10] J. HABERMAS, *The Divided West*, Cambridge: Polity, 2006.

políticas que remontam ao século XIX e que produziram, entre outras consequências, grande instabilidade social. Tal é, a nosso ver, uma das justificações para a adoção tardia de instrumentos de direito internacional pelos Estados africanos.

Mas, trata-se de um continente que necessita, e muito, de proteger os direitos humanos, como se demonstrou na recente pandemia de Covid-19, ao evidenciar-se a precaridade das condições económico-sociais de muitas populações africanas. Mesmo ignorando o período pandémico, trata-se de um continente atormentado por violações generalizadas de direitos humanos, muitas vezes em larga escala. Acresce que grande parte de África tem vindo a ser abalada por uma série de eventos que contribuem para a deterioração de direitos humanos na região, como guerras civis, conflitos internacionais, crises económicas e desastres naturais.

Do ponto de vista teórico, em matéria de direitos humanos, verificamos uma certa identidade africana no período após a II Grande Guerra em torno, precisamente, do Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos e dos Povos, não obstante as suas debilidades institucionais.

Tal sistema permite perceber que o universalismo, na linha de autores como Kant e Habermas, não é metodologicamente antagónico a reconhecer especificidades africanas e que se refletem no seu sistema. Uma dessas especificidades está, desde logo, no título da Carta de Direitos Humanos do sistema regional africano — Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos — como reação à experiência de escravidão e de colonialismo. Outra especificidade, e que talvez explique a falta de aperfeiçoamento do mecanismo do Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos, é a tradicional resolução africana de litígios através de conciliação e mediação e não mediante disputas judiciais, na lógica vencedor/perdedor.

Globalmente, atrevemo-nos a dizer que a cultura jurídica africana consiste numa mistura entre tradições jurídicas importadas colonialmente, e parcialmente continuadas, direito estabelecido e sistemas jurídicos tradicionais locais. Por isso, o grande desafio será o de conciliar o pluralismo jurídico africano com as características essenciais dos Estados africanos pós-coloniais.

RESUMO: No presente Artigo pretende, fundamentalmente, refletir-se sobre duas interrogações: que futuro nos reserva a área dos Direitos Humanos e quais serão as perspetivas para o Direito Internacional, tendo como mote essa área temática. Não almejando adivinhar o futuro, faz-se uma pausa reflexiva, necessária neste tempo de incertezas, indagando quais serão os traços fundamentais dos próximos anos quer no domínio dos Direitos Humanos, quer no campo do Direito Internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos- Direito Internacional; século XXI

Challenges to Human Rights and an Humanised future for International Law

ABSTRACT: The article aims, ultimately, to thought on two questions: what the future holds to Human Rights and what the prospects for International Law will be. Without any intention of guessing the future, we take a reflective pause, necessary in this time of uncertainty. Therefore, we try to figure out what will be the fundamental features both in the area of Human Rights and International Law in the coming years.

KEYWORDS: *Human Rights; International Law; 21st Century*

DIREITOS HUMANOS E REFUGIADOS AMBIENTAIS: PROBLEMAS DE REGULAÇÃO

João Nogueira de Almeida [*]

1. Introdução

As alterações ambientais verificadas nos últimos anos têm vindo a aumentar as deslocações de pessoas em todo o mundo.

Nos últimos anos, os desastres climáticos causados pelas alterações ambientais tornaram-se a primeira causa da deslocação de pessoas na última década, cunhando a expressão «refugiados ambientais»[1].

O fenómeno dos "refugiados climáticos" tem estado no discurso público desde 1985, quando o especialista do Programa das Nações Unidas para o Ambiente (PNUMA), Essam El-Hinnawi, definiu os refugiados ambientais como sendo aqueles que são forçados a deixar o lugar onde vivem, de forma temporária ou permanente devido a um problema ambiental (com origem natural ou humana) que colocou em risco a sua existência ou afetou seriamente as suas condições de vida[2].

---

[*] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito.

Versão escrita da Comunicação oral proferida no dia 11 de dezembro de 2023, em Cabo Verde, no âmbito do xxi Aniversário da Universidade do Mindelo e das Comemorações dos 75 anos da Convenção Universal dos Direitos Humanos.

[1] Érika Pires Ramos, *Refugiados Ambientais: Em Busca de Reconhecimento pelo Direito Internacional,* tese de doutoramento, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, 48-66.

[2] Cf. Joanna Apap, *The concept of 'climate refugee' Towards a possible definition,* EPRS — European Parliamentary Research Service, 3; e C. Cournil, "Les 'réfugiés environne-

Em 2008, a Organização Internacional das Migrações elaborou uma definição de trabalho de migrantes ambientais, de acordo com a qual os qualificava como pessoas ou grupos de pessoas que, por razões imperiosas relacionadas com uma mudança ambiental súbita ou progressiva que influiu negativamente sobre a sua vida ou as suas condições de vida se vêm constrangidos a deixar o seu lar habitual ou o deixam por sua própria iniciativa, de forma temporária ou definitiva, e que por este motivo se deslocam para outra parte do país onde vivem ou o abandonam[3].

Todavia, não existe consenso na doutrina sobre uma definição clara e unânime de refugiado ambiental, o que prejudica enormemente qualquer esforço no sentido de consensualizar formas de garantir a sua proteção.

Esta dificuldade estriba-se principalmente na dificuldade de estabelecer um nexo de causalidade entre a evolução do clima e as migrações humanas[4].

A existência de uma definição clara e unanimemente reconhecida é uma condição fundamental, quer para a busca de soluções políticas quer para a proteção jurídica dos «refugiados ambientais».

2. Desenvolvimentos

A inexistência da categoria «refugiados ambientais» obsta a que o direito internacional proteja de forma coerente e eficaz os refugidos climáticos. A maior dificuldade na delimitação do conceito de refugiados ambientais reside, como já se fez notar, no desconhecimento dos fatores da relação causa-efeito entre alterações climáticas e migrações ambientais.

A proteção dos refugiados climáticos deverá logicamente passar pela adaptação dos mecanismos jurídicos internacionais de proteção já existentes e pela criação de novos mecanismos jurídicos.

---

mentaux': des déplacés en quête de protection", in X. Bioy, éd., *Regards sur le droit des étrangers,* Presses de l'Université Toulouse Capitole. 2010, 149, <https://doi.org/10.4000/books.putc.1112>.

[3] C. Cournil, "Les 'réfugiés environnementaux'", 149.

[4] Érika Pires Ramos, *Refugiados Ambientais*, 89.

Forçoso é reconhecer que os governos não parecem grandemente preocupados em regular a questão dos refugiados climáticos.

2.1. Inexistência no direito internacional de mecanismos de proteção dos refugidos climáticos

O direito internacional não protege de forma coerente e eficaz os refugidos climáticos[5]. Não existe uma proteção jurídica direta e operacional dos refugiados climáticos, nem nos textos internacionais relativos aos refugiados e aos direitos do homem, nem no direito europeu e nem nos direitos nacionais[6].

Na Convenção de Genebra não há nenhuma referência direta à proteção às vítimas de catástrofes ou das degradações ambientais[7].

Nesta Convenção apenas se protege o refugiado que é objeto de ameaças ou perseguições e não o grupo no qual está integrado. Trata-se de uma proteção do indivíduo e não do grupo.

Dado que a Convenção de Genebra tem como pressuposto o carácter estatal do direito internacional, a mesma não se aplica aos deslocados climáticos dentro de um país.

No entanto, certos países consagraram no seu direito nacional normas de proteção dirigidas aos refugiados climáticos. São, por exemplo, os casos, da Dinamarca (em relação à proteção aos refugiados de Tchernobyl), do Canadá (no respeitante à proteção dos seus residentes, vítimas de tsunami) e dos Estados Unidos (com relação à proteção às vítimas do ciclone Mitch)[8].

Todavia, estas ações configuram proteções pontuais e são por isso incapazes de assegurar uma proteção ao conjunto dos refugiados ambientais.

---

[5] André Rafael Weitermüller / Leonel Severo Rocha / Bruno de Lima Silva, "Direitos humanos dos refugiados ambientais", *Direitos fundamentais & Justiça,* Belo Horizonte, 15/44 (jan./jun. 2021) 169 (155-180).

[6] Jessica Perugini Terada, *Deslocados Climáticos e a Ausência de Instrumento Jurídico de Proteção — Análise do Caso Prático dos Pequenos Estados Insulares,* Dissertação de Mestrado, Lisboa, Universidade de Lisboa — Faculdade de Direito, 2019, 18.

[7] C. Cournil, "Les 'réfugiés environnementaux'", 149-165.

[8] C. Cournil, "Les 'réfugiés environnementaux'", 149-165.

2.2. Desconhecimento das relações de causa-efeito entre alterações climáticas e migrações ambientais

A variedade de causas de migração climática é de tal maneira vasta que dificulta o objetivo de uma proteção englobante.

Grosso modo, as razões da migração climática são ecológicas, políticas e socioecónomicas. São, além disso, interdependentes e estão profundamente imbricadas entre si.

Por outro lado, as migrações climáticas tanto podem resultar em deslocações internas (dentro do país) como em deslocações externas (para fora).

Ora, por princípio, as deslocações internas são um assunto soberano dos Estados, pelo que a proteção internacional, por definição, só poderá abranger as deslocações para fora do país.

Em face do que se afirmou, a existência de uma proteção uniforme exigirá previamente o reconhecimento geral, interno e internacional, da categoria jurídica «refugiados ambientais». Sem este reconhecimento não se vê como se poderiam criar os necessários e adequados mecanismos de proteção jurídica[9].

2.3. Mecanismos de proteção jurídica dos refugiados ambientais mobilizáveis

Em tese, os mecanismos de proteção jurídica dos «refugiados climáticos» que poderão ser considerados são os seguintes: reforço da proteção nacional (interna), proteção bilateral (de país para país - exemplo de uma proteção bilateral: o caso da Austrália e de Tuvalu) e a proteção multilateral (a solução desejável, mas no momento atual de implementação praticamente impossível)[10].

[9] Érika Pires Ramos, *Refugiados Ambientais*, 98.

[10] Jessica Perugini Terada, *Deslocados Climáticos,* 38 e ss.

2.3.1. Reforço da proteção nacional

Uma possível via de solução para o problema da proteção dos "refugiados climáticos" passaria pelo reforço da proteção das pessoas deslocadas no interior do seu país de origem, o que contribuiria para lhes dar um valor efetivo no direito internacional positivo[11].

Os Estados seriam «obrigados» a criar na sua legislação interna um corpo de obrigações de acolhimento para os deslocados internos, tais como: plano de evacuação, direito à assistência e à não discriminação no auxílio, respeito pelas especificidades locais, proteção dos campos agrícolas, possibilidade de considerar o regresso ou a reinstalação noutra região num espaço de tempo razoável).

Esta solução teria a vantagem de garantir uma proteção efetiva geral para os todos os «refugiados climáticos» e «dispensaria» o exercício da procura de uma definição de deslocado climático omnicompreensiva em termos internacionais.

Todavia, esta solução não é isenta de vários riscos, a saber.

Em primeiro lugar, poderíamos assistir à diluição da proteção dos refugiados ambientais na categoria mais geral dos deslocados internos.

Em segundo lugar, correr-se-ia o risco da não efetivação da responsabilidade dos responsáveis (justiça climática), pois esta ficaria na dependência da vontade política interna dos Estados.

Em terceiro lugar, poderia também ocorrer uma dissonância entre a consagração constitucional — legal do dever de consagração do direito de proteção dos refugiados climáticos e a sua falta de efetividade, a qual fica na dependência da vontade política dos Estados ou à mercê da falta de recursos económicos para a sua efetivação, em particular nos países mais pobres, que são regra geral, os mais duramente afetados pelas mudanças climáticas e pelas catástrofes.

Acresce que, tal solução poderia esconder a responsabilidade económica, política e ecológica de quem está na origem dos deslocamentos ambientais.

[11] C. Cournil, "Les 'réfugiés environnementaux'", 149-165.

2.3.2. Proteção bilateral (de país para país)

Antes de se pensar numa putativa proteção jurídica universal dos refugiados climáticos uma solução possível e mais realista seria a implementação de proteções bilaterais, Estado a Estado[12].

Esta solução coloca questões delicadas, jurídicas e políticas, em termos de respeito pelo princípio de igualdade dos Estados. Os problemas tornam-se ainda mais delicados quando está em causa o possível desaparecimento de um país por causas não inteiramente naturais, como será o caso da subida do nível do mar, a qual coloca em risco de deperecimento de alguns pequenos Estados.

O desaparecimento de um país prefigura um atentado ao princípio da soberania dos Estados e aos direitos dos cidadãos, ambos protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH). De facto, a DUDH refere nos seus artigos 13.º, n.º 2 e 15.º, que «toda a pessoa tem o direito de deixar o seu país, incluindo o seu, e de a ele regressar» e que, «toda a pessoa não pode ser privada arbitrariamente da sua nacionalidade», respetivamente. Acresce ainda, que de acordo com o artigo 12.º, § 4, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, «ninguém pode ser arbitrariamente privado de entrar no seu próprio país».

A proteção bilateral merece ser considerada quando está em causa a sobrevivência de um Estado cujo território está em vias de desaparecer fisicamente.

De acordo com esta solução, os refugiados climáticos beneficiariam de um acolhimento num outro país (um Estado vizinho) regido por um acordo bilateral pensado e ratificado antes da catástrofe.

Este acordo bilateral teria de regular determinadas questões, entre as quais salientamos, o número de pessoas a acolher, os direitos oferecidos, o lugar de acolhimento, o direito ao trabalho, o respeito pela cultura, o reconhecimento da língua e o reconhecimento das tradições.

Todavia, não obstante as suas virtualidades, as soluções bilaterais têm severas limitações, as quais se podem resumir na pergunta:

[12] C. COURNIL, "Les 'réfugiés environnementaux'", 149-165.

– Porque razão o fardo do acolhimento deverá pesar apenas sobre os vizinhos?

Sendo o fardo financeiro do acolhimento apenas suportado pelo país vizinho, tal poderá levantar problemas de implementação, a menos que a comunidade internacional decida repartir entre si os respetivos encargos.

Acresce que as soluções bilaterais obrigam os refugiados climáticos a «escolher» o país de acolhimento, impossibilitando-lhes quaisquer possibilidades de escolha do destino que desejam realmente.

2.3.3. A proposta do Global Governance Project

Um grupo de investigadores propôs num documento denominado: Global Governance Project, oferecer proteção apenas para os "refugiados climáticos", ou seja, pessoas que deixaram imediatamente ou que estão prestes a sair num futuro próximo, o seu local de residência devido a uma ocorrência súbita ou alteração gradual do ambiente natural provocada por um dos seguintes factores:

– Subida do nível do mar,
– Evento climático extremo (ciclones, tempestades)
– Seca e escassez de água.

O Global Governance Project prevê a criação de uma proteção *sui generis*, concretizada no reconhecimento legal do conceito de refugiados climáticos através da adoção de um Protocolo sobre refugiados climáticos que seria anexado à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima[13].

O texto do Protocolo assentaria em cinco princípios, a saber:

a) Princípio da relocalização ou reassentamento;
b) Princípio de reassentamento em vez de proteção temporária;
c) Princípio dos direitos coletivos oferecidos às populações locais;
d) Princípio da assistência internacional no interior dos Estados;
e) Princípio da distribuição internacional do ônus da receção.

[13] C. Cournil, "Les 'réfugiés environnementaux'", 149-165.

Uma comissão executiva de reconhecimento e reinstalação dos refugiados climáticos garantiria a aplicação eficaz deste protocolo graças à criação de um fundo financeiro especificamente criado para este efeito.

A principal vantagem de tal solução é que ela liga a proteção de refugiados ambientais à responsabilidade dos Estados nas alterações climáticas.

No entanto, este projeto tem a desvantagem de reduzir as categorias de refugiados a serem protegidos, não oferecendo proteção internacional a não ser aos refugiados climáticos.

3. O Tratado entre a Austrália e Tuvalu

A Austrália e Tuvalu assinaram em novembro de 2023 um tratado, conhecido como Tratado da União Falepili, nos termos do qual a Austrália reconhece a soberania de Tuvalu, mesmo perante a circunstância de este perder todo ou parte do seu território físico, garantindo assim a perpetuação de Tuvalu. O tratado tem também por finalidade assegurar uma oferta de refúgio para os cidadãos de Tuvalu, país que corre o risco de se perder no fundo do mar[14].

3.1. Conteúdo

De acordo o previsto no citado tratado, os cidadãos de Tuvalu, ameaçados pelas mudanças climáticas, terão o direito de viver na Austrália.

O tratado irá assim permitir que os 11 mil residentes de Tuvalu procurem refúgio na Austrália caso os piores receios se concretizem e as alterações climáticas provoquem o desaparecimento de Tuvalu ou o tornem inabitável. Os cidadãos de Tuvalu poderão "viver, estudar e trabalhar na Austrália" e obter acesso à "educação australiana, saúde e rendimentos essenciais e apoio familiar na chegada".

Para evitar uma "fuga de cérebros" prejudicial para Tuvalu, o número de tuvaluanos autorizados a mudarem-se para a Austrália será inicialmente limitado a 280 por ano.

Nos termos do tratado, a Austrália também se comprometeu a fi-

[14] Cf. <https://www.pm.gov.au/media/entry-force-historic-australia-tuvalu-falepili-union>.

nanciar as obras destinadas a reforçar a costa cada vez menor do país e a recuperar terras perdidas[15].

Segundo Simon Kofe, Ministro da Justiça, Comunicação e Relações Exteriores de Tuvalu, "… o povo de Tuvalu merece a escolha de viver, estudar e trabalhar noutro lugar, à medida que os impactos das alterações climáticas pioram"[16].

3.2. Tuvalu: nação digital

Tendo em atenção a probabilidade real de desaparecimento físico do seu território, as autoridades de Tuvalu têm vindo a transformar Tuvalu numa nação digital. De acordo com Simon Kofe, Ministro da Justiça, Comunicação e Relações Exteriores de Tuvalu, a "Nossa nação digital fornecerá uma presença on-line que poderá substituir nossa presença física e nos permitirá continuar a funcionar como um Estado"[17].

Consequentemente, Tuvalu mudou a definição de Estado na sua Constituição. Os novos termos dizem que "o Estado de Tuvalu, dentro do seu quadro histórico, cultural e jurídico, permanecerá perpetuamente no futuro, apesar dos impactos das alterações climáticas ou de outras causas que resultem na perda do território físico".

Concordantemente, no âmbito do projeto chamado "Future Now" (Futuro Agora), Tuvalu procedeu ao mapeamento tridimensional das 124 ilhas e ilhotas que compõem o seu território, criou um passaporte digital para que as pessoas possam continuar a casar ou a participar em eleições de forma on-line e investiu na infraestrutura nacional de comunicações.

Para além de mapear digitalmente o país, as autoridades de Tuvalu também estão a perguntar ao povo tuvaluano o que eles gostariam de

---

[15] In <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2023/11/refugiados-climaticos-de-tuvalu-nao-poderao-migrar-em-massa-para-australia-apesar-de-novo-acordo.shtml>.

[16] In Comunicado conjunto das autoridades da Austrália e de Tuvalu, disponível em: <https://www.dfat.gov.au/geo/tuvalu/joint-statement-falepili-union-between-tuvalu-and-australia>.

[17] In Comunicado conjunto das autoridades da Austrália e de Tuvalu, disponível em: <https://www.dfat.gov.au/geo/tuvalu/joint-statement-falepili-union-between-tuvalu-and-australia>.

"salvar", de forma que "As respostas, sejam artefactos de valor sentimental, o som da linguagem dos nossos filhos, a sabedoria das histórias dos nossos avós ou as danças vibrantes dos nossos festivais, serão todas digitalizadas e se tornarão parte da nossa arca digital"[18].

4. O sonho da proteção multilateral dos refugiados climáticos

A proteção multilateral afigura-se, de momento de difícil concretização, tendo em conta o concerto das nações existente atualmente no mundo.

Nos últimos anos foram sendo visíveis certas ações de pressão política, levadas a cabo por políticos, designadamente, no Parlamento Europeu, no Conselho da Europa, no Senado belga e na Austrália.

Estas ações visaram sensibilizar a opinião pública e os políticos em geral para a importância de resolver ou mitigar os impactos da ação do homem sobre o clima, que se traduzem em migrações humanas forçadas pelas mudanças climáticas e para a necessidade consequente de reconhecer e proteger os «refugiados climáticos».

Atualmente está em curso a Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas, evento anual onde os países se reúnem para discutir formas de combater a crise climática.

O combate às alterações climáticas é um bem público global que que sofre com os problemas por demais conhecidos da ação coletiva. Desde logo, o problema do seu financiamento (*free rider problem)* e a ausência de um Estado ou autoridade mundial[19].

O carácter de bem público global do combate às alterações climáticas, definido pela sua irrivalidade e inexcluibilidade, faz depender o seu financiamento da boa vontade dos Estados, voluntária ou imposta, o que não se vê como tal possa ser feito ou sequer equacionado no atual estado de "imperfeição da comunidade internacional"[20].

---

[18] In <https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2023/12/08/tuvalu-conheca-o-pais-que-pode-ser-engolido-pelo-mar-e-que-tenta-sobreviver-como-nacao-digital.ghtml>.

[19] Rodrigo ALBUQUERQUE, "Problemas de ação coletiva, bens públicos globais e políticas públicas globais: como e por que surgem as organizações internacionais", in <https://cdsa.aacademica.org/000-036/17.pdf>.

[20] Lili MOTTAGHI, "Refugee Welfare: A Global Public Good", MENA Knowledge and Learning Quick Notes, No. 167, World Bank, <http://hdl.handle.net/10986/29689>.

RESUMO: As alterações climáticas têm provocado deslocações humanas, surgindo a categoria controversa de "refugiados ambientais", ainda sem definição jurídica clara. O direito internacional não oferece proteção eficaz, limitando-se a soluções pontuais, como tratados bilaterais e propostas de protocolos específicos. A proteção multilateral é desejável, mas enfrenta obstáculos políticos, financeiros e conceituais.

PALAVRAS-CHAVE: *refugiados ambientais; refugiados climáticos; direitos humanos*

Human Rights and Environmental Refugees: Regulation Issues

ABSTRACT: Climate change has caused human displacement, leading to the controversial category of "environmental refugees," which still lacks a clear legal definition. International law does not provide effective protection, relying instead on limited measures such as bilateral treaties and proposals for specific protocols. Multilateral protection is desirable but faces political, financial, and conceptual challenges.

KEYWORDS: *environmental refugees; climate refugees; human rights*

O PROFESSOR UNIVERSITÁRIO E "O PRAZER DE NÃO CUMPRIR UM DEVER" *

Susana Aires de Sousa **

1. Introito

Aquando do convite que me foi dirigido pela Comissão de Ensino, Investigação e Desenvolvimento do Conselho Geral, foi-me sugerida uma reflexão sobre os desafios que se colocam atualmente aos professores do ensino universitário e, em particular, aos professores da Universidade de Coimbra, em resposta à pergunta: *O que é ser professor universitário?*

A simplicidade da pergunta esconde uma resposta difícil, desde logo, pelo espaço e circunstâncias em que tem lugar, neste belo auditório do Colégio da Trindade, preenchido por Professores Universitários. E, como bem sabemos, onde há cinco professores universitários há pelo menos vinte opiniões, entre hipóteses fundamentadas e a fundamentar!

---

* As ideias gerais deste texto foram apresentadas numa comunicação, com o mesmo título, realizada no âmbito da iniciativa "Mais Conhecimento. Melhor Universidade", organizada pela Comissão de Ensino, Investigação e Desenvolvimento do Conselho Geral da Universidade de Coimbra, nos dias 5 e 6 de fevereiro de 2024. Manteve-se, em texto, o estilo coloquial.

** Univ Coimbra, Instituto Jurídico. Faculdade de Direito.

A dificuldade agudiza-se por, no exercício das minhas funções universitárias, nunca ter investigado sobre o tema "ser professor universitário". Limito-me a ser uma. E qualquer exercício de autodefinição, ainda que no contexto universitário, nos encaminha para a vetusta questão de saber quem somos, de onde vimos e para onde vamos… Para mim seria muito mais fácil responder a questões como: Qual a relevância penal da ocultação de rendimentos obtidos com a prática de crimes? O que entende sobre a pena de morte? Que desafios coloca a inteligência artificial ao direito penal? Porque esses são alguns dos temas em que investigo.

Mas nesta profissão que escolhemos — ou que nos escolheu — também nos habituámos ao desafio de procurar respostas para perguntas que temos como difíceis. Ainda que as respostas sejam insuficientes, imprecisas ou ambas — o que será certamente o caso da minha resposta à pergunta que me foi dirigida.

2. O que é ser professor do ensino universitário?

2.1 Os privilégios [… "a brisa, De tão naturalmente matinal, Como tem tempo não tem pressa"…]

a) A ideia, primeira e primária, que gostaria de partilhar é a de que ser professora numa Universidade — e de modo particular na Universidade de Coimbra — é, da minha perspetiva, um privilégio, por várias razões, das quais destaco duas.

Em primeiro lugar, a razão que subjaz ao título desta intervenção, que convoca parte de um poema muito conhecido de Fernando Pessoa que toma por título *Liberdade*. Ser Professor Universitário é ser livre para conhecer. Não há conhecimento sem liberdade. A Universidade de Coimbra, ainda que num tempo sincopado pelos momentos mais intensos da nossa história, tem procurado preservar esse espaço de liberdade académica, intelectual e criativa dos seus professores — o que nem sempre tem acontecido por esse mundo fora. Veja-se por exemplo o debate em torno da liberdade de discurso e da *cancel culture* que enfrentam hoje, por exemplo, as universidades americanas.

Esta liberdade criativa, amadurecida pelo conhecimento, confere ao Professor Universitário as melhores condições para *ver* um problema, refletir criticamente sobre o conhecimento adquirido e, através dos resultados a que chega, contribuir para "Mais conhecimento (Melhor Universidade)". Simultaneamente, enquanto professor ou professora, não se limita a ensinar esses resultados, mas ensina aos seus alunos como encontrar as ferramentas para aprofundar e levar mais longe o conhecimento numa determinada área do saber. Por isso, o Professor Universitário não é apenas um mero condutor ou transmissor de conhecimento passado. É, e deve ser, um comunicador *de como se faz* ou *se deve fazer* conhecimento. Porque procura e revela aos seus alunos os fundamentos desse conhecimento.

A hipótese — cada vez mais visível e apreensível — de que, para muitos dos nossos alunos atuais, o fundamento do conhecimento reside na internet e nas novas possibilidades tecnológicas à distância de um *click* é algo que nos deve preocupar por tocar a essência do ensino universitário.

b) Mas esta liberdade criativa e intelectual não se faz com pressa; exige tempo e amadurecimento. Não há conhecimento sem tempo. De novo nas palavras do poeta, como "a brisa, De tão naturalmente matinal, Como tem tempo não tem pressa". Ser professor universitário é ter *liberdade de tempo*. Não uma liberdade discricionária, mas uma liberdade vinculada à criação de pensamento crítico. O que nos leva à segunda razão que autonomizo para fundamentar que ser professor universitário é um privilégio.

Mais do que uma profissão ser professor universitário é, na verdade, um *modo de vida*, que muitas vezes leva o tempo de uma vida. Logo no início da nossa carreira tivemos a oportunidade de escolher investigar e ensinar numa determinada área do conhecimento, que com frequência se torna o centro do nosso conhecimento e o centro da nossa vida profissional. O professor universitário é, neste sentido, um "trabalhador do conhecimento", na tradução da expressão inglesa "knowledge worker".

É por isso uma escolha com a potencialidade de nos levar mais longe, no plano intelectual, pessoal, mas também social. E vejo aqui um enorme privilégio, pela possibilidade de expandir as minhas limitadas capacidades, discutindo e debatendo ideias e argumentos em que vou tra-

balhando com colegas e alunos, por cá e por esse mundo fora, com muitas pessoas interessantes e interessadas em ter tempo para poder conhecer mais e melhor.

Nada disto seria possível se não fosse professora da Universidade de Coimbra.

2.2 As ameaças aos privilégios ["Estudar é coisa que passa a estar indistinta"]

a) Escolho estes dois privilégios — a liberdade académica e a liberdade de tempo para conhecer — porque a sua verbalização reforça a consciência da sua existência, responsabiliza-nos enquanto professores universitários, e, simultaneamente, desvela a premente necessidade de os preservarmos.

Com efeito, há uma outra razão, de natureza mais cautelosa e menos positiva, que me impele a autonomizar estes dois privilégios e que se fundamenta nos desafios que enfrentam, perante a evolução transformativa da profissão de professor universitário, trazida pelas últimas décadas. Transformação que é em muito devida ao que se passa fora da Universidade: alterações sociais, políticas, económicas e financeiras. E quando me refiro à transformação procuro fazê-lo com objetividade, sem nostalgia ou apologia, sem censura ou louvor.

O paradigma do professor universitário mudou. Do saber centrado sobre o professor humanista, detentor de conhecimento, passou-se para uma universidade em equipa, apostada num conhecimento capaz de inovar e de se autofinanciar, o que naturalmente aproxima o espaço universitário de um paradigma de eficiência.

A um olhar quase intuitivo, despedido de cientificidade, emergem vários fatores visíveis dessa evolução transformativa (apenas tocarei naqueles que sinto mais próximos do universo da UC).

Inicio o elenco com a *democratização e generalização do ensino superior público* que nos obriga, enquanto professores, a estarmos presentes para mais alunos. Nos últimos 50 anos passámos de 77.500 estudantes em

1978, para cerca de 360.000 em 2024[1]. O segundo ciclo, antes tendencialmente reservado à área académica, passou a ser um ciclo formativo. Expansão que se fez sentir também, pelo menos na área do Direito, onde me situo, no terceiro ciclo.

Em segundo lugar, a necessária referência à *globalização e internacionalização do ensino universitário*, que nos obriga a ser mais competitivos, já não apenas no plano nacional, mas no plano internacional. Da minha experiência, na área jurídica, com um grande esforço daqueles que fazem a Faculdade, temos sido capazes de captar logo nos primeiros graus de ensino alunos de outros países. Mas parece-me que temos também de estar atentos a um desafio crescente que é a procura por parte de alunos portugueses de universidades estrangeiras, sobretudo no segundo e no terceiro ciclo. Sobretudo se a razão invocada for a procura por uma melhor preparação num juízo comparativo com as universidades portuguesas.

Este alargamento do número de estudantes, nacionais e internacionais, exige de um corpo docente universitário, que não cresce na mesma proporção, um desdobramento em várias frentes. E com isso, desvela-se um esgotamento dos recursos efetivos, com a consequente emergência de posições precárias, tanto no ensino, com o abuso da figura do docente convidado, como, no plano da investigação, pela via de bolseiros.

O elenco já descrito tem de ser lido num contexto de exigências crescentes de autofinanciamento, com orçamentos do estado que não acompanharam a necessidade de investir na qualidade e na constância da carreira universitária. Com o que isso representa para qualquer estratégia apostada num ensino universitário sólido e de qualidade.

Estes indícios conduzem-nos de novo à questão fundamental de saber se o professor universitário que *queremos* encaixa no professor universitário que *podemos ter* numa sociedade orientada pelo e para o mercado, num contexto político que não dá prioridade ao conhecimento universitário, onde o investimento no ensino superior — e em especial no pessoal docente — não faz parte da agenda política.

Compreende-se assim a emergência de um discurso que atribui a etiqueta de profissão em declínio ao professor universitário. Um declínio

[1] Cf. <https://www.pordata.pt/pt/estatisticas/educacao/ensino-superior/alunos-inscritos-no-ensino-superior-por-subsistema-de-ensino>.

que se enuncia em várias declinações: *declínio financeiro* por comparação a profissões a que estiveram equiparadas; *declínio social* pela perda de um certo *status social* reconhecido à profissão; *declínio tecnológico* na medida em que muitas das tarefas que lhe eram atribuídas podem ser desempenhadas de forma mais eficiente pela máquina que ele próprio inventou; *declínio moral* uma vez que parte deste declínio se deve a alguma inércia ou anestesia dos professores universitários e das Universidades que não souberam reagir a esta transformação.

Se a esta evolução transformativa acrescentarmos as tarefas que hoje se exigem ao professor universitário ficamos de facto com um retrato muito obscurecido e desanimador do que significa ser hoje Professor Universitário. Nas últimas décadas os deveres exigidos a um professor universitário, cresceram muito para além daquilo que seria o seu dever principal: investigar para melhor ensinar.

b) Enfrentemos corajosamente a pergunta: *o que se espera hoje de um professor universitário*?

Não só que ensine, mas que seja tecnologicamente atualizado e pedagogicamente apto a acompanhar os alunos de primeiro ciclo e a orientar alunos de segundo e de terceiro ciclos.

Não apenas que investigue, mas que idealize projetos científicos, os formalize em candidaturas e os submeta a *calls*; que obtenha financiamento para a instituição e que publique em revistas, de preferência graduadas no "top" das revistas internacionais.

Não só que transmita conhecimento aos seus alunos, como seja capaz de cativar futuros alunos. Que vá a escolas secundárias, faça conferências, colabore em cursos de especialização, conferentes e não conferentes de grau, em pós-graduações, congressos, não só em Portugal como no estrangeiro.

Que, embora sendo contratado para as funções de professor (de medicina, química, física, engenharia, desporto, etc.), desempenhe funções em órgãos de gestão, coordene grupos de trabalho, participe nas mais variadas comissões de estratégia, planeamento e afins.

E, por fim, espera-se que ele seja excelente em tudo isto. Pois apenas com a excelência, durante seis anos consecutivos, se os astros e os calendários da universidade se conjugarem em fazer coincidir aquele período com a avaliação trienal, então poderá aspirar a uma progressão remuneratória.

E, no meio destes superpoderes, arrancados ao tempo e ao corpo dos professores, parafraseando o poeta, "*Estudar é coisa que passa a estar indistinta*" — perdendo-se o *privilégio do tempo*.

As instituições e os docentes universitários podem ser facilmente capturadas naquilo a que chamaria a *armadilha de Sísifo*, condenados continuamente a empurrar a pedra até ao lugar mais alto da montanha sem saberem bem onde fica o alto da montanha. A ideia de que devemos ser os melhores e competitivos — que é boa em si mesmo e que está na génese do professor e do investigador universitários — facilmente se pode aprisionar numa lógica de avaliação formal, baseada em mecanismos que, em vez de promoverem a qualidade do saber e do conhecimento, fazem coincidir o cume da montanha com a quantidade de alunos ou a quantidade de artigos ou a quantidade de conferências: *publish or perish*! Há, contudo, sinais de mudança: o *Coara Agreement*, que a Universidade Coimbra subscreveu parece ser um bom indício.

3. Que mais podemos fazer?

Para além destas difíceis mudanças de paradigma que, devo confessar, nunca estudei de forma séria, parece-me que há de facto algumas coisas, menos estruturantes, que podem ser mudadas, aliviando as exigências do quotidiano universitário. Tentarei expor alguns exemplos.

a) A Universidade não pode isolar-se da sociedade em que se insere, mas tem de autopreservar-se e saber preservar os seus docentes. E para tal é preciso que a própria Universidade se convença da essencialidade do corpo docente. Como ouvia há tempos, num debate académico tido com colegas americanos, a um professor catedrático de The Wharton School, a *faculty* (corpo docente) é o bem mais valioso que a universidade tem. Quer do ponto de vista financeiro, quer do ponto de vista estratégico. Apostar na qualidade e na renovação do corpo docente é uma boa e sólida decisão. Ser capaz de cativar, atrair e de manter os bons. A mensagem de que é na Universidade que se cria conhecimento valioso, através da qualidade dos seus professores e dos seus investigadores, não pode ficar aprisionada pelas muralhas do *campus* e tem de ser passada à sociedade e aos decisores políticos.

b) Em segundo lugar, sem questionar a necessidade de uma avaliação, talvez se deva repensar a racionalidade do modelo. Por definição o ambiente universitário pressupõe e exige uma constante avaliação, sendo até condição para que um professor universitário possa progredir na carreira. Não obstante termos uma avaliação de desempenho por triénio, exige-se ainda a entrega de relatórios bienais das atividades desenvolvidas (ao abrigo do DL 243/85). Não será tudo isto, à luz do que é racional, excessivo? Citando Upton Sinclair, a propósito de formalismos excessivos, "It is difficult to get a man to understand something, when his salary depends on his not understanding it".

c) Em terceiro lugar, parece-me necessário aliviar os docentes de tarefas que lhes retiram tempo, desviando-os daquilo em que eles são realmente bons. A quantidade de tempo que um professor perde em tarefas administrativas, reuniões ou supervisionando tarefas que não são suas, representa um custo enorme à criação de conhecimento, pelo corte que representa no ensino e pelo desgaste que causa no professor. Como jurista percebo que as regras devam existir, mas o objetivo das regras é facilitar, criar eficiência, libertar em vez de capturar. Um exercício interessante seria calcular o gasto semanal de horas em funções que estão para além da docência e da investigação. No meu caso estou certa de que são muitas as horas, em cada semana, em reuniões com colegas, com alunos, com funcionários, a preencher documentos, a assinar formulários, a fundamentar pedidos de financiamento, a criar oportunidades de financiamento. Mais do que as horas gastas a ensinar. Não supera o tempo dedicado à investigação, à custa de um tempo que devia ser de descanso, de família, ou de apenas não fazer.

Diria, a concluir, que sobra, de tudo isto, o *direito ao desejo*: o desejo de não cumprir estes deveres formais, por vezes sem fundamento ou incompreensíveis a quem tem por dever ser racional; esse — o desejo — não nos pode ser tirado: "Ai que prazer, Não cumprir um dever".

Liberdade

Ai que prazer
Não cumprir um dever,
Ter um livro para ler
E não fazer!
Ler é maçada,
Estudar é nada.
O Sol doira
Sem literatura.
O rio corre, bem ou mal,
Sem edição original.
E a brisa, essa,
De tão naturalmente matinal,
Como o tempo não tem pressa...
Livros são papéis pintados com tinta.
Estudar é uma coisa em que está indistinta
A distinção entre nada e coisa nenhuma.
Quanto é melhor, quanto há bruma,
Esperar por D. Sebastião,
Quer venha ou não!
Grande é a poesia, a bondade e as danças...
Mas o melhor do mundo são as crianças,
Flores, música, o luar, e o sol, que peca
Só quando, em vez de criar, seca.
Mais que isto
É Jesus Cristo,
Que não sabia nada de finanças
Nem consta que tivesse biblioteca…

RESUMO: Este texto resulta de uma intervenção oral apresentada no âmbito da iniciativa "Mais Conhecimento. Melhor Universidade", promovida pela Comissão de Ensino, Investigação e Desenvolvimento do Conselho Geral da Universidade de Coimbra. Nele se desenvolve uma reflexão crítica e pessoal sobre o que significa, hoje, ser professor universitário, explorando tensões entre paradigmas emergentes, lugares de privilégio e desafios que marcam o exercício da docência no ensino superior.

PALAVRAS-CHAVE: *ensino superior; docência universitária; desafios contemporâneos*

The University Professor and
"The Pleasure of Leaving a Task Undone"

ABSTRACT: This text originates from an oral presentation delivered within the framework of the "More Knowledge. Better University" initiative, organized by the Teaching, Research and Development Committee of the General Council of the University of Coimbra. It offers a personal yet critically informed reflection on what it means to be a university professor in the present day, examining the tensions between emerging academic paradigms, entrenched forms of privilege, and the multifaceted challenges confronting contemporary higher education teaching.

KEYWORDS: *higher education; university teaching; contemporary challenges*

LE TESTAMENT MARITIME DANS L'HISTOIRE DU DROIT PORTUGAIS [*]

David Magalhães [**]

Bien qu'il ait reconnu plusieurs formes de testaments privilégiés, comme le testament militaire[1], le droit romain ignorait le testament maritime[2].

Nonobstant, la figure juridique du testament fait au cours d'un voyage maritime a depuis longtemps fait l'objet d'une attention particulière chez les juristes européens. Nous examinerons l'évolution historique du droit portugais dans ce domaine, qui a eu de nombreux points de contact avec le droit français.

Le traitement juridique des testaments maritimes au Portugal remonte, au moins, à l'important jurisconsulte Alvarus Valascus (Álvaro

---

[*] Texto correspondente à minha comunicação nas *Journées internationales de la Société d'histoire du droit*, organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Toulon entre 30 de Maio e 2 de Junho de 2024, sob a superior coordenação do Senhor Professor Laurent Reverso e subordinadas ao tema *L'histoire du droit de la mer, la mer dans l'histoire du droit*. Agradece-se penhoradamente ao Senhor Doutor Isaías Hipólito (Instituto Jurídico) a revisão linguística do texto.

[**] Univ Coimbra, University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculty of Law. ORCID 0000-0002-2956-3646.

[1] *V.g.*, Thomas Rüfner, «Testamentary Formalities in Roman Law», in Kenneth G C Reid / Marius J de Waal / Reinhard Zimmermann, ed., *Comparative Succession Law*, I *Testamentary Formalities*, Oxford: Oxford University Press, 2011, 14-15.

[2] Kenneth G C Reid / Marius J de Waal / Reinhard Zimmermann, «Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective», in Kenneth G C Reid / Marius J de Waal / Reinhard Zimmermann, ed., *Comparative Succession Law*, I *Testamentary Formalities*, Oxford: Oxford University Press, 2011, 453.

Vaz en vernaculaire), né en 1526 et décédé en 1593. Dans le cadre d'une *consultatio* sur la loi applicable aux testaments rédigés par des étrangers au Portugal et par des portugais à l'étranger, Valascus a abordé la suivante question: quelles solennités doit respecter un testament rédigé au cours d'un voyage en mer[3]?

Si quelqu'un rédigeait un testament alors qu'il voyageait dans la mer adjacente à un royaume dont il ne connaissait pas le droit, les solennités du *ius gentium* s'appliqueraient, notamment la nécessité de n'avoir que deux témoins[4]/[5].

Si le testateur connaissait le droit du royaume, Valascus présentait un panorama d'opinions divergentes:

- Pour Tellus Fernandez, dans son commentaire sur les lois de Toro (de 1505), loi 3, le droit du territoire en question était applicable. Les solennités du *ius gentium* n'étaient pas suffisantes. C'était comme ça, même s'il n'y a pas assez de témoins pour satisfaire le droit local, afin d'empêcher les falsifications[6].
- Selon la glose de Miguel de Cifuentes sur la même loi, deux témoins étaient suffisants s'il n'était pas possible d'en trouver plus[7].

[3] Alvarus VALASCUS, *Opera Omnia*, II, Colloniae Allobrogum, Marci-Michaelis Bousquet & Sociorum, 1735, *consultatio* CLXXXII, p. 191: «Circa testamentum alienigenae testantis in hoc regno, an debeat fieri cum solemnitatibus inductis à legibus Regiis? Et an Lusitanus existens apud Sarracenos debeat condere testamentum secundum leges hujus regni, vel secundum jus gentium, vel jus aut consuetudinem illius loci? Et insuper, quas solemnitates adhibere debeat, qui in mari navigando testatur?».

[4] Alvarus VALASCUS, *Opera Omnia*, II, *consultatio* CLXXXII, 15, p. 193-194.

[5] Sur l'exigence de deux témoins, établie par l'*ius gentium*: Wim DECOCK, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune* (ca. 1500-1650), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 331-332; Richard H. HELMHOLZ, «Natural Law and Religion: Evidence from the Case Law», in Wim DECOCK *et al.*, ed., *Law and Religion. The Legal Teachings of the Protestant and Catholic Reformations*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2014, 99-100.

[6] Tellus FERNÁNDEZ, *Prima Pars Commentariorum in Constitutiones Taurinas*, Granatae: Hugo a Mena & Renerius Rabut, 1566, *Legis tertiae*, *Secunda pars*, 5, p. 11v.

[7] *Glosa de Miguel de Cifuentes, sobre las Leyes de Toro*, Medina del Campo: Matheo & Francisco del Canto, 1555, *Lex* III, 17, p. VI.

Face à ce problème, Valascus a adopté le point de vue de Tellus[8], mais avec une réflexion additionnelle:

> «Je dirais que dans un testament fait en mer dans les limites de notre navigation portugaise, parce qu'un scribe est placé dans chaque navire avec pouvoir de faire des testaments sur ce navire, la solennité des lois de ce royaume sera requise, et autrement il ne sera pas valable. Si en effet le navire ne dispose pas d'un tel scribe, ni du nombre nécessaire de témoins, alors le testament sera valable comme s'il avait été fait dans un lieu désert avec la solennité des Ordonnances Royales, Livre 4, Titre 76, dernier paragraphe»[9].

Il s'agit des Ordonnances Royales promulguées par le Roi Manuel I (1469-1521) dans l'année de sa mort, qui ont fixé le nombre de trois témoins pour les testaments faits dans des villes si petites qu'il n'était pas possible de trouver le nombre normal de témoins. Pour Valascus, il y avait une analogie («eadem ratio») qui permettait d'appliquer cette solution du droit portugais aux testaments maritimes:

> «Car quelle différence cela fait-il que cela se soit passé en mer, où les témoins nécessaires ne sont pas faciles à trouver, ou sur terre, dans un lieu désert, puisque la raison est la même dans les deux cas (...) il a prévu un cas plus nécessaire et plus fréquent. Ceux qui prennent la mer et entreprennent de longs voyages ont généralement l'habitude de faire leur testament à terre et de régler leurs affaires avant de l'embarquement et de prendre la mer» [10].

---

[8] Alvarus Valascus, *Opera Omnia*, II, *consultatio* CLXXXII, 16, p. 194: «[D]ebet testamentum conditum in mari, vel portu maris confici secundum statuta loci seu regni, cui adjacet , nec sufficiet solemnitas juris gentium, licet plures testes haberi non possint, ne falsitatis occasio detur, & ita Tellius in l. 3. taur. 2. par. num. 5. Caeterum Cifuentes in eadem l. 3. num. 17. voluit contrarium, imo in testamento facto in mari duos testes sufficere, si plures haberi non possint, quem Tellius ubi supra reprehendit».

[9] Alvarus Valascus, *Opera Omnia*, II, *consultatio* CLXXXII, 17, p. 194: «Ego dixerim, in testamento facto in mari intra limites nostrae navigationis Lusitanae, quia in qualibet navi ponitur unus scriba cum potestate conficiendi testamenta in illa navi , requiri solemnitatem legum hujus regni, & aliàs non valebit. Si verò non habet navis talem scribam, nec numerum testium necessarium, tunc valebit testamentum veluti factum in loco eremo cum solemnitate legis Regiae». (ma traduction).

[10] Alvarus Valascus, *Opera Omnia*, II, *consultatio* CLXXXII, 18, p. 194: «Quid enim interest factum esse in mari, ubi facile non reperiuntur testes necessarii, vel in terra loco eremo, cum utrobique sit eadem ratio (...) providit in casu magis necessario, & frequenti; Nam qui ingrediuntur mare, & faciunt longas navigationes, plerunque solent in terra testamenta facere, et de rebus suis disponere, antequam navim conscendant, et vela ventis dent» (ma traduction).

La question des testaments rédigés au cours de voyages en mer a également été abordée par Bento Gil (Benedictus Aegidius, avocat décédé en 1623), dans son commentaire, daté de 1609, sur la première constitution impériale recueillie dans le *Codex* de Justinien, Livre 1, Titre 2, concernant les sacro-saintes Églises et leurs biens et privilèges. A propos de cette loi, promulguée en 321 par Constantin, le juriste portugais considérait que la mer était un lieu désert comme les très petites villes[11].

Mais les Ordonnances Philippines, promulguées en 1603 par le roi Filipe II, ne maintenaient pas la solution des trois témoins que pour les codicilles (Livre 4, Titre 86, paragraphe 2). Selon Bento Gil, la modification législative signifiait qu'uniquement les codicilles faits en mer bénéficiaient de cette discipline particulière[12].

En outre, invoquant le commentaire de Bartole sur la première loi du *Codex* (C.1,1,1, loi *Cunctos populos* ou l'*Édit de Thessalonique*), Bento Gil préconise que le statut spécial de ceux qui peuvent faire un testament avec moins de solennités accompagne le testateur, comme les paysans, qui bénéficiaient du régime de C.6,23,31, constitution impériale de Justinien promulguée en 534. Par conséquent, ce statut les accompagnait également lors des voyages en mer[13].

Bento Gil a été suivi par le théologien jésuite Francisco Pinheiro (1596-1661), auteur d'un important traité sur la succession testamentaire[14].

[11] Bento GIL, *Commentaria ad Leg. Prim. C. de Sacrosanct. Eccles. Sex Partibus Distributa. Opus Practicis, ac Scholasticis Disputationibus Contextum*, Ulyssippone: Petrum Crasbeek, 1609, *Secundae Partis*, §2, 17, p. 89v.

[12] Bento GIL, *Commentaria ad Leg. Prim. C. de Sacrosanct. Eccles.*, 1609, *Secundae Partis*, §2, 17, p. 89v.

[13] Bento GIL, *Commentaria ad Leg. Prim. C. de Sacrosanct. Eccles.*, 1609, *Secundae Partis*, §2, 18-20, p. 90-90v. L'application de la constitution de Justinien s'explique par l'utilisation subsidiaire du droit romain, déterminée par les Ordonnances portugaises (Ordonnances Philippines 3,64 pr.).

[14] Francisco PINHEIRO, *Tractatus de Testamentis*, I, Conimbricae, Josephum Ferreyra, 1681, *Disputatio* 2, *Sectio* 8, §2, 237-240, p. 230-231.

Les Lumières au Portugal étaient limitées à la seconde moitié du 18ème siècle[15]. Inspiré par les nouvelles idées, le gouvernement de Sebastião José de Carvalho e Melo (1699-1782), le marquis de Pombal, a voulu une transformation globale du droit portugais. Conscient qu'il serait impossible de réformer directement tous les secteurs de du droit nationale, Pombal a choisi d'introduire de nouvelles règles d'interprétation et d'intégration des lacunes[16].

C'est ainsi qui a été promulgué la Loi du 18 août 1769 (dite *Loi de la Bonne Raison*), qui déterminait l'application des «lois des nations chrétiennes, éclairées et polies» en l'absence de droit portugais en matières politiques, économiques, commerciales et maritimes (§9)[17].

La législation portugaise ne prévoyait pas la figure du testament maritime. Dès lors, un vaste secteur de la doctrine de l'époque a compris qu'il s'agissait d'une lacune qu'il convenait de combler avec ces lois étrangères. Les «Principes du Droit Commercial et Lois Maritimes», de José da Silva Lisboa (Vicomte de Cairu, Brésil[18]) sont incontournables à cet égard.

Avec un manque total de rigueur, Silva Lisboa affirmait qu'en droit romain les règles des testaments militaires s'appliquaient aux testaments maritimes, en citant D.37,13,1, extrait de *Ulpianus libro 45 ad edictum*[19]. Il est évident que les marins mentionnés dans ce texte étaient des militaires. Il ne s'agit pas d'une règle générale.

Nonobstant, Silva Lisboa n'utilise pas le droit romain, mais — en obéissant à la *Loi de la Bonne Raison* — la «loi de la mer»[20], c'est-à-dire, dans sa définition:

> «Le système de droit et de jurisprudence maritimes, généralement adopté, en tous points substantiels, parmi les nations éclairées et distinguées par

[15] Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 5.ª ed. com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Coimbra: Almedina, 2012, p. 395.

[16] Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 400-409.

[17] Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 408.

[18] Un titre nobiliaire qu'il a obtenu en 1824, longtemps après avoir écrit les *Principes*.

[19] José da Silva Lisboa, *Principios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, II, 6.ª ed. por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874, Tratado Sexto, Capítulo XXV, p. 697.

[20] José da Silva Lisboa, *Principios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, II, Tratado Sexto, Capítulo XXV, p. 697.

> leur puissance navale et la richesse de l'Etat, par lequel sont établies les règles essentielles de l'économie nautique, ainsi que les obligations, droits et privilèges des gens de la mer»[21].

En pratique, cela signifiait l'application de l'Ordonnance de la marine française promulguée en 1681, comme l'explique l'auteur:

> «De l'avis unanime des spécialistes, parmi toutes les réglementations maritimes des nations d'Europe il n'y en a pas de plus précise, systématique et complète que les Ordonnances de la marine de Louis XIV, Roi de France; et malgré l'agitation actuelle dans ce pays (que Dieu y mette fin pour le bien de la race humaine), elles sont toujours citées avec respect par les érudits, même ceux des nations rivales, et dans de nombreux Tribunaux, elles sont considérées comme un texte capital dans les affaires et les causes mercantiles et maritimes»[22/23].

Car ce serait une grande injustice de ne pas permettre aux marins de faire leur testament à bord, juste parce qu'ils auraient pu le faire sur terre, le Vicomte de Cairu a appliqué en masse le régime de l'Ordonnance concernant les testaments faits à bord des navires, c'est-à-dire, le Titre XI («Des testaments, et de la succession de ceux qui meurent en mer») du Livre III[24]. Ces règles ont été considérées par Silva Lisboa comme relevant d'une justice claire et ne nécessitant pas d'explications supplémentaires[25].

De cette façon, «les testaments faits sur Mer par ceux qu'ils sont décédés dans les voyages seraient valables, s'ils étaient écrits et signez de la main du testateur, ou reçus par l'Ecrivain du vaisseau en présence de trois témoins qui signaient avec le Testateur, et si le testateur ne pouvait ou ne savait pas signer, il doit être fait mention de la cause pour laquelle

[21] José da Silva LISBOA, *Principios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, II, Tratado Sexto, Prólogo, 644 (ma traduction).

[22] José da Silva LISBOA, *Principios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, II, Tratado Sexto, Prólogo, 644 (ma traduction). Comme la *Loi de la Bonne Raison* déterminait l'application subsidiaire de la législation des nations voisines en matière maritime, Silva Lisboa a traduit l'Ordonnance, compte tenu de son importance (705 ss.).

[23] J'attire l'attention du lecteur sur la manière dont le juriste luso-brésilien se réfère à la situation politique française après la Révolution.

[24] José da Silva LISBOA, *Principios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, II, Tratado Sexto, Capítulo XXV, 697.

[25] José da Silva LISBOA, *Principios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, II, Tratado Sexto, Capítulo XXV, 697.

il n'aura pas signé» (article I de l'Ordonnance)[26].

Comme l'a conclu Silva Lisboa:

> «La validité de ces testaments ne s'applique que si le testateur est mort en mer et que le navire n'a pas accosté dans un port où il y avait un notaire ou un officier public habilité à accomplir de tels actes. Par conséquent, si le testateur arrive à terre, son testament fait en mer est immédiatement nul et caduc, sans qu'il soit nécessaire d'analyser s'il avait le droit de le faire ou si le testateur n'a pas eu le temps de le confirmer ou d'en faire un autre avec les solennités prévues par la loi»[27].

Il va de soi que les considérables restrictions contenues dans les articles II et III de l'Ordonnance s'appliquaient également[28].

L'exposition de Joaquim Gouvêa Pinto (1777-1835), dans son important traité sur le droit des successions, n'est pas différente, bien qu'elle soit plus claire sur l'utilisation de la *Loi de la Bonne Raison* pour appliquer la loi de la France:

> «Il était assez sévère de refuser aux marins et aux équipages le droit de tester en mer, sous prétexte de pouvoir tester à terre, alors qu'ils sont souvent en danger évident de mort ; ce cas doit être considéré comme une omission (…) Nous rappelons les dispositions de la loi du 18 août 1769, § 9, qui, en matière maritime, ordonne de recourir aux lois des nations chrétiennes et civilisées les plus voisines, à défaut de celles de notre pays…»[29].

L'auteur poursuit en indiquant que les Tribunaux portugais appliqué à ces matières maritimes l'Ordonnance de la marine française:

---

[26] *Ordonnance de la Marine, du Mois d'Aoust 1681. Commentée et Conférée avec les Anciennes Ordonnances, & le Droit Écrit*, Paris: Chez Guillaume Cavelier, 1714.

[27] José da Silva Lisboa, *Principios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, II, Tratado Sexto, Capítulo XXV, 697 (ma traduction).

[28] Art. II: «Aucun ne pourra par Testament reçû par l'Ecrivain disposer que des effets qu'il aura dans le Vaisseau, et des gages qui lui seront dûs»; Art. III: «Ne pourront les mêmes dispositions valoir au profit des Officiers du Vaisseau s'ils ne sont parens du Testateur».

[29] António Joaquim de Gouvêa Pinto, *Tratado Regular e Pratico de Testamentos, e Successões ou Compêndio Methodico das Principaes Regras e Principios que se Podem Deduzir das Leis Testamentarias, Tanto Patrias como Subsidiarias*, 4.ª ed., Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1844, 55-56 (ma traduction).

> «… donc ces questions sont jugées en justice par les Ordonnances de la Marine française, promulguées sous le règne de Louis XIV, en 1681, nous examinerons ce qu'elles déterminent au sujet des testaments des marins, et quelles formalités elles exigent pour leur validité; bien persuadés que les gens de la mer doivent avoir quelque privilège dans la rédaction de leurs testaments, lorsqu'ils sont en danger de mort»[30].

Lorsque Gouvêa Pinto a écrit son traité, le Code Napoléon était déjà en vigueur. Dans une note à la quatrième édition, le régime de la codification civile française est analysé[31], mais lorsqu'il s'agit de présenter la discipline juridique applicable au Portugal, il continue à suivre Silva Lisboa et sa référence à l'Ordonnance de1681[32]. Mais dans cette même note, Gouvêa Pinto considère que si quelqu'un doit faire son testament en mer pour des raisons imprévues, et qu'il le fait conformément à la loi d'une nation voisine et civilisée, ce testament doit être accepté.

Passons maintenant à une autre contribution. Selon Corrêa Telles (1780-1849), important jurisconsulte de la première moitié du 19ème siècle, qui a également invoqué Valascus et Silva Lisboa:

> «Un testament fait à bord d'un navire en voyage peut être approuvé par l'Écrivain du navire, ou par l'officier qui le remplace, comme s'il s'agissait d'un notaire public»[33].

Plus loin, citant l'Ordonnance française et les *Principes* de Silva Lisboa, Corrêa Telles revient au thème:

> «Le testament fait à bord d'un navire, pendant le voyage, est privilégié car il est valable avec seulement trois témoins, si le testateur décède avant de débarquer sur la terre ferme. Si le testateur débarque dans le Royaume ou dans les dominions portugais, le testament cesse d'être valable. Si la disposition faite en mer a été faite en faveur des officiers du navire et que ceux-ci n'ont pas de lien de parenté avec le testateur, la disposition est nulle»[34].

---

[30] Gouvêa PINTO, *Tratado Regular e Pratico de Testamentos, e Successões*, 57 (ma traduction).

[31] Gouvêa PINTO, *Tratado Regular e Pratico de Testamentos, e Successões*, 55-56, note 1.

[32] Gouvêa PINTO, *Tratado Regular e Pratico de Testamentos, e Successões*, 57-58.

[33] José Homem Corrêa TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Modos de Adquirir a Propriedade, de a Gozar e Administrar e de a Transferir por Derradeira Vontade: Para Servir de Subsidio ao Novo Codigo Civil*, III, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1836, §1794, p. 288 (ma traduction).

[34] Corrêa TELLES, *Digesto Portuguez*, §§1815-1817, p. 292 (ma traduction).

Pour sa part, Ferreira Borges (1786-1838), dans son dictionnaire juridique-commercial, a défendu l'application du régime du testament militaire, établie dans les Ordonnances portugaises (Livre 4, Titre 83). Le fondement présenté était D.37,13,1, qui prétendument démontrerait l'application des testaments militaires aux testaments maritimes[35].

Dans les «Institutions du Droit Civil Portugais», de Coelho da Rocha (1793-1850), il y a un changement important. L'Ordonnance de 1681 n'est plus invoquée et le Code civil français est utilisé subsidiairement à sa place. Pour cette raison, Coelho da Rocha entendait:

Seuls deux témoins étaient nécessaires (article 988);

Le testament était valable si le testateur décédait dans les trois mois suivant son débarquement dans un port où il pouvait rédiger normalement son testament (article 996)[36].

Il n'est pas surprenant que le premier code civil portugais, promulgué en 1867, ait prévu le testament maritime. Leur besoin se faisait sentir depuis longtemps et il était urgent de créer un régime stable et certain. Mais la discipline consacrée est très restrictive; selon l'article 1948, «testament maritime est celui que font en pleine mer, à bord des navires de l'État, les militaires ou les fonctionnaires civils remplissant un service public». Trois témoins étaient nécessaires (article 1949) et «le testament maritime n'aura d'effet que si le testateur meurt en mer, ou pendant le mois qui suit son débarquement en territoire portugais» (article 1958)[37].

L'actuel code civil du Portugal, promulgué en 1966, continue de réglementer les testaments maritimes, mais désormais autorisés à tout le monde (articles 2214º-2218º[38], applicables aux testaments rédigés lors

[35] José Ferreira Borges, *Diccionario Juridico-Commercial*, 2.ª ed., Porto: Typographia de Sebastião José Pereira, 1856, *sub voce* «Testamento marítimo», p. 400.

[36] Manuel António Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, I, 4.ª ed., Coimbra: Livraria de J. Augusto Orcel, 1857, §685, p. 539-540.

[37] *Code civil portugais du 1er juillet 1867*, traduit et annoté par G. Laneyrie/Joseph Dubois, Paris: Imprimerie Nationale, 1896.

[38] Article 2214

(Testament fait à bord d'un navire)

Toute personne peut faire un testament à bord d'un navire de guerre ou de commerce voyageant par mer, dans les conditions énoncées dans les articles suivants.

Article 2215

(Formalités d'un testament maritime)

d'un voyage à bord d'un aéronef — art. 2219º[39]).

Le testament doit être présenté au capitaine du navire conformément aux dispositions relatives aux testaments militaires, en particu-

Un testament fait à bord d'un navire doit être conforme aux dispositions des articles 2211 ou 2212, et le capitaine du navire doit remplir le rôle assigné au commandant de l'unité indépendante ou de la force isolée.

Article 2216

(Duplicata, enregistrement et conservation du testament)

Le testament maritime est établi en double exemplaire, inscrit au journal de navigation et conservé parmi les documents de bord.

Article 2217

(Remise du testament)

1. Si le navire entre dans un port étranger où il y a une autorité consulaire portugaise, le capitaine doit remettre à cette autorité une des copies du testament et une copie de l'inscription faite dans le journal de navigation.

2. Lorsque le navire arrive en territoire portugais, le capitaine doit remettre l'autre exemplaire du testament à l'autorité maritime du lieu, ou remettre les deux exemplaires si aucun n'a été déposé aux termes du paragraphe précédent, ainsi qu'une copie du registre.

3. Dans tous les cas prévus au présent article, le capitaine doit recueillir un récépissé de la remise et l'inscrire au journal de navigation, en marge du registre testamentaire.

Article 2218

(Remise et dépôt du testament)

1. L'autorité consulaire ou militaire établit un acte de remise du testament dès qu'il lui a été remis et le fait déposer au bureau ou à l'une des études notariales du lieu du domicile ou de la dernière résidence du testateur.

2. Les dispositions de l'article 2213, paragraphe 2, sont applicables dans ce cas.

(Ma traduction).

[39] Article 2219

(Testament fait à bord d'un aéronef)

Les dispositions des articles 2214 à 2218 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à un testament fait au cours d'un voyage à bord d'un aéronef.

(Ma traduction).

lier la présence de deux témoins[40]. Comme les autres testaments spé-

[40] Les testaments des militaires sont régis par les articles 2210º à 2213º:

Article 2210º

(Testaments des militaires et des personnes assimilées)

Les militaires, ainsi que les civils au service des forces armées, peuvent faire un testament dans la forme prévue aux articles suivants, lorsqu'ils sont en campagne ou dans des casernes à l'extérieur du pays, ou même à l'intérieur du pays mais dans des lieux avec lesquels les communications sont interrompues et où il n'y a pas de notaire, ainsi que lorsqu'ils sont prisonniers de l'ennemi.

Article 2211º

(Testament militaire public)

1. Le militaire, ou son équivalent civil, déclare son testament en présence du commandant de l'unité indépendante ou de la force isolée concernée et de deux témoins.

2. Si le commandant souhaite faire son testament, la personne qui doit le remplacer prend sa place. 3. Après avoir été rédigé, daté et lu à haute voix par le commandant, le testament est signé par le testateur, les témoins et le commandant lui-même; si le testateur ou les témoins sont dans l'impossibilité de signer, le motif de cette impossibilité doit être indiqué.

Article 2212º

(Testament militaire fermé)

1. Si le militaire ou le civil assimilé sait et peut écrire, il peut rédiger son testament de sa propre main.

2. Lorsque le testateur a écrit et signé le testament, il le présente au commandant, en présence de deux témoins, en déclarant qu'il exprime ses dernières volontés ; le commandant, sans le lire, écrit sur le testament une déclaration datée attestant que le testament lui a été présenté, et cette déclaration est signée par les deux témoins et par le commandant.

3. Si le testateur le demande, le commandeur, toujours en présence des témoins, coud et scelle le testament, en inscrivant à l'extérieur de la feuille de papier qui sert d'enveloppe une note désignant la personne à qui appartient le testament qui y est contenu.

4. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article précédent s'appliquent à ce type de testament.

Article 2213º

(Formalités supplémentaires)

1. Le testament établi conformément aux articles précédents est déposé par les autorités militaires au bureau ou à l'un des offices notariaux du lieu du domicile ou de la dernière résidence du testateur.

2. Si le testateur décède avant la fin de la cause qui l'a empêché de faire son testament de manière ordinaire, son décès sera annoncé dans le journal officiel, avec mention de l'étude notariale où le testament a été déposé.

(Ma traduction).

ciaux[41], le testament maritime est caduc deux mois après la cessation de la cause qui a empêché le testateur de tester selon les formes communes[42].

Bref, l'histoire du testament maritime en droit portugais montre l'utilité sociale de cette figure, pour répondre aux situations d'urgence, à tel point que, lorsqu'elle n'était pas légiférée, le besoin d'y recourir s'est fait sentir. Et je pense que la grande dette envers le droit français est devenue évidente dans les lignes qui précèdent.

[41] Les formes spéciales de testament prévues par l'actuel code civil portugais sont le testament des militaires, le testament fait à bord d'un navire ou d'un aéronef et le testament fait en cas de calamité publique (articles 2210º et suivants).

[42] Article 2222º

(Durée de validité)

1. Un testament conclu dans l'une des formes spéciales prévues dans la présente section devient inefficace après que deux mois se sont écoulés depuis que la cause qui a empêché le testateur de faire un testament dans les formes ordinaires a cessé d'exister.

2. Si, au cours de ce délai, le testateur se trouve à nouveau placé dans des conditions d'empêchement, le délai est interrompu et commence à courir en totalité à partir de la cessation des nouvelles circonstances.

3. L'entité devant laquelle le testament est établi doit informer le testateur des dispositions du paragraphe 1, en le mentionnant dans le testament lui-même; l'inobservation de cette disposition n'entraîne pas la nullité de l'acte.

(Ma traduction).

RÉSUMÉ: Le Portugal dispose aujourd'hui d'un régime juridique spécial pour les testaments maritimes qui reflète un phénomène aux racines historiques profondes, illustrant la nécessité intemporelle de prendre en compte les spécificités de la vie humaine en mer, qui est si souvent différente de la vie sur terre.

MOTS-CLEFS: *testament fait au cours d'un voyage maritime; testaments privilégiés; histoire du droit; droit subsidiaire; Loi de la Bonne Raison (18 août 1769); Ordonnance de la marine française de 1681;* Code civil français; *Code civil portugais de 1867*

O Testamento Marítimo na História do Direito Português

RESUMO: Portugal tem hoje um regime jurídico especial para os testamentos marítimos que reflecte um fenómeno com profundas raízes históricas, ilustrativo da necessidade intemporal de ter em conta as especificidades da vida humana no mar, tantas vezes diferente da vida em terra.

PALAVRAS-CHAVE: *testamento feito a bordo de navio; formas especiais de testamento; história do direito; direito subsidiário; «Lei da Boa Razão» (18 de Agosto de 1769); Ordenações da marinha francesa de 1681;* Code civil; *Código Civil português de 1867*

Maritime Wills in Portuguese Legal History

ABSTRACT: Portugal has a special legal framework for maritime wills that reflects a phenomenon with deep historical roots, which illustrates the timeless need to take into account the specificities of human life at sea, so often different from life on land.

KEYWORDS: *wills made on board ship; special wills; legal history; subsidiary law; «Law of Good Reason» (18 August 1769); French Ordinance of Marine of 1681;* Code civil; *Portuguese Civil Code of 1867*

PROVA (ARTIFICIALMENTE) INTELIGENTE

Lucinda Dias da Silva[1]

I. Nota Introdutória

O atual grau de recurso à tecnologia, no plano do utilizador, acelerou exponencialmente o ritmo planetário e individual, reduzindo a escala de tempo, em grau que, em certas circunstâncias, se reconduz à resposta quase instantânea.

Este contexto perpassa quase todo o quotidiano humano, permitindo, com carácter massificado e, em termos praticamente imediatos, a obtenção de vastíssima quantidade de informação em rede, contratação em *ecommerce*, recrutamento de recursos humanos, referenciação geográfica, pesquisa e tratamento médicos e mesmo socialização online.

O novo enquadramento tecnológico não permite apenas ir mais rápido. Permite ir mais além e alcançar conclusões que, de outro modo, dificilmente seriam extraíveis.

A este modo de operar subjaz uma quantidade massiva de dados (*big data*) passível de diversos tipos de tratamento e utilização, com potencial para, designadamente, criar um perfil individualizado e detalhado da conduta, preferências, bem como um perfil genético, físico, psíquico e emotivo do sujeito a que os dados respeitem. O que pode ter consequências em áreas muito importantes da esfera dos sujeitos jurídicos. A mobilização dos recursos tecnológicos para fins de *score social* e de *predictive policing* é uma rea-

[1] Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito.

lidade em alguns países. [2] [3]

O mundo do Direito não é imune a este fenómeno imersivo e, em particular, ao relevo da inteligência artificial. O que sucede quer dentro, quer fora dos muros dos tribunais; o mesmo é dizer, intra e extraprocessualmente. E, dentro e fora do processo, essa influência manifesta-se em múltiplas dimensões.

Adentro desse perímetro de recursos tecnológicos, enquadra-se a inteligência artificial. E, de tal modo esta se implantou no universo social, que o significado da sigla AI ou IA é reconhecido por um núcleo muito extenso de sujeitos, mesmo quando não especialmente versados sob o ponto de vista técnico nesta área.

II. Inteligência Artificial

A noção de inteligência artificial não se encontra inscrita na natureza das coisas. Por ela se entenderá o que se inclua na delimitação do âmbito objetivo do conceito. Âmbito que não é inequívoco na área da informática e na doutrina, nem imutável no tempo.

No plano normativo representativo de fonte de Direito da União Europeia, o n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 reporta-se, não propriamente a inteligência artificial, mas a sistema de inteligência artificial, entendendo por este o "sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, e que pode apresentar

[2] Paul W. GRIMM / Maura GROSSMAN / Gordon CORMACK referem este caso em "Artificial Intelligence as evidence", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 19/1(2021) 54 ss.

[3] Em particular sobre as implicações sociais dos "Recommendation Systems", Joana Gonçalves-SÁ / Flávio PINHEIRO, "Societal Implications of Recommendation Systems: A Technical Perspective", in H. Sousa ANTUNES *et al.*, ed., *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law,* Springer International Publishing AG, (Law, Governance and Technology Series 58), 47 e ss., disponível em <https://doi.org/10.1007/978-3-031-41264-6_2>. Perspetivando o relevo que a inteligência artificial tem a potencislidade de assumir, no plano social, na gestão urbana, Robert BRAUNEIS / Ellen P. GOODMAN, "Algorithmic Transparency for the Smart City", *The Yale Journal of Law & Technology* 20 (2018) 107 ss.

capacidade de adaptação após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais."

Partilhamos a noção proposta por Paul W. Grimm, Maura Grossman e Gordon Cormack, no sentido de que a inteligência artificial corresponde à "capacidade hipotética de um computador igualar ou exceder o desempenho humano em tarefas que exigem capacidades cognitivas, como a perceção, a compreensão e síntese da linguagem, o raciocínio, a criatividade e a emoção." [45]

O grau de capacidade discernível no amplo universo da inteligência artificial não é, porém, uniforme. Tomando por referência de categorização a capacidade de a inteligência artificial rivalizar com a inteligência humana, pode-se distinguir entre inteligência artificial fraca ("narrow" ou "weak AI") e inteligência artificial forte ("general" ou "strong AI").

A nota essencial da destrinça corresponde à capacidade (ou não) de a inteligência artificial se autossustentar (obtendo, de forma autónoma, os recursos necessários para se manter) e reproduzir. Esta é a particularidade caraterizadora do grau cognitivo (artificial) correspondente à inteligência artificial forte.[6]

A ambas as noções (inteligência artificial fraca e forte) é comum a capacidade de execução de um amplo conjunto de funções[7], que implicam atividade

---

[4] Sobre a importância da manipulação de símbolos enquanto instrumento de desenvolvimento dos sistemas de inteligência artificial, Arlindo L. Oliveira / Mário A. T. Figueiredo, "Artificial Intelligence: Historical Context and State of the Art", in H. Sousa Antunes *et al.*, ed., *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law,* 10 e ss.

[5] Grimm / Grossman / Cormack, "Artificial Intelligence as evidence", 14.

[6] Sobre a distinção, Grimm / Grossman / Cormack, "Artificial Intelligence as evidence", 15. Propugnando especial cautela relativamente à possibilidade de autónoma prática de atos por sistemas de inteligência artificial, M. Patrão Neves / A. Betâmio de Almeida, "Before and Beyond Artificial Intelligence: Opportunities and Challenges", in H. Sousa Antunes *et al.*, ed., *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law,* 107 e ss.

[7] Para uma abordagem, de índole técnica, quanto ao tipo de funções desenvolvidas por esta forma não humana (artificia) de inteligência, bem como sobre as formas de sua aprendizagem, Grimm / Grossman / Cormack, "Artificial Intelligence as evidence", 24. Os autores referem tarefas de classificação, de ordenação e de regressão, notando que o desempenho destas pressupõe, normalmente, o prévio "ensino" por via de aprendizagem automática supervisionada. Notam que este tipo de "técnica de ensino" é simi-

intelectiva, com um grau de qualidade equiparável ou (em cada vez mais amplas circunstâncias) superior, à atingível pelos humanos. As competências da inteligência artificial em domínios como o reconhecimento vocal ou facial, a tradução de textos e a criação musical ou literária são disso uma evidência.

Na sequência dos desenvolvimentos tecnológicos que conduziram à conceção do computador moderno, Alan Turing[8] escreveu, em 1948, um estudo ("Intelligent Machinery") em que, de modo expresso, formalizou a questão de saber se seria possível o computador desenvolver um grau de inteligência que não fosse possível distinguir da inteligência humana.

Como teste no sentido de aferir dessa possibilidade, Alan Turing propôs, em 1950, o "Jogo da imitação" (por isso conhecido como teste de Turing). Consistia na interação de um avaliador com uma máquina e com um humano, sendo que estes dois se encontravam ocultos, pelo que o avaliador não conseguia distinguir se quem respondia às suas interpelações era o computador ou o humano. Neste quadro, poder-se-ia concluir que a máquina era inteligente se o avaliador não conseguisse identificar quem era o humano, pois, nesse caso, o computador teria conseguido imitar o comportamento humano a ponto de enganar um humano (convencendo-o de que interagia com um humano).

Não obstante a prematura morte de Turing seis anos depois, as premissas de que partira, as conclusões a que chegara e o horizonte que antevira beneficiaram de desenvolvimento. Claude Shannon (com quem Turing partilhara perspetivas) e que, escasso tempo (cerca de um ano) após a criação do "Jogo da Imitação", concebera um robot com a forma de rato (designado Theseus) que, revelando capacidade de situação no espaço, memorização e interação com o meio ambiente, se demonstrava

lar ao que é usado para ensino de uma criança: a partir dos exemplos que lhe são dados e identificados, o algoritmo constrói um modelo que lhe permite, depois, classificar novos casos (ou seja, hipóteses diferentes daquelas que lhe foram ensinadas). A aprendizagem por reforço corresponde a uma aprendizagem automática supervisionada em que o algoritmo de aprendizagem automática escolhe os seus próprios exemplos de treino para reforçar a sua aprendizagem. Na aprendizagem profunda o grau de aprendizagem adensa-se, mediante técnica similar ao estabelecimento de inter-relação entre redes neuronais instaladas em camadas múltiplas, assim se exponenciando os resultados alcançados. Este é o tipo de técnica de aprendizagem convocada, designadamente, no âmbito da inteligência artificial utilizada para reconhecimento da fala e da imagem.

[8] Matemático na área da computação.

apto a identificar o modo de sair de um labirinto (quer perante a estrutura inicial do labirinto, quer após a sua alteração).

Em colaboração com outros cientistas[9], Shannon organizou, em 1956, o Projeto Dartmouth, que conferiu chancela à expressão "Inteligência Artificial" e que, pela atividade de pesquisa científica que envolveu nesta área, projetou o grau de desenvolvimento da inteligência computacional para patamares exponenciais.

A evolução progrediu a um ritmo vertiginoso, potenciado também pela relação simbiótica com o impressionante desenvolvimento da internet. Espaço que hoje viabiliza aos utilizadores, não só o acesso fácil a vastíssima informação relativa a inteligência artificial, como ainda a possibilidade de serem construtores de inovações tecnológicas por recurso à inteligência artificial.[10]

III. Manifestações da Inteligência Artificial no Direito Processual Civil

III.1. Consideração geral

A inteligência artificial não só se implantou nos espaços físico e internáutico, como deu um novo sentido e potencial ao que neles se situa.

O Direito não ficou imune a essa influência. Neste plano, o impacto refletiu-se quer no âmbito do direito processual, quer no âmbito do direito substantivo.

Cingiremos a presente análise à repercussão desse potencial tecnológico no contexto da resolução jurisdicional de litígios.[11] Impacto que se manifesta em vários planos.

---

[9] Marvin Minsky, John McCarthy e Nathaniel Rochester.

[10] Sobre as particularidades e dimensão da evolução, Grimm / Grossman / Cormack, "Artificial Intelligence as evidence", 17 e ss. A pandemia de Covid 19 teve também, mais recentemente, impacto importante no incremento do recurso a meios tecnológicos no âmbito da administração da justiça, como nota Marco Fabri, "From Court Automation to e-Justice and Beyond in Europe", *International Journal for Court Administration* 15/3 (2024) 9.

[11] Refletindo sobre os graus de efetiva implementação deste tipo de sistemas no plano processual, Marco Fabri nota que o nível de sucesso tende a incrementar quando dizem respeito a dimensões parcelares, tendendo a diminuir quando assumam uma dimensão mais abrangente, "From Court Automation to e-Justice and Beyond in Europe", 5.

Por um lado, contende, de forma direta, com o pressuposto processual da personalidade judiciária, na medida em que o grau de desempenho que a inteligência artificial atualmente alcança, permite questionar se deve passar a integrar o conjunto de hipóteses em que legalmente se reconhece personalidade judiciária a quem não beneficia de personalidade jurídica.[12]

A inteligência artificial tem igualmente apetência para intervir em sede de distribuição processual, com as implicações que tanto poder gerar no âmbito do princípio do juiz natural, da imparcialidade, da igualdade e na distribuição funcional de serviço.

A potencialidade de uso jurisdicional da inteligência artificial manifesta-se ainda no uso que dela em tese pode ser feito no âmbito do acesso à justiça[13] e no quadro da atividade fulcralmente decisória, quer a título de apoio ao decisor, quer a título de substituição (parcial ou total) deste. Este último nível de análise corresponde ao extremo da aplicação da inteligência artificial em juízo, conduzindo à contraposição juiz humano/juiz robot. A intervenção da inteligência artificial neste plano de exercício da jurisdição é já uma realidade em diversos países.

Assim sucede, por exemplo, no Brasil, onde o sistema Socrates 2.0 auxilia o juiz na tarefa de decidir, designadamente procedendo à análise de peças processuais com o intuito de facilitar a classificação de processos e de pesquisa de jurisprudência sobre casos semelhantes, capaz de assumir utilidade para a decisão da causa.[14]

A sua utilidade tem-se revelado também em sede de instância de recurso, no que diz respeito à aferição dos pressupostos da sua interposi-

[12] Beatriz A. Ribeiro, Helder Coelho, Ana Elisabete Ferreira, e João Branquinho pronunciam-se sobre este problema por referência à noção de metacognição e à capacidade de desenvolvimento de processos metacognitivos, "Metacognition, Accountability and Legal Personhood of AI", in H. Sousa Antunes *et al.*, ed., *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law,* 169 e ss.

[13] Em particular sobre o relevo da inteligência artificial no acesso online à justiça, Hibah Alessa, "The role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution: A brief and critical overview", *Information & Communications Technology Law* 31/3 (2022) 319-342.

[14] Ricardo Augusto Ferreira e Silva e António Isidro da Silva Filho dão conta do recurso a estes sistemas de inteligência artificial no Brasil, "Inteligência artificial em tribunais brasileiros: retórica ou realidade?", disponível em <2-intelige-ncia-artificial-em-tribunais--brasileiros-reto-rica-ou-realidade.pdf>. Humberto Martins retrata a mesma realidade, em "Inteligência artificial e decisões judiciais", disponível em <Microsoft Word – Palestra – Inteligência artificial e decisões judiciais – Vitória – ES (revisada).docx>.

ção, à identificação das normas potencialmente violadas e de pesquisa jurisprudencial.

O sistema Victor tem também sido utilizado nessa ordem jurídica, num nível mais intenso de intervenção da jurisdição, na medida em que opera enquanto substituto do juiz. A decisão é, assim, gerada por um algoritmo.[15]

Igualmente a título de exemplo, também na Alemanha a inteligência artificial intervém de forma relevante nos tribunais, designadamente como forma de apoio em litígios de massa ("Massenverfahren", onde se destacam os sistemas OLGA[16], FRAUKE[17] e MAKI[18]) e em procedimentos de grande escala ("Umfangsverfahren", onde se salientam os projetos AKIRA[19] e STRUKI[20]), bem como na anonimização e aumento da publicização das decisões (onde intervêm os projetos JANO[21] e ALeKS[22]) e na leitura automatizada de dados (sobretudo por via do projeto SMART/IMJ[23]).[24]

A influência da inteligência artificial no processo pode operar também por via *indireta*, designadamente na medida em que condicione o acesso a juízo. Assim sucede, por exemplo, quando se recorre à inteligência artificial para previsão do sentido último de decisão de um litígio, na medida em que tal antecipação pode condicionar o financiamento do litígio (assegurado por terceiros) e, assim, a possibilidade de efetivo acesso à justiça.

---

15 No âmbito da União Europeia, a "utilização de ferramentas de IA pode auxiliar o poder de tomada de decisão dos magistrados ou da independência judicial, mas não o deverá substituir, a decisão final tem de continuar a ser uma atividade humana" (considerando 61 do Regulamento (EU) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024.

16 OberLandesGerichts-Assistent.

17 FRAnkfurter Urteils-Konfigurator, Elektronisch

18 Massenverfahrens-Assistenz durch Künstliche Intelligenz.

19 Allgemeine KI-Richterassistenz.

20 Strukturierung mit KI.

21 Justiz-Anonymisierung.

22 Anonymisierungs- und Leitsatzerstellungs-Kit zur smarten Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen.

23 Semantische Metadatengewinnung und automatische Textanalyse bzw. Input Modules Justiz.

24 Sobre algumas vias de exploração da inteligência artificial nos tribunais alemães, Bettina MIELKE, "Künstliche Intelligenz in der Justiz – ein Update", disponível em *Künstliche Intelligenz in der Justiz – ein Update*.

Por outro lado, a inteligência artificial revela-se capaz de obter, tratar e gerar informação com um grau de rapidez e (frequentemente) de acuidade superior ao que é proporcionado pelos meios de prova não atuantes por recurso àquele subsídio tecnológico, pelo que a sua importância assoma também ao domínio do regime probatório.

A amplitude potencialmente aplicativa desta nova vertente tecnológica cria, assim, a necessidade de revisitar os grandes núcleos teóricos do processo civil, em diversos planos: no plano das suas diretrizes principiológicas legais (em particular no que diz respeito aos princípios do contraditório, da igualdade, do juiz natural, da independência e da imparcialidade, da imediação e da livre apreciação da prova); no plano dos principais institutos que o integram (designadamente os que concernem à prova e aos pressupostos processuais) e no plano do regime garantístico constitucionalmente consagrado (em especial o diretamente relacionado com os princípios processuais enunciados).

Não se trata de regular a realidade inevitavelmente seguindo os seus desígnios. Pelo contrário, trata-se de, partindo das fundações existentes, refletir sobre o sentido da nova realidade e sobre as repercussões que esta pode vir a refletir no processo civil, fazendo desse momento comparativo, entre o presente e o que se antevê, lugar para ponderar que reflexos são ou não admissíveis, bem como quais as soluções adequadas para, respetivamente, permitir que ocorram ou para os impedir. Soluções que podem implicar o eventual ajustamento do regime existente (ante a nova realidade) ou, diferentemente, a manutenção da normatividade, impondo à realidade que se adapte para que se torne juridicamente admissível.

III.2. Prova

Como acima antecipado, a disseminação e vulgarização dos subsídios técnicos proporcionados pela inteligência artificial fazem também com que esta viabilize meios inovadores de recolha de informação capaz de ratificar ou não as versões factuais invocadas, o que imediatamente se projeta no instituto da prova.

É inequívoca a centralidade que a prova assume na economia da generalidade das ações judiciais, enquanto principal fundamento de decisão da matéria factual controvertida.

Nuclearidade que o *Bundesgerichtshof* (BGH) exprimiu no acórdão por si proferido em 6 de Abril de 2009 (II ZR 117/08), quando sublinhou que a injustificada limitação do exercício do direito à prova (enquanto concretização do direito a ser ouvido em juízo), imposta pelo tribunal, pode representar denegação de justiça ("Gehörsverstöße an Rechtsverweigerung grenzen").

Optamos, por isso, por, na presente sede, centrar o olhar na mais delimitada área que respeita ao impacto da inteligência artificial em sede de prova.

Em acrescida circunscrição do campo de análise, cumpre notar que no quadro multissignificativo que a palavra pode assumir – enquanto *meio (Beweismittel)*, enquanto *atividade (Beweisaufnahme)*, enquanto *informação* proporcionada pelo meio em causa *(Beweisstoff)*, susceptível de constituir fundamento ou base probatória *(Beweisgrund)*] e enquanto consequência ou *resultado (Beweiserfolg)* da convocação processual desse conteúdo – consideraremos, para o presente efeito, a prova enquanto canal de transmissão de informação entre a realidade e o tribunal (enquanto meio de prova)[25].

Múltiplas são as possibilidades de construção de soluções tecnológicas passíveis de suscitar o interesse das partes enquanto meios de prova. Neste quadro se integram, designadamente, as soluções de IA com potencial *para* prever (*risk assessment tools*) ou reconstituir comportamentos humanos com base em projeções probabilísticas[26], *para* proceder ao reconhe-

[25] É a esta noção de prova que Comoglio, Ferri e Taruffo se reportam quando referem: "Con il termine "prova" si indicano solitamente tutti i mezzi di conoscenza che vengono impiegati nel processo al fine di formulare una decisione intorno alla veridicità o falsità di enunciati relativi ai fatti rilevanti della controversia", *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, pp. 456 e ss.

[26] Disso são exemplo os sistemas COMPAS e Predpol, como Susana Aires de Sousa nota, «Um direito penal desafiado pelo desenvolvimento tecnológico: alguns exemplos a partir das neurociências e da inteligência artificial», *Revista da Defensoria Pública da União* 14 (2020) 32. Paul W. Grimm, Maura Grossman e Gordon Cormack referem este caso em "Artificial Intelligence as evidence", 37. Reportam igualmente o PredPol enquanto sistema de policiamento preditivo desenvolvido, ao início da década passada, altura em que foi desenvolvido por cientistas da Universidade da Califórnia (UCLA), em colaboração com o Departamento de Polícia de Los Angeles, tendo por fim analisar dados sobre a criminalidade e detetar padrões de comportamento criminoso, de modo a que a polícia pudesse intervir em áreas onde se previa a ocorrência de crimes, com o intuito de evitar que estes acontecessem. A utilização do software foi depois alargada a outros departamentos de polícia do país para identificar bairros onde era maior a probabilidade de ocorrência de crimes graves durante determinados perío-

cimento facial ou vocal, bem como *para*, enquanto assistente digital inteligente, ver e ouvir tudo o que se passa num determinado espaço.[27]

O problema do recurso a sistemas de inteligência artificial em sede de prova desdobra-se em duas dimensões: a da admissibilidade de convocação desses meios[28] e, quando admissível, a dos termos em que devem ser objeto de tratamento processual. Centrar-nos-emos nesta segunda dimensão.

III.2.1. (A)tipicidade categorial

Ante o elevado grau de inovação tecnológica associado a estes meios de prova (construídos e operativos por recurso à inteligência artificial), importa indagar se representam prova atípica.

Em sintonia com Barbosa Moreira[29], atribuímos à expressão "prova

dos de tempo "Artificial Intelligence as evidence", 36.

[27] Para uma visão panorâmica sobre algumas das hipotéticas possibilidades de uso da inteligência artificial em juízo, Isabel TRANCOSO *et al.,* "The Impact of Language Technologies in the Legal Domain", in H. Sousa ANTUNES *et al.*, ed., *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law,* 25 e ss.

[28] Aqui se enquadra, em particular, a questão relativa à ilicitude da prova. Problema de natureza geral, que assume particular relevo no âmbito da prova com recurso a inteligência artificial, na medida em que o especial potencial desta no que respeita aos resultados obtidos pode ser acompanhado por um aumentado risco de lesão de bens jurídicos. Para uma abordagem processual do problema da prova ilícita, Miguel Teixeira de SOUSA (cujo entendimento acompanhamos), "A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 61 (2020) 15-51. No sentido da recusa da "teoria da ponderação" enquanto critério de admissão ou não de prova ilícita, Paula Costa e SILVA / Nuno Trigo dos REIS, *Efeitos ilícitos da prova ilícita em processo estadual e arbitral,* AAFDL, 2019, 71 e ss.

[29] Barbosa Moreira reconduz a atipicidade das provas às hipóteses em que se observa um critério diferente do legalmente previsto, no que diz respeito à forma de "contacto entre o juiz e a fonte de informação", designando por prova atípica "a prova em que a informação chega ao juiz de uma forma distinta da contemplada na lei para a prova "típica" correspondente", "Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas", *Revista de Derecho Procesal* 3 (1999) 545. Corresponde à primeira espécie de prova diversa que Taruffo identifica e que corresponde a "fonte de convencimento de que o juiz se socorre" que não se encontra legalmente prevista, "Prove atipiche e convincimento del giudice", *Rivista di Diritto Processuale*, 2.ª Serie, 28 (1973) 394.

atípica" um sentido estrito, entendendo por ela o meio de prova que não se enquadre num dos diversos *tipos* legais de prova, o mesmo é dizer, aquele que represente uma categoria tipológica não prevista na lei (não constante do catálogo legal).

Cremos que não é possível responder de forma unívoca à pergunta. A resposta dependerá do concreto meio de prova "inteligente" que se considere.

A título de exercício, ensaiemos classificação tomando por referência os meios de prova inteligente que referimos a título de exemplo.

No que diz respeito ao primeiro – reconhecimento facial e reconhecimento de voz – cremos que, sob o ponto de vista da sua categorização, estamos em presença de um meio de prova que integra o catálogo dos meios de prova que o legislador selecionou e elencou legalmente. Ou seja, entendemos estar perante um meio de prova típico.

Na verdade, afigura-se-nos que se inclui no *âmbito tipológico* de um dos meios de prova que o legislador previu no leque de fontes de prova que fez constar da lei.

Integram esse elenco: a prova testemunhal, a prova documental, a prova por inspeção judicial, a prova pericial, a exibição de coisa, a confissão e as presunções jurídicas.

A construção desse quadro tipológico eleito pelo legislador teve por base o reconhecimento do valor da informação proporcionada por cada um desses meios de prova. Valia justificativa da sua elevação à qualidade de fonte de informação passível de servir de sustento à decisão a proferir (ou seja, à qualidade de meio de prova previsto na lei).

No que diz respeito à *prova pericial,* a sua integração no âmbito dos *tipos legais* de meio de prova encontra justificação nos especiais conhecimentos, de natureza técnica, que a mesma proporciona à atividade de administração da justiça, no que em particular diz respeito ao esclarecimento dos factos controvertidos.[30]

[30] Sobre o relevo do conhecimento técnico em processo, *vide* Bove, "Il Sapere Tecnico nell Processo Civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Seconda Serie, 66/6 (Novembre-Dicembre, 2011) 1431-1450. A propósito da *consulenza técnica* (onde a perícia se enquadra), Liebman salienta que esta tem por fim essencial a integração do "conhecimento do juiz nos casos em que para perceber ou para valorar uma prova são necessários conhecimentos técnicos de que o juiz não dispõe", salientando o carácter extre-

A razão justificadora da inclusão da perícia entre os *tipos* de meios legais de prova (ou seja, entre os meios de prova legalmente tipificados) reside, assim, na capacidade do perito de, porque dotado de especial saber científico, instruir o tribunal com esse *know how*, a fim de que o decisor disponha da informação técnica necessária para construir a solução decisória mais adequada e consistente ante as particularidades do caso.

O recurso a um robô (construído e atuante mediante convocação de técnicas de inteligência artificial) para dar identidade a uma voz ou a um rosto (ou seja, para associar essa voz ou esse rosto a um sujeito concreto), a sua mobilização justifica-se considerando, precisamente, os especiais conhecimentos técnicos que o robô em si concentra e que pode proporcionar em juízo.

Trata-se, portanto, a nosso ver, de uma manifestação da categoria tipológica (mais ampla) da prova pericial, integrando-se nesse tipo.

Em termos idênticos, é também o especial saber proporcionado pelo robô que justifica a sua convocação, em sede de jurisdição, para prever ou reconstituir comportamentos, pelo que também esta hipotética base de decisão se enquadra, a nosso ver, no quadro tipológico da prova pericial.

No que concerne ao assistente digital inteligente, cremos que importa distinguir, em função do tipo de funcionalidade que, de entre os vários que tal tecnologia proporcione, seja em concreto mobilizado.

Assim, se a informação objeto de uso em juízo for o registo áudio ou vídeo captado por esse meio técnico, estará em causa prova documental. Na verdade, atenta a natureza ampla da noção de documento no âmbito do regime geral de prova vigente em processo civil, estão em causa fontes de informação que se afiguram já legalmente enquadráveis como prova documental.[31] Trata-se, assim, de prova por documentos,

---

mamente variável da sua "qualidade e quantidade", em função "das circunstâncias e do grau de especialização" da matéria em causa, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4.ª ed., Milano: Giuffrè, 1984, 97. Em sintonia com o previsto no artigo 388.º do Código Civil, Manuel de Andrade refere, como razões justificativas do recurso à prova pericial (no âmbito do regime português), a necessidade de obtenção de esclarecimento técnico, que e associa à circunstância de estarem em causa "factos, relativos a pessoas" que "não devam ser objecto de inspecção judicial", *Noções elementares de Processo Civil*, nova ed. rev. e atual., Coimbra Editora, 1979, 262.

[31] É no capítulo atinente à prova por documentos que, sob o ponto de vista sistemático, se encontra inserido o artigo 428.º do Código de Processo Civil ("À parte

com a particularidade de, em virtude do refinamento técnico da fonte de captação (a verificar-se tal grau de sofisticação), beneficiarem de uma especial acuidade da imagem ou do som registados.

Pode, porém, o meio técnico, para além de proceder à captação, laborar sobre a imagem ou som captados, por recurso aos seus recursos de inteligência artificial, identificando, a partir da tonalidade de voz, cadência de expressão e tipos de movimentos (entre outros elementos), caraterísticas psíquicas, emotivas ou físicas do sujeito cuja imagem e/ou voz foram captadas, no momento em que o foram (estado emocional pacífico ou agressivo, reservado ou expansivo, depressivo ou entusiasta, temperatura corporal, altura, formato do rosto e outros dados biométricos). Trata-se, nesta dimensão, de meio de prova que se encaixa na moldura tipológica da prova pericial.

Congregando a sua dupla valência, representa, assim, um recurso tecnológico que proporciona, em simultâneo, prova documental e prova pericial.

III.2.2. (In)suficiência da regulação típica

Afigura-se-nos que, conquanto inovadora e altamente sofisticada, a prova por recurso à inteligência artificial não suscita, em regra, a necessidade de alterar os quadros tipológicos já existentes no que diz respeito às categorias de meios de prova. Não representará, pois, por norma, prova atípica.

O mesmo já se não pode dizer do regime jurídico aplicável. Mesmo quando se conclua que uma sofisticada avaliação técnica, realizada por recurso à inteligência artificial, representa um meio de prova enquadrável no meio de prova pericial, tanto não significa que o regime que atualmente regula a prova pericial em termos gerais (no Código de Processo Civil e no Código Civil) se revele adequado ou suficiente para responder às especificidades destes tipos especiais de prova pericial (quando a sua convocação jurisdicional se considere admissível).

De resto, singularidades próprias de outros tipos de prova pericial determinaram já que quanto a esses se construísse, em complemento do

---

que apresente como prova qualquer reprodução cinematográfica ou registo fonográfico incumbe facultar ao tribunal os meios técnicos de o exibir, sempre que seja necessário, sem prejuízo do disposto no artigo 411.º").

regime geral, um regime especial capaz de devidamente regular essa prova tomando em consideração as suas particularidades teleológicas e operativas. Assim sucede, designadamente, no que diz respeito às perícias médico-legais e forenses.[32]

A especificidade fulcral deste tipo de meio de prova reside na natureza robótica do perito. É a circunstância de ser um robô e não um humano a realizar a perícia (com tudo o que tanto implica), associada ao facto de o regime vigente ter sido concebido tomando por referência o perito humano (o paradigma de perito então relevante), que eleva esta possível dissonância entre o regime vigente e as necessidades regulativas que a perícia realizada por recurso à inteligência artificial requer.

Importa, assim, analisar as especificidades que a contraposição perito humano/perito robô revela, bem como as consequências de regime que comporta.

Referiremos três estratos de especificidades: uma primeira atinente à fiabilidade dos resultados; uma segunda, atinente à sua valoração em juízo e uma terceira, relativa à operacionalidade deste tipo de meios de prova.

a) Fiabilidade dos resultados (output)

Independentemente da concreta classificação que se possa fazer da prova produzida por recurso à inteligência artificial, esta traz consigo, tanto a possibilidade de obter resultados informativos com qualidade de outro modo inalcançável, como a possibilidade de gerar resultados com um grau de erro consideravelmente superior ao que em média se verifica em caso de perícia humana.

Esta segunda dimensão assume uma frequência não despicienda (como é próprio dos avanços tecnológicos nos seus primeiros estágios evolutivos).

São conhecidas as designadas *AI hallucinations*, enquanto momentos de "alucinação" em que, os recursos de inteligência artificial, apesar de proporcionarem respostas com qualidade, geradora de confiança no utilizador que os mobiliza, entram em súbito estado de "falta de lucidez", referindo como existente e pertinente informação que, na verdade, não existe ou se afigura ilógica, inexata ou inaplicável.

[32] O regime especial deste tipo de perícias consta da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto.

Assim sucede, designadamente, no campo do Direito, quando cita jurisprudência, normas, doutrina e argumentos que não existem, que são contraditórios, errados ou destituídos de relevo aplicativo no caso objeto de questionamento.[33]

As consequências desses "delírios" ou "traições" da inteligência artificial podem ser relativamente inócuos em contexto de pesquisa inconsequente sob o ponto de vista prático, mas pode também ter implicações de maior monta quando estejam em causa atividades com impacto (máxime social).

Noutro tipo de casos, os resultados não são inequivocamente errados, mas não beneficiam de solidez suficiente para poderem servir de base a decisões de relevo. A título de exemplo, em 2020, o New York Times trouxe a público[34] um caso de reconhecimento facial realizado por algoritmo, que tomou por base uma imagem pouco nítida de um vídeo de vigilância que registara um episódio de furto de produtos de luxo num estabelecimento comercial da cidade de Detroit (Michigan). O software de inteligência artificial confrontou a imagem do assaltante captada nesse vídeo, com um universo de milhões de fotografias constantes de uma base de dados policial, vindo a concluir que a pessoa captada na imagem de vídeo correspondia à pessoa constante da fotografia da carta de condução de um concreto indivíduo (Mr. Williams).

Com base neste apuramento algorítmico, as entidades policiais confrontaram a coordenadora de prevenção de perdas da loja com uma sequência de seis fotografias, entre as quais se incluía a de Mr. Williams, e aquela (que previamente visualizara o vídeo captado pela câmara de vigilância, mas que não estivera presente durante a prática do crime) identificou a fotografia de Mr. Williams como sendo o responsável pelo furto. Com base nesta confirmação, Mr. Williams foi detido (e depois libertado sob fiança), vindo, posteriormente, o processo a ser arquivado, pelo Wayne County Prosecutor's Office, com base em falta de prova, por ter considerado que os elementos de prova disponíveis não eram suficiente-

[33] "120 processos judiciais foram flagrados com alucinações de IA, de acordo com novo banco de dados", *Mashable*.

[34] "Wrongfully Accused by an Algorithm", *The New York Times*. Paul W. Grimm, Maura Grossman e Gordon Cormack referem este caso em "Artificial Intelligence as evidence", 37.

mente fidedignos e esclarecedores.[35]

Vários são, assim, os graus de não fiabilidade dos resultados que os recursos de inteligência artificial proporcionam, podendo assumir proporções mais intensas (por flagrantes, quando, por exemplo, afirmam como verdadeiro o que é manifestamente falso) ou menos intensas (por apenas temerárias, quando, por exemplo, afirmam como verdadeiro o que pode sê-lo, não dispondo, porém, de elementos que lhe permitam, com um nível de razoabilidade ou risco razoáveis, afirmar que o é).

Múltiplas são, também, as razões que podem estar na base da não fiabilidade dos resultados que os recursos de inteligência artificial proporciona, quando a "alucinação" (de grau mais ou menos intenso) acontece.

Destacaremos razões de dois tipos: atinentes à construção da solução tecnológica e relativas à utilização do recurso robótico.

a.1. construção da solução tecnológica

No que diz respeito às razões justificativas da parca (ou nula) fiabilidade dos resultados, quando tanto se verifica, começamos por considerar motivos que se prendem com o momento de construção do concreto recurso tecnológico mobilizador de recursos de inteligência artificial.

a.1.1. níveis de razões

Neste campo, destacamos, por sua vez, dois subníveis de razões: *i)* de um lado razões atinentes à qualidade da matéria-prima informativa, *ii)* por outro lado, razões concernentes ao método de processamento dessa informação de base.

[35] O Wayne County Prosecutor's Office emitiu uma nota em que dava conta dos detalhes do caso, esclarecendo que o processo foi arquivado com base em falta de prova (em virtude de a pessoa que confirmou a identidade do criminoso não ter estado presente na cena do crime) e sem que a ocorrência tenha ficado a constar do registo do arguido. Aí refere igualmente que informou as entidades policiais de que o arquivamento do caso não impedia a sua reabertura, caso a confirmação fotográfica fosse feita pelo colaborador que presenciou a prática do crime, bem como que tinha sido informado pelas autoridades policiais que esse funcionário não se revelou disponível para colaborar.

Quer num estrato, quer noutro, tomamos em consideração a importância que o *input* pode ter na qualidade do *output* (entendendo por *input* os dados informativos – *information* – e os critérios de processamento desses dados que são inculcados no robô – *proceedings* – e por *output* os resultados que o robô produz).

No que diz respeito ao *primeiro subnível*: operando a inteligência artificial sobre dados que lhe são facultados, a qualidade dessa informação de base é determinante para a fiabilidade do resultado obtido. Qualidade que não se afere apenas em função da veracidade dos elementos disponibilizados. Múltiplos parâmetros relevam nessa sede, designadamente os que se prendem com a diversidade, proporcionalidade e representatividade da informação com que a máquina é alimentada.

Assim, a circunstância de os dados serem limitados, insuficientes ou não adaptados à realidade em estudo condiciona determinantemente a correção do fruto da atividade suportada em inteligência artificial. Também a desatualização dos dados pode gerar erros no resultado obtido, dado que, sendo os algoritmos são treinados com base em dados históricos, se podem, por essa via, perpetuar enviesamentos anteriores.

Porém, a concreta densificação do significado útil desses critérios (isto é, a determinação exata da informação que importa disponibilizar) só é aferível em concreto (tomando por referência o propósito que justifica o recurso à inteligência artificial quando se se lhe dirige uma pergunta, o mesmo é dizer, em função do problema que se pretende resolver).[36]

[36] Um dos vícios frequentemente invocados no que diz respeito a este estrato prende-se com a sobre ou subrepresentação de pessoas de raça negra, relativamente a caucasianos. No âmbito do caso de detenção em Detroit acima referido, foi salientado (na mencionada nota de imprensa) que, apesar de, no verão de 2019, o Departamento de Polícia de Detroit lhe ter solicitado a adoção do seu sistema de reconhecimento facial, aquele recusou, em virtude de ter conhecimento de estudos que relatavam a falta de fiabilidade desse sistema, sobretudo no que dizia respeito a pessoas de cor negra. Num estudo publicado por Tim Brennan, William Dieterich e Beate Ehret, refere-se que, para aferição do grau de probabilidade de reincidência criminosa, o sistema COMPAS pondera diversos fatores, designadamente os relativos aos diminutos recursos financeiros e de literacia, ao desemprego e à discriminação social dos avaliados, "Evaluating the Predictive Validity of the Compas Risk and Needs Assessment System", *Criminal Justice and Behaviour* 36/1 (2009) 34 e ss. Em sentido crítico, Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Mattu and Lauren Kirchner sustentam que a tomada em consideração desses critérios pode determinar discriminação racial, na medida em que, no

No que diz respeito ao *segundo subnível*: a hipotética exatidão quantitativa e qualitativa da informação fornecida ao sistema assume pouca valia se a forma de tratamento dessa informação não for adequada, porque o algoritmo foi mal concebido ou mal treinado. Assim, o acerto no método (de assimilação e extrapolação da informação de base) que o robô convoque, no processamento dos elementos informativos de que disponha, assume especial preponderância. É neste âmbito que se enquadra, designadamente, a importância da correta seleção da(s) forma(s) de aprendizagem do robô.

Quando a inadequação se verifique em ambos os estratos, o potencial de erro exponencia.

A falta de exatidão (em qualquer um dos níveis) pode, por sua vez, ter várias razões na sua base, de natureza intencional ou não.

Entre as razões não deliberadas encontram-se as razões que se associem ao facto de os programadores não espelharem a diversidade dos sujeitos a que os algoritmos se reportam, bem como as que se prendem com a menor qualificação (ou menor acesso a equipamento) dos programadores ou com o facto de estes não terem possibilidade de convocar melhores recursos. Qualquer um destes fatores pode conduzir a que não se apercebam da existência de erro na seleção da informação ou na técnica de processamento dela. Assim também com

O maior perigo advém, porém, do universo da AI adversária ("adversarial AI"), no âmbito do qual a informação disponibilizada ao robô é dolosamente adulterada ou (cumulativamente ou não) o critério do seu processamento é intencionalmente concebido com o propósito de obter resultados fraudulentos ou de causar danos (designadamente fazendo incorrer em engano).[37]

---

contexto geográfico em presença, a probabilidade da sua verificação ocorrerá, com maior intensidade, relativamente a pessoas de raça negra, *Machine Bias There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, Maio, 2016 (disponível em <Machine Bias — ProPublica>). Neste escrito, os autores relatam que, durante dois anos, acompanharam o percurso de pessoas que tinham sido avaliadas pelo COMPAS, tendo concluído que apenas 20% daquelas quanto às quais se previra a possibilidade de reincidirem na prática de crimes violentos os vieram a praticar. Referem também ter detetado que os indivíduos de raça negra tinham o dobro da probabilidade (relativamente aos indivíduos de raça branca) de ser qualificados como sendo pessoas com elevado risco de praticarem crimes no futuro. Sobre o tema, GRIMM / GROSSMAN / CORMACK, "Artificial Intelligence as evidence", 40 e ss.

[37] De forma elucidativa, Paul W. Grimm, Maura Grossman e Gordon Cormack

a.1.2. impacto processual

A falibilidade dos resultados propiciados por prova pericial não é exclusiva da perícia realizada por inteligência artificial.

Contudo, no âmbito da perícia humana, o perito tem o dever de explicitar no relatório pericial os dados que tomou em consideração no exercício da sua atividade, bem como o método científico a que a mesma obedeceu. Cumpre-lhe exteriorizar os elementos e critérios que nortearam a sua atividade, o que corresponde ao dever de fundamentar as conclusões que alcança.

A fundamentação constante do relatório pericial permite, assim, aferir, com maior grau de conhecimento, da bondade ou não do sentido do parecer propugnado pelo perito.

A controlabilidade do acerto dos resultados é menos tangível na perícia realizada por inteligência artificial, em virtude da dificuldade de acesso aos elementos (dados) e ao método de acordo com os quais o sistema operou. O sistema faculta o resultado, mas não explica como alcançou essa solução, não explicitando os dados que utilizou, nem a forma como os processou.

Esta opacidade quanto aos fundamentos do *output* (por vezes justificada mediante invocação de segredos comerciais) transforma-os numa espécie de "caixa negra" (*black box*) que dificulta o exercício do contraditório, o controlo da qualidade do meio de prova pelo decisor e a (eventual) impugnação da decisão da matéria de facto que nele se suporte. Dificuldade que pode impossibilitar a demonstração de que a conclusão alcançada não é verdadeira, por impedir o desmontar do raciocínio em

definem "Adversarial AI" como "the use of the very power of AI to pose malicious threats. Such techniques attempt to fool machine-learning models by supplying deceptive input(s), most often to cause some kind of malfunction.", "Artificial Intelligence as evidence", 73. Nas páginas seguintes, dão conta dos contextos em que o recurso a este tipo de uso da inteligência artificial se revela mais frequente (designadamente, para revelação de dados sensíveis, mediante propositada indução em erro – engano – de pessoas ou de computadores). As manipulações de imagem e de voz com elevado potencial de engano (*deepfakes*) são disso um exemplo paradigmático.

que o resultado conclusivo se alicerçou.[38] [39]

A superação desta dificuldade implica garantir o conhecimento dos dados e dos critérios do seu processamento com que a inteligência artificial laborou, garantindo a convolação de um sistema opaco para um sistema transparente e, assim, a conversão da *black box* em *glass* ou *white box*.

Se o acesso a essa informação é determinante, pode não ser, porém, suficiente. A alta tecnicidade da informação (relativa a qualquer um dos aspetos – dados ou processamento) pode gerar um grau de densidade e

[38] Este problema assumiu relevo, designadamente, no âmbito do caso *Loomis v. Wisconsin*. Loomis foi acusado pelo Estado do Wisconsin da prática de crimes associados a *drive-by shooting*. O sistema COMPAS classificou-o como sujeito com risco elevado de reincidência, tendo o arguido vindo a ser criminalmente condenado (designadamente em pena de prisão efetiva). Loomis solicitou informação quanto ao funcionamento do sistema que o classificou, mas a empresa recusou fornecer os elementos, invocando segredo comercial. Em sede de recurso, Loomis impugnou a sentença, alegando, entre o mais, que a exatidão da sua avaliação (feita pelo COMPAS) não poderia ser judicialmente assumida como adequada (sob pena de violação do direito a *due process*) pelo facto de, ante a opacidade dos dados com base nos quais o sistema operou, não ser possível rever a forma como o cálculo tinha sido efetuado. O Supremo Tribunal do Wisconsin veio a decidir, em 13 de julho de 2016 (No. 2015AP157–CR), pela improcedência da pretensão de Eric Loomis invocando, designadamente, que a decisão condenatória não se tinha alicerçado apenas na avaliação COMPAS e que Loomis dispunha de elementos para, querendo, contestar a correção dos resultados, mediante confronto destes com as informações do software (decisão disponível, no site do Supremo Tribunal do Wisconsin, em <https://www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=171690>). Para uma reflexão crítica sobre os desafios da inteligência artificial no âmbito judicial, à luz do Direito Penal, Anabela MIRANDA RODRIGUES, "A questão da pena e a decisão do juiz – entre a dogmática e o algoritmo» e «Inteligência Artificial no Direito Penal – A Justiça Preditiva entre a Americanização e a Europeização", in *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2022, 219-244 e 11-58, respetivamente. Da mesma autora, "Medida da pena de prisão – desafios da era da inteligência artificial", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*149/4021 (2020) 265 e ss., onde se pronuncia sobre o recurso a sistemas de avaliação de risco.

[39] Susana Aires de Sousa identifica, para além deste, outros casos em que a inteligência artificial assumiu relevo em prova penal em estudo em que adverte para o perigo de "silenciosa transformação do direito penal do facto num possível direito penal do agente "diagnosticado" como perigoso ou de "elevado risco", enquanto risco subjacente ao recurso a técnicas de inteligência artificial para efeitos de julgamento, "Um direito penal desafiado pelo desenvolvimento tecnológico: alguns exemplos a partir das neurociências e da inteligência artificial", *Revista da Defensoria Pública da União* 14 (2020) 21-37.

complexidade informativa de tal forma intenso que a informação se torna incompreensível para quem a solicitou, assim se vendo igualmente precludida a efetividade das garantias ao contraditório e de impugnação das decisões (nos casos legalmente admitidos).

Importa, por isso, que, além da transparência, se assegure a interpretabilidade da informação.

a.2. âmbito aplicativo do meio de prova

A fiabilidade dos resultados poderá, ainda assim, perigar, mesmo quando os dados de base e o critério algorítmico de processamento sejam adequados, se esse recurso tecnológico de inteligência artificial for aplicado a uma função distinta daquela para que foi concebido.

Trata-se da hipótese em que os resultados frustres se devem à utilização de um sistema tecnológico para o desempenho de uma função não coincidente com aquela que esteve na origem da sua criação, sem que aquela diferente aplicação tenha sido devidamente testada e validada.

Esta causa de imprecisão ou erro (dos resultados obtidos) imputável ao alargamento indevido das aplicações do sistema deve-se, assim, a um *desvio de função* ("function creep").[40]

Importa, pois, assegurar que o sistema de inteligência artificial que gerou o meio de prova se revela apto (originariamente ou na sequência de adaptações posteriores) ao desempenho da função a que foi adstrito quando deu origem à informação que se pretende usar em juízo, sob pena de se suportar a decisão em informação inexata, com as consequências que tanto implica para o devido exercício da jurisdição.

a.3. Apreciação dos resultados

Na medida em que a prova mobilizadora de inteligência artificial representará, por princípio, prova pericial, o seu valor probatório deve ser o correspondente ao que vale, de acordo com as regras gerais, quanto a esta cate-

[40] Dando nota desta causa de erro dos resultados obtidos e da reduzida investigação existente sobre ela, Paul W. Grimm, Maura Grossman e Gordon Cormack referem este caso em "Artificial Intelligence as evidence", 51.

goria de meio de prova. Deve, assim, representar base de decisão sobre a matéria de facto controvertida subordinada ao princípio da livre apreciação da prova.[41] Não assume, nessa medida, carácter vinculativo. Também aqui o juiz representa o perito dos peritos.

A apreciação da prova representa uma das atividades mais relevantes e complexas, no exercício da jurisdição, pelo exercício técnico, racional e psicológico que exige.

Para além do domínio científico da área jurídica e da capacidade racional de hierarquização, construção e expressão de raciocínio, impõe que o decisor neutralize a influência das convicções por si formadas e consolidadas *extramuros*. Na verdade, o ser humano tem tendência para interpretar os factos em consonância com o seu background cognitivo e emotivo, ou seja, tomando por referência as convicções até então formadas de modo consistente. Corresponde ao viés da confirmação (*confirmation bias*)[42], que, inata e inconscientemente, permeia o decisor, independentemente do tipo de prova subordinado à sua livre apreciação.

O sistema dispõe, porém, de mecanismos destinados a alertá-lo para esse perigo e a promover a neutralização dessa influência. O treino formativo a que os magistrados são submetidos, o dever de fundamentação (pelo exercício de racionalização e objetivação do processo decisório que implica) e a possibilidade de impugnação da matéria de facto (precedida pela gravação da prova) são disso exemplo disso.

Quando, porém, está em causa meio de prova pericial, acresce uma outra fonte limitadora, adveniente da sua tendencial não especialização em áreas científicas não jurídicas.

Porque assim, não obstante a vigência geral do princípio da livre apreciação da prova, o decisor assume, frequentemente, como adequada, a posição adotada pelo perito, em virtude de não dispor do grau de profundidade de conhecimentos técnicos na área, que lhe permitam contestar ou apresentar dúvidas fundadas relativamente à bondade da solução propugnada pelo especialista.

Assim, ante relatório pericial da autoria de perito humano, a postura do decisor (de adesão ou não ao seu teor) dependerá, em regra, do seu grau de domínio técnico sobre a matéria (tendendo a aderir em caso negativo).

---

41 Cfr. n.º 5 do artigo 607.º e artigo 489.º do CPC e artigo 389.º do Código Civil.

42 Paul W. Grimm, Maura Grossman e Gordon Cormack referem este tipo de enviesamento em "Artificial Intelligence as evidence", 46 e ss.

A circunstância, porém, de o perito ser um robô tem um impacto, por um lado acrescido e, por outro lado, diferenciado, no decisor humano.

Por um lado, o grau de distanciamento relativamente ao conhecimento efetivo da matéria objeto de perícia tende a intensificar-se, na medida em que a dimensão da análise e das conclusões apuradas por recursos de inteligência artificial superam, muito frequentemente, aquela que se afigura possível a um humano (mesmo se com conhecimentos especializados na área técnica, o que, em regra, não é o caso do decisor).

Por outro lado, a natureza robótica da informação tende a produzir na apreciação humana um de dois tipos de enviesamento da análise: o *enviesamento da automatização* (*automation bias*) ou o *enviesamento da aversão algorítmica* (*algorithmic aversion*).[43]

O primeiro (*enviesamento da automatização*) traduz-se na tendência para favorecer os resultados apurados por estas vias, por se conferir maior crédito a essa fonte de apoio de tomada de decisões, quanto às quais se presume maior fiabilidade e objetividade, mesmo quando confrontado com evidências do contrário.

O segundo (*enviesamento da aversão algorítmica*), de sentido oposto, traduz-se na preferência pela análise humana relativamente aos resultados algorítmicos, mesmo quando a estatística demonstra a tendencial maior exatidão dos resultados destes últimos.[44]

A tendencial neutralização deste tipo de vieses passará pela formação dos decisores, no sentido de os tornar conscientes destes filtros cognitivos e de os dotar de ferramentas para contorno dessas fontes de perturbação decisória, promovendo a efetividade da livre apreciação da prova.

As observações que acabam de se tecer pressupõem que o princípio aplicável ao tipo de meio de prova em apreço seja o da livre apreciação da prova.

---

[43] Paul W. Grimm, Maura Grossman e Gordon Cormack reportam-se a ambos os tipos de distorções decisórias em "Artificial Intelligence as evidence", 47 ss.

[44] Berkeley J. Dietvorst, Joseph P. Simmons e Cade Massey debruçam-se sobre este fenómeno psicológico, explicando que esta tendência assenta no facto de, se confrontado com a prática de um mesmo erro por um humano e por um algoritmo, o ser humano tender a preferir que a tarefa seja executada por um ser humano, mesmo quando ciente de que estatisticamente a probabilidade de o ser humano errar, no exercício dessa atividade, é maior, "Algorithm Aversion: People Erroneously Avoid Algorithms After Seeing Them Err", *Journal of Experimental Psychology: General* (2014) 1-12, disponível em <Dietvorst-Simmons-Massey-2014.pdf>.

Porém, se é seguro (designadamente, atento o atual conhecimento sobre o grau de rigor dos resultados proporcionados pela inteligência artificial) que o juiz não deve ficar vinculado ao sentido do parecer robótico, não é inequívoco que não deva existir pré-definição legal quanto ao relevo suscetível de ser concedido a prova com esta natureza.

Com efeito, a especial sensibilidade ou importância (individual ou comunitária) da matéria julgada, bem como o grau de falibilidade de um *concreto* meio de prova que convoque recursos de inteligência artificial pode aconselhar a que o legislador determine que a mobilização *dessa* informação não seja admissível como base decisória ou, em alternativa, que só possa ser usada como *princípio de prova*. Nesta segunda hipótese, o decisor fica inibido de usar os resultados algorítmicos como única base da decisão, apenas os podendo convocar a título de corroboração de informação proveniente de outra fonte de prova e, assim, como um dos elementos probatórios em que suporta a decisão sobre a matéria de facto.[45]

Pelas importantes implicações que pode ter para o devido exercício da atividade jurisdicional e, consequentemente, para a justiça da decisão, esta é uma avaliação cuja realização (no plano normativo) assume carácter crucial.

b) Regime normativo

Como resulta do anteriormente explicitado, o tipo de prova em presença enquadrar-se-á, por princípio, no quadro tipológico da prova pericial.

O tipo encontra-se legalmente regulado, sob o ponto de vista processual, entre os artigos 467.º e 489.º do Código de Processo Civil.[46]

Afigura-se-nos que, quando se conclua ser de admitir, como possível base de decisão, prova com esta natureza (pericial, mediante convocação de recursos de inteligência artificial), duas preocupações emergem.

Por um lado, a de que essa convocação não implique a adulteração

[45] Foi a este título que o método COMPAS foi convocado na decisão proferida no caso Loomis v. Wisconsin, como *supra* referido. Sobre o valor positivo (coadjuvante) e negativo (impeditivo) do princípio de prova, João de Castro MENDES / Miguel Teixeira de SOUSA, *Manual de Processo Civil*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 2022, 478-479.

[46] No Código Civil situa-se nos artigos 388.º e 389.º.

da essência da prova pericial e, por outro lado, a de que se adotem os ajustamentos normativos que se revelem necessários para adaptação do regime às especificidades próprias deste particular tipo de perícia, de modo a assegurar a efetividade e segurança da sua mobilização em juízo.

Importa ter presente que, quando o legislador integrou a perícia no elenco de meios probatórios, o fez por reconhecer que esse tipo de subsídio informativo (com carácter técnico e com natureza especializada numa certa área do conhecimento) pode assumir relevo para o adequado exercício da atividade jurisdicional, na medida em que pode facultar ao decisor conhecimentos especializados de que este *per se* não disponha, quando aqueles assumam relevo para a boa decisão da causa. Por isso a erigiu à qualidade de possível base de decisão da matéria de facto controvertida.

Mas, a forma como regulou a prova pericial revela, em simultâneo, que foi criterioso na seleção do tipo de informação técnica especializada capaz de poder cumprir essa função: apenas a tanto é admitida aquela que supere os vários crivos de avaliação de qualidade que o legislador instituiu.

Crivos cuja função de controlo opera em várias frentes, aferindo, designadamente: i) a qualidade do perito, ii) a qualidade da solicitação que lhe é feita e iii) a qualidade dos resultados que apresenta.

A qualidade da perícia por referência ao *primeiro* parâmetro (qualidade do perito) é promovida por várias medidas normativas de salvaguarda.

Em primeiro lugar, pela circunstância de (quer quando a perícia decorre de iniciativa oficiosa do decisor, quer quando é requerida por qualquer das partes) ser sempre o tribunal a designar o perito.

Em segundo lugar, porque o perito é designado em função de critérios previamente determinados, segundo os quais a perícia deve, por princípio, ser requisitada a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado. Neste caso, a fonte de proveniência do perito constitui fator implementador de respaldo quanto à sua competência técnica.[47]

[47] Artigo 467.º, n.º 1, primeira parte CPC. Como decorre do n.º 4 do mesmo artigo, as perícias médico-legais são realizadas pelos serviços médico-legais ou pelos peritos médicos contratados, nos termos previstos no diploma que as regulamenta (Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto). As restantes perícias podem ser realizadas por entidade contratada pelo estabelecimento, laboratório ou serviço oficial, desde que não tenha

Respaldo que, quando esse tipo de designação não seja possível ou conveniente, é cumprido por dois tipos de deveres impendentes sobre o decisor (um de sentido positivo, outro de sentido negativo): pela exigência de que o perito designado pelo juiz seja pessoa de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa[48], bem como pelo dever de não nomear o perito cuja designação foi requerida por acordo das partes se fundadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência[49] ou se existirem obstáculos à sua nomeação por se verificarem causas de impedimento ou de suspeição[50].[51]

Por outro lado, a comprovação tardia, pelo perito nomeado, da incapacidade para adequadamente exercer as suas funções determina a possibilidade da sua destituição.[52]

Em terceiro lugar, pelo facto de ser possível exponenciar o contributo proporcionável pela capacidade de cada perito mediante congregação da intervenção de vários peritos na mesma perícia. Neste caso, usa-se a colegialidade como forma de criar sinergias entre as ponderações dos vários peritos, com o intuito a "voz pericial" que se pronuncia nos autos especialmente qualificada. Qualidade que pode ser acrescidamente implementada quando (se tanto se afigurar necessário) os peritos integrantes do colégio provenham de diferentes áreas da ciência, com o que, à mais-valia da colegialidade se acresce a da interdisciplinaridade.[53]

No que diz respeito à qualidade da perícia aferida pelo *segundo parâmetro* (atinente à solicitação dirigida ao perito), a acentuação é eminente-

qualquer interesse em relação ao objeto da causa nem ligação com as partes (artigo 467.º, n.º 4 do CPC).

[48] Artigo 467.º, n.º 1, parte final CPC.

[49] Artigo 467.º, n.º 2 e artigo 468.º, n.º 2 do CPC.

[50] Os peritos estão sujeitos ao regime dos impedimentos e suspeições dos juízes, com as adaptações de regime que se imponham, designadamente atenta a diferente natureza dos sujeitos e funções em causa (artigo 470.º do CPC).

[51] O dever de não nomeação reflete-se no dever de remoção caso o obstáculo só seja identificado ou só surja após a nomeação (artigo 472.º do CPC) e no subsequente dever de nomeação de um novo perito (artigo 472.º do CPC).

[52] Esta possibilidade pressupõe o desempenho, de forma negligente, do encargo pericial (nomeadamente, de acordo com a exemplificação legal, quando não apresente o relatório no prazo fixado ou inviabilize a sua entrega – artigo 469.º, n.º 2 do CPC).

[53] Artigo 468.º, n.º 1 do CPC.

mente colocada na qualidade em sede de determinação do objeto da perícia e repercute-se em exigência a vários níveis: na imperatividade de a parte requerente o indicar *ab initio* (no ato de requerimento da perícia), sob pena de rejeição da perícia;[54] na possibilidade, concedida à parte contrária, de se pronunciar quanto a essa proposta de objeto (pronúncia que coenvolve a possibilidade de aderir ou de requerer a sua alteração, no sentido da ampliação ou da restrição)[55], cabendo ao juiz determiná-lo (com a possibilidade de restrição ou de ampliação) no despacho em que defira o requerido;[56] no facto de o juiz o indicar, em caso de perícia oficiosamente designada, podendo as partes sugerir o alargamento do seu âmbito[57].

No que diz respeito ao *terceiro parâmetro* (respeitante à qualidade dos resultados), a promoção da qualidade opera por via de medidas atuantes a montante e a jusante do momento da apresentação do relatório pericial.

Quanto às medidas operantes a montante, distinguem-se as que promovem a qualidade da prestação no que concerne ao conteúdo da informação proporcionada pelo perito, das que promovem a qualidade dessa prestação mediante promoção da celeridade com que esta é disponibilizada ao tribunal.

Entre as primeiras contam-se o contraestímulo que representa a possibilidade de condenação em multa em caso de infração dos deveres de colaboração para com o tribunal[58] e o estímulo à diligência que se associa ao simbolismo da prestação de compromisso formal de cumprimento consciencioso da função pericial[59]. Neste patamar se situa também a promoção da qualidade por via da concessão de acesso dos peritos aos meios necessários ao exercício da sua função[60], bem como por via do dever de fundamentação do parecer emitido[61].

---

[54] Artigo 475.º do CPC.

[55] Artigo 476.º, n.º 1 do CPC.

[56] Artigo 476.º, n.º 2 do CPC.

[57] Artigo 477.º do CPC e, em particular quanto a perícias a efetuar em institutos ou estabelecimentos oficiais, artigo 478.º, n.º 2 do CPC.

[58] Artigo 469.º, n.º 2 do CPC.

[59] Artigo 479.º do CPC. Da parte final do n.º 1 deste artigo retira-se que desta formalidade estão dispensados os peritos que sejam funcionários públicos e intervenham (enquanto peritos) no exercício das suas funções.

[60] Artigo 481.º do CPC.

[61] Artigo 484.º do CPC.

As medidas promotoras da qualidade dos resultados da perícia por via do incentivo à celeridade na prestação da informação manifestam-se na circunstância de ser fixado um prazo para apresentação do relatório pericial[62], no facto de esse prazo só poder ser prorrogado uma vez e por motivo justificado[63] e no incentivo à observância do prazo gerada pela possibilidade de o inverso determinar a designação de novo perito[64].

No que diz respeito às medidas operantes a jusante (promotoras da qualidade dos resultados periciais por via de medidas intervenientes em momento posterior à apresentação de relatório pericial), destacam-se: a possibilidade de as partes apresentarem reclamações do relatório pericial (com base em deficiência, obscuridade ou contradição no relatório ou com base na falta de fundamentação das conclusões)[65]; a possibilidade de (por iniciativa do tribunal ou na sequência de requerimento das partes) o perito prestar, sob juramento, esclarecimentos em juízo relativamente ao teor do relatório pericial [66] e a possibilidade de ser realizada segunda perícia para correção da eventual inexatidão dos resultados da primeira[67].

A circunstância de, no caso de perícia realizada por recurso à inteligência artificial, o perito ser um robô (e não um perito humano) faz com que a promoção da qualidade da perícia não possa obedecer a um re-

[62] Artigo 483.º do CPC.

[63] Artigo 483.º, n.º 3 do CPC.

[64] Artigo 478.º, n.º 3 do CPC.

[65] Se deferidas, geram o dever de o perito completar, esclarecer ou fundamentar por escrito o relatório (artigo 485.º, n.ºs 1 e 2 do CPC).

[66] Artigo 486.º do CPC. De notar que, em conformidade com o n.º 2 deste preceito, os esclarecimentos serão prestados em audiência final (presencialmente, podendo, contudo, os peritos de estabelecimentos, laboratórios ou serviços oficiais ser ouvidos por teleconferência a partir do seu local de trabalho).

[67] Artigo 487.º, n.º 3 do CPC. Como decorre do previsto nos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, tanto pressupõe, quando a iniciativa da segunda perícia for da parte, a formulação de pedido, pela mesma, nesse sentido, no prazo de 10 dias a contar do conhecimento da primeira perícia e com base na discordância quanto ao primeiro relatório pericial, ou, quando estiver em causa a realização de segunda perícia por iniciativa oficiosa do tribunal, a invocação (a todo o tempo) de que a julga necessária ao apuramento da verdade. A promoção da qualidade dos resultados proporcionados pela segunda perícia, no caso, é estimulada pela imposição de que incida sobre os mesmos factos e tenha a mesma natureza que a primeira (deverá ser colegial se a primeira o foi e ter o mesmo número de peritos que esta última teve – artigos 488.º e 487.º, n.º 3 do CPC).

gime integralmente sobreponível ao que se acaba de enunciar, antes se tornando necessária a implementação de um outro, adaptado às especificidades que tal especial natureza (robótica) do perito implica.

O regime contemplado no Código de Processo Civil, concebido que foi tomando por referência a natureza humana do perito, não se encontra adaptado às especificidades da nova realidade.

Contudo, o Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, contempla, com intuito harmonizatório, um regime regulatório do uso da inteligência artificial nos Estados Membros da União Europeia, onde se incluem normas norteadas pela preocupação de dar resposta a algumas das questões a que nos reportamos.[68]

A estrutura do regime gravita em torno de uma graduação dos sistemas de inteligência artificial, em função do grau de impacto que podem ter na vida humana, entre sistemas cuja utilização é proibida, sistemas de risco elevado e sistemas de finalidade geral.

A delimitação do perímetro aplicativo dos sistemas de inteligência artificial integráveis no domínio do risco elevado resulta do artigo 6.º do Regulamento[69], em articulação com o seu anexo III. No que em particular diz respeito aos sistemas de inteligência artificial com relevo na área em apreço, importa, de modo especial, o anexo III, onde, entre outros, se incluem os sistemas de IA utilizados em sede de aplicação da lei, bem como no âmbito da administração da justiça.[70]

---

[68] A sua entrada em vigor assume natureza faseada, obedecendo à escala gradual de implementação expressa no artigo 113.º do Regulamento.

[69] Este artigo distingue dois tipos de critérios classificativos de sistemas de inteligência artificial como sendo de risco elevado, constantes, respetivamente, dos seus n.ºs 1 e 2. A interpretação do primeiro pressupõe a sua articulação com o anexo I e o segundo com o anexo III.

[70] Anexo III, n.ºs 6 e 8, alínea *a)*. Por sistemas intervenientes no âmbito da administração da justiça entendem-se, em III conformidade com esta última alínea, os sistemas "de IA concebidos para serem utilizados por uma autoridade judiciária, ou em seu nome, para auxiliar uma autoridade judiciária na investigação e na interpretação de factos e do direito, bem como na aplicação da lei a um conjunto específico de factos, ou para serem utilizados de forma similar na resolução alternativa de litígios;". Segundo o n.º 3 do artigo 6.º, porém, os sistemas de IA constantes do Anexo III não serão considerados de risco elevado se não representarem um risco significativo de danos para a saúde, segurança ou direitos fundamentais das pessoas singulares, designadamente se não influenciarem de forma significativa o resultado da tomada de deci-

As cautelas são, quanto a este tipo de sistemas, especialmente acentuadas, sendo que, quando pensadas à luz do impacto que podem ter na prova realizada por recurso a inteligência artificial, várias delas se refletem na promoção da qualidade da perícia, com especial incidência na promoção desta por via da promoção da qualidade do perito (o próprio sistema de inteligência artificial – perito robô).

Quanto ao *primeiro parâmetro* referido, cumpre destacar alguns dos aspetos do regime que se destinam a promover a qualidade do perito (sistema de inteligência artificial).

Na verdade, as previsões normativas são, nesta matéria, determinadas, em muito, pela preocupação de evitar "riscos de potenciais enviesamentos, erros e opacidade".[71]

As medidas adotadas tomando por norte esse objetivo respeitam a vários momentos e sujeitos.

Destacam-se as que visam assegurar a qualidade dos dados de treino[72], a exatidão, solidez, cibersegurança[73] e transparência[74] no funcionamento do sistema, a existência de mandatário[75] e o sucessivo controlo de qualidade por vários sujeitos intervenientes ao longo da cadeia[76].

---

sões, o que acontece, entre o mais, se o sistema desempenhar uma tarefa processual restrita. No ponto 61 dos Considerandos esclarece-se: "Contudo, a classificação de sistemas de IA como sendo de risco elevado não deverá ser alargada aos sistemas de IA concebidos para atividades administrativas puramente auxiliares que não afetam a administração efetiva da justiça em casos individuais, como a anonimização ou a pseudonimização de decisões judiciais, documentos ou dados, comunicações entre pessoal ou tarefas administrativas."

[71] Esta especial diretriz norteadora do regime encontra-se sublinhada no Considerando 61 do Regulamento.

[72] Artigo 10.º do Regulamento. A preocupação com a qualidade dos dados utilizados, enquanto condição central para evitar ou atenuar enviesamentos encontra-se vincada, de modo especialmente intenso, nos Considerandos 67, 70 e 110.

[73] Artigo 15.º do Regulamento.

[74] Artigo 13.º do Regulamento.

[75] Artigo 22.º do Regulamento.

[76] Artigos 24.º e 25.º do Regulamento.

Para o mesmo sentido propendem as normas destinadas a garantir a existência de conformidade[77], bem como as atinentes ao registo[78] e documentação[79] e ao acompanhamento da qualidade e risco do sistema durante o seu período de utilização[80].

O Regulamento contempla também medidas atinentes ao *segundo parâmetro* (relativo à qualidade da perícia por via da qualidade da solicitação dirigida ao perito).

Neste domínio, promove-se o adequado uso dos sistemas de inteligência artificial, designadamente mediante previsão do dever de o responsável pela implantação atribuir a supervisão humana a pessoas singulares com as competências, formação, e autoridade necessárias, a quem deverá proporcionar o apoio necessário, bem como de exercer controlo sobre os dados de entrada (assegurando a sua pertinência e representatividade suficiente, considerando a finalidade do sistema) e de controlar o funcionamento do sistema de inteligência artificial com base

[77] Artigos 43.º, 42.º, 44.º, 47.º e 46.º do Regulamento (considerando a ordem de enunciação correspondente à cronologia de relevo prático).

[78] Artigo 49.º do Regulamento.

[79] Artigos 11.º e 18.º do Regulamento.

[80] Artigos 17.º (que estabelece o dever de os prestadores de sistemas de IA de risco elevado criarem um sistema de gestão da qualidade), 9.º (onde se prevê o dever de criar um sistema de gestão de risco deste tipo de sistemas, entendidos enquanto processos interativos contínuos, planeados e executados ao longo de todo o ciclo de vida do sistema e objeto de revisões e de atualizações sistemáticas regulares), 12.º (que consagra o dever de registo automático de eventos durante a vida útil do sistema), 19.º (relativo à manutenção desses registos), 27.º (que prevê o dever de avaliação do impacto da utilização do sistema nos direitos fundamentais, em momento anterior a essa utilização, quando os responsáveis pela implantação sejam os sujeitos mencionados no preceito), 20.º (relativo ao dever de informação e de adoção de medidas corretivas, pelos prestadores do sistema, quando considerem ou tenham motivo para crer que o sistema colocado no mercado ou em serviço não se encontra em conformidade com as regras do Regulamento), 21.º (institui o dever de colaboração dos prestadores deste tipo de sistemas de IA com as autoridades competentes, fornecendo-lhes todas as informações e documentação necessárias, em língua compreensível por essas autoridades), 72.º (relativo ao acompanhamento pós comercialização), 73.º (onde se prevê o dever de partilha de informações sobre incidentes graves) e 71.º (relativo à criação e manutenção de uma base de dados relativa aos sistemas de risco elevado constantes do anexo III) do Regulamento. Releva também o artigo 16.º, enquanto enuncia algumas das obrigações mencionadas.

nas instruções de utilização.[81] Para tanto, os sistemas deverão ter sido concebidos e desenvolvidos de modo a poderem ser eficazmente supervisionados por pessoas singulares durante o período de utilização e aos responsáveis pela supervisão deve ser proporcionada informação, em termos adequados e proporcionados, quanto às capacidades e limitações do sistema, formas de controlar o seu funcionamento, bem como de nele intervir ou de o interromper.[82]

Neste plano assume, assim, especial relevo a promoção da literacia no domínio da inteligência artificial. Esta é uma nota que perpassa o regime do Regulamento e que representa uma incumbência dos prestadores e responsáveis pela implantação de sistemas de inteligência artificial, sobre quem impende o dever de adotar "medidas para garantir, na medida do possível, que o seu pessoal e outras pessoas envolvidas na operação e utilização de sistemas de IA em seu nome dispõem de um nível suficiente de literacia no domínio da IA, tendo em conta os seus conhecimentos técnicos, experiência, qualificações académicas e formação e o contexto em que os sistemas de IA serão utilizados, bem como as pessoas ou grupos de pessoas visadas por essa utilização."[83]

No que diz respeito à qualidade da perícia, quando considerada à luz do *terceiro parâmetro* (qualidade dos resultados), pretende-se, de um modo particular, que a informação propiciada pelo sistema possa ser objeto de devida interpretação por parte do utilizador, para o que assume especial importância a literacia deste, designadamente no que diz respeito à aquisição de consciência da tendência para confiar automaticamente ou excessivamente nos resultados produzidos por este tipo de sistemas ("enviesamento da automatização", na expressão adotada na alínea *b)* do n.º 4 do artigo 14.º do Regulamento). [84]

---

[81] Artigo 26.º do Regulamento.

[82] No artigo 14.º do Regulamento prevêem-se várias dimensões destinadas a robustecer a supervisão humana.

[83] Artigo 4.º do Regulamento.

[84] Em particular sobre a tendência humana para o excessivo otimismo, em sede de tomada de decisões, relativamente aos recursos tecnológicos ("technology effect") e sobre a tendência do juiz para aceitar a informação fornecida pela máquina, sem procurar confirmar a sua veracidade, transferindo para aquela a responsabilidade pela decisão ("automation bias"),Willem H. GRAVETT, "Judicial Decision-Making in the Age of Artificial Intelligence", in H. Sousa ANTUNES *et al.*, ed., *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and*

O Regulamento contempla, assim, diversas normas que respondem às especificidades da informação produzida e proporcionada por sistemas de inteligência artificial, designadamente quanto à que possa ser convocada para auxílio na decisão de facto em juízo.

Ante esta moldura normativa, importa ponderar se alguns dos seus principais traços de regime devem encontrar espelho e concretização em normas do Código de Processo Civil, bem como se se impõe aí prever soluções que respondam a questões que se encontram contempladas para a perícia humana, mas que careceriam de resposta adaptada para as hipóteses em que a perícia é realizada por sistema de inteligência artificial.

A título de exemplo: como acima observado, prevê-se, na lei processual, a possibilidade de serem apresentadas reclamações relativamente ao relatório pericial. Em que termos este direito seria exercido perante perito robô?

Por outro lado, como igualmente mencionado, contempla o legislador a possibilidade de serem pedidos esclarecimentos ao perito. Em que medida seria este direito exercível quando em causa perícia robótica?

Quando a perícia seja humana, assiste também ao juiz e às partes o direito de, nos termos explicitados, ordenar ou solicitarem (respetivamente) uma segunda perícia, sendo que esta pode ser um elemento valioso para, entre o mais, o juiz não ficar refém de um parecer pericial numa área que pode não dominar em absoluto.

Como Jauernig refere, o perito, enquanto o sujeito que presta declarações com base no "seu conhecimento profissional das regras da experiência (em particular de uma ciência ou ofício)", assume a qualidade de *auxiliar* do juiz (*Helfer des Richters*). Louvando-se em Sendler, sublinha, porém, para o risco de a falta de conhecimentos do juiz poder conduzir a que, de "ajudante" *(Gehilfe)*, aquele se transforme em "senhor" *(Herrn)*.[85]

O direito a requerer uma segunda perícia deve também no contexto de inteligência artificial ser assegurado, designadamente como forma de obviar a essa limitação?

---

the Law, 281 ss. S. I. Strong pronuncia-se também sobre contextos especialmente propiciadores deste tipo de enviesamentos, onde integra como potenciadoras de perigo situações do que designa por "cognitive loafing," (passividade cognitiva, em tradução livre), "Artificial Intelligence in Civil Justice Systems: an empirical and interdisciplinary analysis and proposal for moving forward", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (May 02, 2025) 27 ss.

[85] *Zivilprozessrecht*, 29. Aufl., München: C.H. Beck, 2007, 77 e 178.

De acordo com os critérios atuais, o perito da segunda perícia não pode ter tido intervenção na primeira, o que, no caso, significaria que a segunda perícia teria de ser proporcionada por um outro sistema de inteligência artificial. Tanto pressuporia a segurança prévia de existência dessa alternativa. Deverá a possibilidade de recurso a perícia robótica ficar dependente da efetividade desta segunda perícia?

Por outro lado, a qualidade dos resultados depende, como acima referido, de múltiplos fatores, designadamente da qualidade dos dados introduzidos, do modo de funcionamento do sistema e do seu modo de utilização. Em que circunstâncias e por que via processual podem estes aspetos ser questionados? E, se questionados e obtida informação sobre eles, esta não for suficientemente clara e compreensível? Quais as vias, tempos e condições processuais a observar para assegurar transparência e explicabilidade desses elementos?

Finalmente, admitindo que todos os obstáculos mencionados são superados e que o decisor dispõe de resultados suscetíveis de serem convocados como base para decidir a matéria de facto, devem estes ser objeto de livre apreciação pelo juiz ou não devem constituir senão um princípio de prova, insuscetível de, autonomamente, fundamentar a decisão quanto à factualidade controvertida?

Não obstante o considerável esforço regulativo já desenvolvido, afigura-se, assim, que as dúvidas, sobretudo no plano da densificação normativa interna ainda são muitas e carentes de soluções que pressupõem um enquadramento sistémico simultaneamente coerente e adaptado aos novos tempos.

Afigura-se-nos ser este um dos principais desafios que ora se desenha.

IV. Nota Conclusiva

É inequívoco que a inteligência artificial e a jurisdição são vetores que a prática não deixará (não deixa) de fazer cruzar.

Convergência que se afigura desejável e auspiciosa *se* (condicional que se sublinha) for implementada e normativamente regida sob consciência dos elevados perigos e das importantes potencialidades que comporta.

Crê-se, por isso, que, não obstante a premência do tempo estugado próprio da evolução tecnológica, é de progredir com pequenos passos quanto à regulação normativa a desenvolver, simultaneamente verificando e avaliando o sentido e resultados que esse trajeto vai assumindo.

De forma aparentemente paradoxal, prudência e ousadia entrelaçam-se nesse caminho.

RESUMO: O recurso à inteligência artificial representa uma realidade que perpassa a maioria das dimensões da vida humana. O Direito Processual Civil constitui uma área onde igualmente se insinua com cada vez maior intensidade, observando-se que, nalguns domínios, a sua presença se encontra já instituída. A variabilidade dessa intervenção oscila em função da maior ou menor permeabilidade de cada um dos ordenamentos jurídicos, bem como em função da maior ou menor sensibilidade do domínio processual em causa. O instituto da prova corresponde a uma área do direito adjetivo cuja importância para a efetividade do direito de acesso a juízo e a processo equitativo assume natureza crucial. Importa, pois, centrar a atenção sobre o impacto que a inteligência artificial pode ter nesse contexto, para o que cumpre procurar delimitar essa noção, identificar as principais especificidades que implementa em sede de prova e os impactos de regime que torna necessários, designadamente os que se prendem com a circunstância de a figura do perito judicial humano poder passar a conviver com a do perito robô. Estas as principais coordenadas da reflexão constante do presente texto.

PALAVRAS-CHAVE: *inteligência artificial; prova; processo civil*

(Artificially) Intelligent Evidence

ABSTRACT: The use of artificial intelligence is a reality that permeates most aspects of human life. Civil procedure is an area where it is also becoming increasingly prevalent, and in some areas, its presence is already well established. The variability of this intervention varies according to the greater or lesser permeability of each legal system, as well as according to the greater or lesser sensitivity of the procedural domain in question. The institution of evidence corresponds to an area of procedural law whose importance for the effectiveness of the right of access to justice and fair trial is crucial. It is therefore important to focus attention on the impact that artificial intelligence may have in this context, for which it is necessary to define this concept, identify the main specificities it implements in the field of evidence and the impacts on the system that it necessitates, namely those related to the fact that human legal experts may now coexist with robot experts. These are the main points of reflection in this text.

KEYWORDS: *artificial intelligence; evidence; civil procedure*

Varia

I — HOMENAGEM

1. PROFESSOR DOUTOR FERNANDO ALVES CORREIA (25 DE OUTUBRO DE 2023)

1.1. PALAVRAS DO DIRECTOR DA FACULDADE DE DIREITO

JÓNATAS E.M. MACHADO

1. Quando o Povo de Israel foi levado cativo para a Babilónia, o Profeta Jeremias transmitiu-lhes a seguinte recomendação divina: "Procurai a paz da cidade para onde vos fiz transportar; porque, na sua paz, vós tereis paz." O Doutor Fernando Alves Correia, insigne cultor do direito público que hoje merecidamente homenageamos, granjeou para si e para a FDUC grande notoriedade nacional e internacional precisamente porque sempre procurou o bem-estar da cidade, por sinal o significado mais profundo do conceito hebraico de paz.

2. O urbanismo, o ordenamento do território e a planificação das cidades, vilas e aldeias permitem maior racionalização e eficiência no controlo e do uso dos espaços, possibilitando o justo equilíbrio entre finalidades habitacionais, industriais, comerciais e de lazer, propiciando uma coexistência mais justa e fraterna.

3. Um dos principais objetivos do direito do urbanismo consiste em tornar qualquer assentamento humano mais habitável, agradável e funcional. A problemática do urbanismo e do ordenamento do território é uma dimensão incontornável da cidadania e da prossecução do bem

comum, algo que Alves Correia, ilustre cultor do direito constitucional e administrativo, sempre compreendeu e encarnou.

4. O CEDOUA, centro de investigação indissociável da pessoa e obra de Alves Correia, nunca separou o urbanismo e o ordenamento do território do direito social ao ambiente. Questões como o combate à poluição, saneamento básico, higiene urbana ou tratamento de resíduos, foram sempre e são ainda hoje devidamente consideradas e estudadas nas suas interligações sistémicas com o urbanismo e o ordenamento do território, a par da otimização social e ambiental da mobilidade.

5. Esta ligação é cada vez mais acentuada na sociedade contemporânea, com as alterações climáticas, o rápido crescimento populacional e o desenvolvimento tecnológico. Alves Correia sempre sublinhou a necessidade de uma política de infraestruturas ecológicas, assente no reconhecimento de que os espaços verdes em contexto urbano podem desempenhar as mais variadas funções sociais, culturais e ambientais, sem esquecer o seu contributo para a saúde física e mental da população.

6. Alves Correia destacou-se, igualmente como Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional. Recordo, a propósito, uma importante decisão de que foi relator, que muito contribuiu para consolidar e estruturar o ensino religioso nas escolas públicas. Na altura critiquei de forma veemente o entendimento sustentado por Alves Correia, talvez contaminado, porque não dizê-lo, por indisfarçáveis vestígios de jacobinismo laicista.

7. À medida que os anos foram passando fui compreendendo que a solução preconizada nesse acórdão de Alves Correia era, afinal, mais madura, razoável e equilibrada, mais consentânea com uma visão realista dos limites do Estado liberal, com uma relação saudável e descomplexada entre Estado e sociedade, com a justa valorização da igual liberdade religiosa e com a garantia da coexistência pacífica e construtiva das diferentes comunidades religiosas no nosso país, por sinal também um fator essencial da paz da cidade.

8. Um Estado que remove o ensino religioso da escola pública, além de desconsiderar os sentimentos mais profundos da esmagadora maioria da população, não é na verdade ideologicamente neutro, como

pretendem alguns, antes privilegia uma visão cientista, naturalista e materialista do mundo, tomando dessa forma partido, com pretensões de infalibilidade, na discussão fundamental sobre a natureza da natureza e na investigação da origem, do propósito (ou falta dele) e do destino da existência humana.

9. Este aspeto remete-nos para a importância da liberdade de pensamento, opinião e expressão e a necessidade de os académicos e juristas valorizarem a existência de diferentes pontos de vista sobre todos os assuntos, mesmo e principalmente os mais delicados e controversos — é essa, afinal, a essência do princípio do contraditório — e adotarem uma perspetiva aberta e crítica que os possa inclusivamente salvar dos enviesamentos, por vezes inconscientes, resultantes das suas próprias pré-compreensões ideológicas ou mundividenciais.

10. Devemos apreciar aqueles que não concordam connosco hoje e levar a sério o seu pensamento, tanto porque amanhã eles podem vir a mudar de opinião e aderir à nossa, como porque podemos ser nós a mudar a nossa opinião e a concordar com eles, como foi o meu caso. Ainda que nem uma nem outra coisas venham a suceder, importa estar pronto para concordar em discordar, pois o pior que pode acontecer na sociedade — ou na universidade — é sucumbirmos diante da arrogância intelectual ou da pressão ideológica no sentido do pensamento único.

11. É neste registo autenticamente cívico, de defesa do bem-estar da cidade e da preservação uma publicidade aberta e crítica, que devemos homenagear e enaltecer a vida e a obra de Alves Correia. Coerente com as suas convicções, procurou servir o bem comum em todas as suas dimensões sempre que esteve nas suas mãos fazê-lo, plenamente ciente de que da paz da cidade depende a paz de cada um de nós.

12. Professor Doutor Fernando Alves Correia, em nome da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra tenho o privilégio e a honra de lhe poder dizer pública e solenemente: estamos-lhe imensamente gratos… até sempre!

1.2. PALAVRAS PROFERIDAS NA SALA 8 DOS GERAIS

Fernando Alves Correia

TESTEMUNHO DE UM PROFESSOR

Excelentíssimo Senhor Vice-Reitor da Universidade de Coimbra, Doutor João Nuno Calvão da Silva, em representação do Magnífico Reitor

Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito, Doutor Jónatas Machado

Excelentíssimos Senhores Subdiretores da Faculdade de Direito

Ilustríssimos Antigos e Atuais Juízes do Tribunal Constitucional

Excelentíssimo Senhores Antigos e Atuais Deputados à Assembleia da República

Excelentíssimos Senhores Atuais e Antigos Presidentes de Câmara Municipal

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal da Relação de Coimbra

Excelentíssimo Senhor Presidente da Comarca Judicial de Coimbra e Ex.ma Senhora Presidente da Comarca Judicial de Viseu

Caros Coordenadores das três licenciaturas da Faculdade de Direito, do Mestrado e do Doutoramento
Ilustríssimos Colegas Professores da Faculdade de Direito e de outras Faculdades
Estimados Membros da Comissão Organizadora dos Estudos em minha Homenagem
Distintos Advogados
Caríssimos Funcionários da Faculdade de Direito
Caros Estudantes das três licenciaturas da Faculdade de Direito, dos Mestrados e do Doutoramento
Minhas Senhoras e meus Senhores

1. Agradeço do fundo do coração a presença de todos. Agradeço também àqueles que não puderam estar presentes, tendo explicado, pessoalmente, via e-mail ou mensagem, as razões da sua ausência. Recordo especialmente os Colegas Professores da Faculdade de Direito de Lisboa, impossibilitados de estar presentes, devido ao trágico falecimento no dia de ontem do Professor Pedro Romano Martinez.

Considero a vossa presença uma prova de amizade, sendo muito gratificante estar, neste momento, entre amigos. Amizade que é uma via de dois sentidos, pois, como refere Fernando Pessoa, "o único modo de encontrar um amigo é ser um…".

Vou, nestas minhas palavras, dar *testemunho* da minha experiência de professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O título das singelas palavras que vou proferir será, pois, "Testemunho de um Professor", que, antes de o ser, foi aluno desta Faculdade. É natural que vários "episódios" a que me vou referir digam respeito ao período em que fui aluno desta Casa.

Procurarei que a minha experiência não seja, segundo as palavras de Cícero, uma mera "testemunha do passado", mas "um modesto contributo para o presente" e, sobretudo, para o futuro.

Como escreveu Cervantes, "a história é émula do tempo, repositório dos factos, testemunha do passado, exemplo do presente, advertência do futuro". É, de facto, "história", a que vou relatar, pelo menos num primeiro momento, ainda que relativamente recente.

2. Terminado o antigo 7.º Ano, no Liceu Sá de Miranda, em Braga, matriculei-me na Faculdade de Direito em agosto de 1970, tendo concluído o Curso de Direito em julho de 1975.

As datas indicadas deixam perceber que o meu Curso de Direito decorreu num período histórico *difícil e complexo*, pois percorreu o estertor do antigo regime, a Revolução do 25 de abril e os anos quentes que lhe seguiram, com os conhecidos desmandos e excessos na vida da Universidade e, de modo particular, na Faculdade de Direito de Coimbra.

Nos anos de 1972 e 1973, era vulgar a presença da Polícia de Choque nas Cantinas e nas instalações da AAC, bastando um vulgar ajuntamento de pessoas, que passou a ser conhecido entre os estudantes como "proibição de circular parado", a simples distribuição de um comunicado ou de um panfleto contra o regime ou a guerra do ultramar ou mesmo qualquer contestação a algum acontecimento de índole académica para justificar a comparência da Polícia. Nesses anos em que o ar se tornou quase irrespirável para a maioria dos estudantes da Faculdade de Direito e da Universidade de Coimbra, o muito apreciado prato servido na Cantina situada no fundo das Escadas Monumentais "bife com ovo a cavalo" passou a ser denominado pelos estudantes "polícia com ovo a cavalo".

O 25 de abril de 1974 foi um dia de muita alegria. Presente com vários colegas na "praça da república" e acorrendo a saber notícias aos rádios dos vários carros que aí estavam estacionados, ouviu-se um brado de imenso júbilo com a rendição do Presidente do Conselho, Marcello Caetano.

Seguiram-se acontecimentos que, vistos à luz do dia de hoje, parecem autênticas loucuras coletivas. Greve aos exames na época de junho/julho, porque havia um grupo mais ativo de estudantes que era contra "a existência de exames no ensino superior", tendo os "representantes" desse grupo de alunos sido recebidos pelo então Ministro da Educação do 1.º Governo Provisório, Doutor Eduardo Correia. Chegada essa delegação de Lisboa, realizou-se uma Assembleia Magna dos alunos da Faculdade de Direito no Teatro Gil Vicente, tendo eu usado da palavra, defendendo que os "exames" existiam em todos os países democráticos do mundo, desafiando a assistência a indicar um país do mundo onde não havia exames. Alguém respondeu da assistência, que havia o caso da Al-

bânia, ao que retorqui que não era um país democrático, tal como entendia a democracia, e mandei o colega "dar uma volta" (a expressão não foi esta!) com o exemplo que acabava de dar.

Na época seguinte de exames, setembro/outubro, as provas escritas foram substituídas por trabalhos em grupo, seguidas de provas orais sobre o objeto do trabalho, podendo o aluno solicitar que a prova oral incidisse sobre toda a matéria lecionada. Havia colegas que defendiam que os alunos deveriam ser classificados com o "democrático 10", posição que, felizmente, não foi adotada. Reuni mais dois colegas e elaborei os trabalhos às diferentes disciplinas, mas é óbvio que este sistema prejudicou os bons alunos, onde estava incluído (passe a imodéstia!).

Seguiram-se os saneamentos dos professores e mais tarde dos alunos que tinham "furado" a greve aos exames na Crise Académica de 1969 ou que eram "defensores" do antigo regime.

Recordo-me bem de uma reunião da Assembleia Magna dos alunos da Faculdade de Direito, no recém batizado Teatro Paulo Quintela, na Faculdade de Letras, onde vários colegas iam lançando para a Assembleia nomes de Professores a sanear dos seus postos de trabalho. Recordo-me muito bem do Doutor Sebastião Cruz, ilustríssimo Professor de Direito Romano. Que fundamentos foram invocados para o seu saneamento? Que era amigo de um conhecido apoiante do regime fascista, Comendador Nogueira da Silva; que exigia que os alunos fizessem prova oral de gravata (eu próprio emprestei uma gravata a vários colegas).

Perante a "injustiça" a que estava a assistir, pedi, com alguma coragem, a palavra. Disse que seria normal, numa revolução democrática, o afastamento dos lugares de nomeação política, mas tinha de me insurgir contra o saneamento dos professores que fizeram a sua carreira académica e que eram excelentes professores nas áreas das suas especializações. Acrescentei que os fundamentos invocados constituíam uma violação dos "direitos fundamentais" dos visados e que, perante o que se estava a passar, "tinha vergonha de ser aluno da Faculdade de Direito".

Respondeu-me um colega, presidente de um grupo de extrema-esquerda ("Núcleos Sindicais de Base"), dizendo que a minha intervenção era própria "de um sentimentalista burguês". Isto espelha bem a intolerância da época!

A verdade é que vários Professores foram saneados da nossa Faculdade, tendo-se assistido a cenas altamente condenáveis em que

foram visados os Doutores Guilherme Braga da Cruz, Afonso Rodrigues Queiró, Sebastião Cruz, Rogério Soares e Mário Júlio de Almeida Costa.

O ano letivo 1974/1975 decorreu com relativa normalidade na Faculdade de Direito, apesar das vicissitudes do chamado PREC (Processo Revolucionário em Curso).

Eram frequentes as reuniões dos vários cursos, com destaque para as reuniões de alunos do 5.º ano, em que participei, tendo, em várias ocasiões, presidido às mesmas. Numa dessas reuniões, foi exigido que houvesse um diálogo entre os alunos e o Professor das várias cadeiras na definição dos respetivos programas. Recordo-me bem que fui incumbido pelos colegas de "dialogar" com o Doutor Eduardo Correia o programa da cadeira de "Direito Criminal", tendo-me encontrado no seu gabinete no Instituto Jurídico. Como era habitual, o Doutor Eduardo Correia foi extremamente cordial e afável na receção no seu Gabinete, e, depois de me transmitir qual devia ser, na sua opinião, o programa da cadeira, perguntou-me se tinha sugestões a fazer e se concordava. É claro que este ato não carecia do meu consentimento para ser válido e eficaz, mas foi preciso muito jogo de cintura junto dos meus colegas para fazer prevalecer a autonomia científica e programática, que aqui estava em causa.

Não quero ser fastidioso, mas ainda pretendo relatar outro "episódio" relativo ao período em que fui aluno desta Faculdade. Costumava, antes da minha prova oral, assistir a uma ou outra prova para ver o estilo do Professor. O meu Professor de Direito Administrativo do 2.º Ano, no ano letivo de 1971/1972, foi o Doutor Afonso Rodrigues Queiró, mas as provas orais, em outubro de 1972, foram realizadas pelo Doutor Barbosa de Melo, devido a impedimento do Professor da Cadeira. Recordo-me que o Doutor Barbosa de Melo perguntou a um colega meu, na prova oral, o que era a "ação popular". Ao que o aluno respondeu, questionando o Professor se estava a falar da "Ação Nacional Popular", que era o nome do partido político único do regime em vigor. A resposta do Doutor Barbosa de Melo não se fez esperar, dizendo "Deus nos livre".

Estou imensamente grato aos meus Professores pelos ensinamentos que me transmitiram e pelo seu notável exemplo de dedicação e competência. Recordo, com muita saudade, os meus antigos Professores, a quem devo tudo o que sou e sei.

3. Embora tenha terminado o Curso de Direito em julho de 1975, o início da minha carreira como Assistente Eventual verificou-se apenas em 1 de março de 1976. A explicação que me foi dada para a demora por um colega da "Comissão de Gestão" da Faculdade de Direito foi "que eu era irrecuperável para o PREC".

Conhecidas as vagas nas várias disciplinas do Curso de Direito, tive a grata sorte de ir trabalhar com o Doutor Gomes Canotilho nas aulas práticas de Direito Constitucional, do 1.º ano, durante o ano letivo de 1976/77.

No ano letivo seguinte, mudei para as disciplinas de Direito Administrativo do 2.º ano e do 5.º ano, com o Doutor Barbosa de Melo, tendo-me mantido nas mesmas disciplinas, depois da reintegração dos Doutores Afonso Rodrigues Queiró e Rogério Soares.

Do conjunto dos meus antigos professores, quero destacar os Doutores Rogério Soares e Barbosa de Melo. Foram os que melhor moldaram a minha formação jurídica, cívica e ética. Do primeiro fui antigo aluno, assistente, discípulo, amigo e grande admirador, não exagerando em afirmar que foi o grande espírito do Direito Administrativo Português do Século XX. Se tivesse escrito em inglês, teria granjeado uma fama internacional sem precedentes na nossa Faculdade.

Do segundo fui igualmente seu discípulo, antigo assistente, colaborador, beneficiário privilegiado, durante cerca de quarenta anos, da sua amizade, o meu "abrigo seguro", o meu confidente e o outro "eu" com quem partilhei alegrias, dúvidas e desencantos. Deu-me um notável conselho que procurei sempre aplicar na minha vida: "não devemos chegar ao fim do dia sem aprender algo que seja útil para a nossa formação cívica e jurídica".

Da minha experiência como Assistente, guardo a minha preparação do doutoramento. Beneficiei de dispensa de serviço docente nos anos letivos de 1986 a 1989 e de uma bolsa de investigação de três meses, do DAAD (*Deutscher Akademischer Austauschdienst),* na Universidade de Colónia.

Tive, além disso, oportunidade de fazer visitas de estudo a Universidades alemãs, francesas, espanholas e italianas.

E tive, sobretudo, o privilégio de ser orientado pelo Doutor Rogério Soares, que, além de ter sido inexcedível no apoio que sempre me

proporcionou, se disponibilizou, como Diretor da Biblioteca da Faculdade de Direito de Coimbra, para adquirir para esta Biblioteca todos os livros e revistas de Direito do Urbanismo que solicitasse e de que necessitasse. Assim começou a construir-se uma biblioteca de Direito do Urbanismo na Faculdade de Direito de Coimbra.

A minha Tese de Doutoramento — a primeira Dissertação de Doutoramento que versou sobre o Direito do Urbanismo — foi entregue no dia 29 de outubro de 1989, depois da concordância do Orientador, precisamente na véspera da minha tomada de posse como Juiz do Tribunal Constitucional. Tinha, nessa ocasião, 38 anos.

A "luz verde" do Doutor Rogério Soares à entrega ao Conselho Científico da minha Dissertação de Doutoramento foi, para mim, algo "enigmática". Utilizando o seu apuradíssimo sentido de humor, o Doutor Rogério Soares perante a minha pergunta, em pleno Bar da Faculdade, se a Dissertação de Doutoramento estava em condições de ser entregue, respondeu-me que, "se calhar não chega"! Tendo assistido, porque estava na mesma mesa, o saudoso Doutor Manuel Henrique Mesquita, perguntei-lhe qual o sentido da frase, no regresso aos nossos Gabinetes na Ala de São Pedro. Ao que ele me respondeu que "significava" um *sim* e que, na opinião do Doutor Rogério Soares, a Dissertação estava em condições de ser apresentada ao Conselho Científico.

Caros Colegas e Amigos, naquela época, nem tudo era explícito, claro e cristalino. Era um pouco como os filmes de Alfred Hitchcock!

4. Como devem ter notado, referi vários acontecimentos interessantes enquanto aluno desta Faculdade. Como Assistente e como Professor desta Casa, tudo decorreu com normalidade, não tendo ocorrido quaisquer episódios que mereçam ser aqui assinalados.

5. Abordando a minha experiência como Juiz do Tribunal Constitucional, a minha formação como jurista muito deve ao que neste Tribunal aprendi, durante os cerca de 9 anos em que desempenhei tais funções (entre 1989 e 1998), não só devido à excelência dos colegas e ao ambiente extraordinário nele vivido, mas também às suculentas trocas de opiniões, por ocasião dos debates das questões objeto de decisão daquele Alto Tribunal. Muitos desses debates, quer nos processos de fiscalização preventiva, quer nos processos de fiscalização abstrata sucessiva,

quer, ainda, nos processos de fiscalização concreta, abordaram questões bem atuais, como, por exemplo, o "ensino da Religião e Moral Católicas", nas escolas públicas, a lei quadro das privatizações, os Códigos do IRS e da Contribuição Autárquica e a indemnização por nacionalização e por expropriação.

No que respeita à fiscalização preventiva, o período de 1989 a 1995 foi muito ativo, porquanto o Presidente da República, Dr. Mário Soares, utilizava-a muitas vezes, em face do Governo e da maioria parlamentar. Todos nos recordamos dos títulos dos jornais: Mário Soares — 1 Cavaco Silva - 0 ou Cavaco Silva — 1 Mário Soares — 0, conforme um ou outro obtivesse vencimento nos pedidos de fiscalização preventiva formulados ao Tribunal Constitucional.

Paralelamente ao exercício de funções no Tribunal Constitucional, aceitei, com muito gosto, lecionar, a partir do ano letivo de 1990/1991, Direito Administrativo do 5.º Ano, onde comecei a lecionar o Direito do Urbanismo, bem como uma turma do Mestrado de Direito Constitucional. Foi assim que desenvolvi a minha investigação no Direito Público.

6. Aproveitando a presença de antigos e atuais juízes do Tribunal Constitucional e de antigos e atuais Deputados à Assembleia da República, gostaria de deixar a minha opinião sobre *duas questões*, bem atuais e muito debatidas por algumas forças políticas e pela doutrina, no que à Jurisdição Constitucional respeita.

A *primeira* refere-se à tentativa de *adicionar* às modalidades de fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas algo semelhante ao "recurso de amparo" ou à "queixa constitucional", como aconteceu, sem sucesso, nas Revisões de 1989 e 1997, desconhecendo que os ordenamentos jurídico-constitucionais que conhecem figuras semelhantes a estas, a intervenção do Tribunal Constitucional tem lugar através de uma "questão prejudicial de inconstitucionalidade", ou seja, por meio do reenvio da questão da constitucionalidade pelo tribunal da causa ao Tribunal Constitucional. Em tais países, como na Espanha e na Alemanha, quando a lei permite que a "questão de inconstitucionalidade" seja suscitada pelas partes no processo é o órgão judicial que decide levar, ou não, a questão ao Tribunal Constitucional, não tendo, por isso, as mesmas um direito que obrigue o tribunal a promovê-la.

O certo é que o Tribunal Constitucional Português tem uma *posição forte* na proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Com efeito, através do controlo abstrato, mas sobretudo através do recurso concreto de constitucionalidade de normas jurídicas, o qual tem, frequentes vezes, como objeto a questão da constitucionalidade da norma, *tal como foi interpretada* pela decisão recorrida ou na *dimensão interpretativa* constante da decisão jurisdicional impugnada, aquele Tribunal tem oportunidade de aplicar as regras e princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais, assegurando, pela via da negação da eficácia às normas infraconstitucionais que contrariem os mesmos, o seu respeito e a sua efetivação.

Daí que qualquer iniciativa de introdução no ordenamento jurídico-constitucional português da figura do "recurso de amparo", ou de outra similar, deverá sempre pressupor, segundo penso, uma "reponderação" ou um "reexame" do sistema português de justiça constitucional.

A *segunda* tem que ver com a *composição* do Tribunal Constitucional. Quero expressar a minha satisfação pela recente rejeição pela Assembleia da República de dois Projetos de Lei, do BE e do PAN, tendo como finalidade a introdução do critério da *paridade de género* dos juízes que compõem aquele Tribunal. Em consequência desta rejeição, mantêm-se em vigor na Constituição e na Lei do Tribunal Constitucional os *requisitos de designação* dos juízes do Tribunal Constitucional, incluindo a exigência de que seis dos juízes eleitos ou cooptados sejam juízes dos restantes tribunais, fenómeno que possibilita que os juízes tenham experiências diferenciadas, com efeitos altamente positivos na qualidade das decisões do Tribunal Constitucional.

Entendo que tais Projetos de Lei são *materialmente inconstitucionais*, por violação do artigo 222.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, e da correspondente *reserva da Constituição* quanto à composição do Tribunal Constitucional, considero que a Lei Fundamental não menciona *quaisquer critérios restritivos*, tais como, por exemplo, idade ou género, e concluo, bem assim, que, embora eu seja favorável a uma tendencial paridade, em termos de género, esse *não é o critério mais relevante* para uma composição equilibrada do Tribunal Constitucional, tendo sido *preocupação da Constituição* que aquele fosse expressão do *pluralismo ideológico*, das *mundividências*, do *saber jurídico* e da *experiência jurisdicional*. Também foi nesta linha a recente Declaração de Voto de rejeição daqueles Projetos de Lei do Deputado Paulo Mota Pinto.

Além disso, sendo a Assembleia da República o órgão que elege 10 dos 13 juízes do Tribunal Constitucional, *poderá sempre, em qualquer eleição,* por maioria de dois terços, *respeitar e fazer respeitar a paridade*, ou a percentagem de diversidade de género que entender adequada.

Penso que a *seleção* dos juízes do Tribunal Constitucional, além de ter de ser muito *criteriosa*, deve privilegiar a *competência*, a *independência*, pessoal e funcional, em relação aos restantes órgãos do Estado, designadamente em relação àquele que procedeu à sua designação, e a *imparcialidade* do juiz, ainda que procurando sempre um *equilíbrio adequado de género*, mas sem qualquer *imposição paritária*.

7. Gostaria, ainda, de sugerir *duas mudanças* no modo como o Tribunal Constitucional vem exercendo as suas competências de fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas.

A *primeira* reporta-se à relação entre o Tribunal Constitucional e o poder legislativo.

Como se sabe, é fundamentalmente no domínio das relações entre os órgãos da justiça constitucional e o poder legislativo que se coloca o problema da *tensão* entre a legitimidade (jurídico-constitucionalmente fundada) do poder de controlo da constitucionalidade das leis dos Tribunais Constitucionais e a liberdade constitutiva do legislador, também ela constitucionalmente garantida e democraticamente legitimada.

No desempenho da missão de fiscalização da constitucionalidade das leis, nunca o Tribunal Constitucional se pode substituir ao legislador ou mesmo indicar vinculativamente o modo de corrigir a inconstitucionalidade. Não é, com efeito, tarefa do Tribunal Constitucional proceder a valorações políticas fundamentais que a Constituição reserva ao poder legislativo ou substituir as decisões do legislador por outras. Neste contexto, o conceito de "judicial self restraint" assinala uma virtude que deve ser observada pelo Tribunal Constitucional.

Todavia, entendo que o Tribunal Constitucional não só pode, como até é desejável que o faça, na linha de um salutar *cooperativismo constitucional* entre órgãos de soberania, enunciar, na fundamentação dos seus arestos, algumas pistas ou orientações, sem quebra do respeito pela liberdade de conformação do legislador, com vista a auxiliar os órgãos legislativos na busca de soluções compatíveis com a Constituição. Por outras palavras, a jurisprudência do Tribunal Constitucional não pode

deixar de incluir também, pelo menos nos casos difíceis *(hard cases),* uma bússola orientadora do legislador na correção das inconstitucionalidades.

A *segunda* diz respeito à maior utilização pela Justiça Constitucional da figura do "amicus curiae".

Esta apresenta um contributo decisivo para a abertura das decisões dos Tribunais Constitucionais a uma pluralidade de contribuições de cunho interdisciplinar, com a consideração de subsídios técnicos, de elementos de repercussão económica e de valores metajurídicos (*v.g.,* valores éticos, valores religiosos, etc.).

O "amicus curiae" é um importante instrumento de uma interpretação constitucional *mais plural* e, por isso, de aprofundamento da *legitimação democrática* da justiça constitucional, na medida em que estabelece um canal comunicativo entre os juízes constitucionais e a sociedade civil, dando corpo, na expressão de Peter Häberle, a uma "sociedade aberta de intérpretes da Constituição". E é, de igual modo, uma das vias de abertura das decisões dos Tribunais Constitucionais a influências heterorreferenciais, provenientes de subsistemas sociais, como a política, a economia, a moral e a ciência, ainda que sempre balizadas por critérios normativos autopoiéticos ou pela autorreferência a regras e princípios plasmados na Constituição.

O instituto do *amicus curiae* é de importância vital na democratização e na participação dos cidadãos na justiça constitucional, sobretudo na fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade, onde apenas um número restrito de entidades, indicado no artigo 281.º, n.º 2, alíneas *a)* a *g)*, e n.º 3, da Constituição, tem legitimidade para requerer aquela fiscalização.

No caso de o legislador não alterar a Lei do Tribunal Constitucional, de modo a possibilitar a intervenção dos cidadãos interessados, sobretudo associações e fundações sem fins lucrativos, nos processos de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade, através da figura do *amicus curiae*, sou de opinião que o Tribunal Constitucional, utilizando o seu poder normativo próprio, como o fez recentemente o Tribunal Constitucional italiano, deveria alargar a previsão do artigo 64.º-A da Lei do Tribunal Constitucional, de modo a estender a figura do *amicus curiae* aos cidadãos e entidades que, por sua iniciativa, estejam interessados em participar no debate constitucional, através de influxos argumentativos,

contribuindo, desse modo, para o aprofundamento da legitimidade das decisões do Tribunal Constitucional.

8. Servi a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra como docente e investigador durante 44 anos e 4 meses.

Para além da docência de Direito Administrativo do 2.º Ano e do 5.º Ano, antes referida, lecionei as disciplinas de Direito do Ordenamento e do Urbanismo e de Direito Constitucional, do Curso de Mestrado, onde abordei, durante vários anos, a problemática da *Justiça Constitucional*, objeto de um Relatório sobre "o Programa, o Conteúdo e os Métodos de Ensino de um Curso de Mestrado sobre Justiça Constitucional", nas Provas de Agregação, e, posteriormente, de um Manual, com duas edições.

Recordo a série de alunos do Curso de Mestrado em Direito Constitucional, que, hoje, desempenham as mais altas funções no País, alguns aqui presentes, outros que escreveram nos Estudos em minha homenagem, como, por exemplo, o Paulo Rangel, a Paula Veiga e a Mariana Canotilho.

No campo do Direito do Ordenamento e do Urbanismo, deixei um conjunto vasto de publicações. Mas deixei, sobretudo, *uma escola,* com vários discípulos, quer daqueles que, posteriormente, elaboraram Teses de Doutoramento em Direito do Urbanismo (nos quais se incluem os Doutores Fernanda Paula Oliveira, João Miranda e Cláudio Monteiro), quer do vasto número de Professores Universitários que, não tendo elaborado Teses de Doutoramento em Direito do Urbanismo, se dedicaram, na Faculdade de Direito de Coimbra e em outras Faculdades de Direito, à investigação e ao ensino desta área especial do Direito Administrativo.

Relevo especial tem desempenhado o Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA) e o grupo notável de colaboradores que, no seio desta Associação de Direito Privado Sem Fins Lucrativos, se tem dedicado ao Direito do Urbanismo — Associação que, no próximo ano, comemorará 30 anos da sua constituição — e cuja imagem de marca é a lecionação de um Curso de Pós-Graduação em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, com a duração de dois semestres, e uma revista semestral (a *RevCEDOUA*), cujo excelso Diretor é o Doutor Gomes Canotilho, e que conta com 46 números publicados.

9. Disse, há pouco, que os meus anos de aluno da Faculdade de Direito decorreram num período histórico *difícil e complexo*. Ora, o mesmo aconteceu, em razão da Pandemia da COVID-19, no período da minha aposentação como Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Verificou-se, assim, uma espécie de repetição da minha pequena "história". "História" na qual formei a minha personalidade, caracterizada por um enorme amor à verdade, à liberdade, à justiça e à cultura. Procurei sempre, ao longo da minha vida, seguir as sábias palavras de Santo Agostinho, segundo as quais "se queres conhecer uma pessoa, não lhe perguntes o que pensa, mas sim o que ama".

10. Se dei "algum contributo" para o prestígio da nossa Faculdade, entendo que o mesmo se deveu, sobretudo, à introdução nos muros espessos das Faculdades de Direito da investigação e do ensino do Direito do Urbanismo. Gostaria de ser recordado como um dos "Pais do Direito do Urbanismo Português", ao lado de tantos Professores e Investigadores que contribuíram para a consolidação e a autonomia científica do Direito do Urbanismo em Portugal.

11. Termino com uma *palavra de esperança* e *de confiança* no futuro da Universidade de Coimbra e da sua Faculdade de Direito.

Futuro que se apresenta *auspicioso*, devido à história e ao saber acumulado e transmitido pelas várias gerações de professores.

Se, como sublinhou recentemente Edgar Morin, temos de "esperar o inesperado" e "temos de saber tomar partido entre a barbárie e a solidariedade", devido à conjugação de crises que hoje ensombram a nossa "aventura coletiva" (crise ambiental, crise económica, crise alimentar, crise da globalização e crise da Guerra na Europa), a nossa resposta deve estar sempre no "humanismo" e no "multilateralismo" — "humanismo" e "multilateralismo" que sempre nortearam a missão da Universidade de Coimbra e da sua Faculdade de Direito.

Em jeito de conclusão, seja-me permitido formular um *voto*: condições essenciais para um *futuro radioso* da Faculdade de Direito são a "unidade" do seu corpo docente e o "diálogo" entre os seus professores e entre estes e outros profissionais do direito. São estas, segundo penso, as *chaves* do seu contínuo prestígio e do seu renovado sucesso.

O meu obrigado pela vossa presença, estima e consideração ao longo de tantos anos!

P.S.

Quero agora convidar todos os presentes a passar, com a autorização do Senhor Diretor, pela Sala do Conselho Científico, onde estão colocados todos os retratos dos Professores da Faculdade de Direito, a partir do Professor Manuel de Andrade.

Na Sala do Conselho Científico serão oferecidos exemplares àqueles que escreveram artigos nos dois volumes dos "Estudos em minha Homenagem".

Na mesma Sala, proferirei breves palavras de agradecimento à Fundação Eng. António de Almeida, aos autores e coautores dos artigos dos volumes em minha homenagem, aos quatro Organizadores dos Estudos e à minha Família.

Estão todos convidados para um *coffee break*, no Bar do Auditório da Faculdade de Direito, imediatamente ou depois da visita à Sala do Conselho Científico.

1.3. PALAVRAS PROFERIDAS POR OCASIÃO DO DESCERRAMENTO DO RETRATO NA SALA DO CONSELHO CIENTÍFICO

Fernando Alves Correia

Gostava de agradecer à Fundação Eng. António de Almeida, ao saudoso Presidente da Fundação Doutor Fernando Aguiar-Branco e ao Mestre Pintor Fernando Rosário a amável oferta deste magnífico retrato, o qual vai ser colocado nesta Sala do Conselho Científico da Faculdade.

Também este retrato tem uma *petite histoire*, que quero partilhar convosco: por ocasião da recolha das fotografias que estiveram na base deste retrato, à qual o Doutor Fernando Aguiar-Branco fez questão de assistir, suscitou-se a dúvida de qual devia ser a escolhida. O Doutor Fernando Aguiar-Branco disse imediatamente, sem aparentar qualquer dúvida: deve ser esta fotografia, porque é aquela que melhor traduz a sua personalidade.

Quero também agradecer penhoradamente aos autores e coautores dos artigos dos volumes em minha homenagem e, de modo muito particular, aos quatro Organizadores dos Estudos (Doutores Fernanda Paula Oliveira, Ana Raquel Moniz, Jorge Alves Correia e Pedro Gonçalves).

Uma palavra final para os meus Queridos Pais, que tantas dificuldades passaram para me proporcionarem uma formação de nível superior.

Os meus agradecimentos à minha Mulher, aos meus dois Filhos e aos meus três Netos. Sem o seu apoio e o seu suporte, não teria tido qualquer sucesso na minha modesta carreira.

2. PROFESSOR DOUTOR JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (3 DE NOVEMBRO DE 2023)

2.1. PALAVRAS DO DIRECTOR DA FACULDADE DE DIREITO

JÓNATAS E.M. MACHADO

1. Homenagear o Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade é, acima de tudo, uma honra para quem tem o privilégio de o fazer. A sua personalidade tranquila, cordata e agradável andava sempre de mãos dadas com uma inteligência fina e arguta — sempre bem informada — e um apuradíssimo sentido de humor. O seu trato pessoal primava pela simpatia e pela autenticidade. As suas intervenções nos órgãos universitários em que participava com dedicação e sentido de missão e colegialidade eram sempre atentamente escutadas pelos respetivos membros e, na maioria das vezes, tinham força de coisa decidida.

2. Queremos aqui destacar brevemente três áreas em que nos parece que o seu labor académico se fez sentir com especial intensidade, a saber, os direitos fundamentais, o direito administrativo e a jurisdição administrativa. Em todas elas era bem visível o compromisso com uma antropologia personalista ancorada na dignidade da pessoa humana, na linha do que nos foi legado pela tradição judaico-cristã.

3. No âmbito dos direitos fundamentais, deu um contributo substancial para a dogmática dos direitos e a problemática da sua colisão,

procurando responder aos desafios colocados pela Constituição de 1976 e pela construção do Estado de direito democrático e social, num contexto marcado ainda por algumas tentativas de leitura e captura ideológica do texto constitucional. As suas propostas procuravam ser sempre razoáveis — algo que refletia a sua própria maneira de ser — e encontrar o justo equilíbrio entre os interesses individuais e os da sociedade globalmente considerada, ou, o que é o mesmo, entre os interesses privados e o interesse público.

4. As suas lições procuravam conseguir uma adequada proteção do indivíduo sem resvalar para o individualismo e da coletividade sem sucumbir diante do coletivismo. A sua escrita, de sabor distintamente germânico, era sempre contida, ponderada e sólida, condensando em proposições firmes e lapidares ensinamentos profundos. São incontornáveis os subsídios hermenêuticos e dogmáticos que generosamente ofereceu à justiça constitucional, particularmente quando esta se encontrava numa fase inicial de afirmação.

5. No direito administrativo, a sua preocupação nuclear prendia-se com a afirmação de uma administração pública não autoritária, moderna, funcional, transparente, eficaz e eficiente, adequada às exigências resultantes dos direitos fundamentais e do Estado de direito democrático e social. Tanto mais, quanto é certo que essas exigências abrem novas e importantes responsabilidades e avenidas de intervenção à administração, em domínios como a habitação, a saúde, o ambiente, a educação, a comunicação, os transportes ou as infraestruturas, aumentando o risco de contágio pelas patologias do exercício do poder.

6. A administração pública cogitada por Vieira de Andrade devia apresentar-se livre da prepotência e do arbítrio, racionalizando e fundamentando toda a sua atividade, clarificando a sua relação com os cidadãos e prestando contas publicamente sobre o modo como são executadas as políticas e geridos os recursos públicos.

7. Os indivíduos não devem ser encarados simplesmente com0 sujeitos passivos da atividade da administração, na sua total disponibilidade, mas como destinatários e participantes ativos, dotados de direitos de cidadania inderrogáveis, garantidos pela Constituição, incluindo o di-

reito de conhecer os motivos e as ponderações que estiveram na base da atuação ou omissão da administração. O seu ensino escrito e oral sobre estas matérias produziu um impacto decisivo e marcante.

8. A terceira área que privilegiou diz respeito à justiça administrativa. Neste domínio Vieira de Andrade sempre pugnou por uma jurisdição administrativa plenamente incorporada no poder judicial, independente e imparcial, assegurando aos cidadãos uma proteção jurídica efetiva e a necessária harmonia entre os vários direitos e interesses constitucionalmente protegidos.

9. Para alcançar esses objetivos, impunha-se uma justiça administrativa rica em meios processuais, eficiente e eficaz, capaz de diferentes tramitações e velocidades consoante a maior ou menor complexidade, massificação ou urgência das pretensões em juízo, dotada de poderes de plena jurisdição de maneira a responder cabalmente aos anseios legítimos e aos direitos e interesses — concretos ou difusos — dos particulares.

10. Mas sempre com sentido de medida e proporção, para que a justiça administrativa possa ser orgânica e processualmente estruturada de maneira a assegurar a sua capacidade de prestação e a impedir o seu aproveitamento abusivo com o intuito de incrementar a litigância pela litigância, transformando-a num modelo de negócio especulativo à custa do interesse público. Para Vieira de Andrade, no centro da justiça administrativa está o ser humano e os seus direitos fundamentais, a prosseguir mediante um sistema funcional e coerente de separação e interdependência de poderes.

11. Nestas três áreas, como em todas mais que cultivou, o objetivo de Vieira de Andrade nunca consistiu em construir para si um grande nome, alimentado por uma qualquer pulsão narcisista ou ilusão de vanglória. Ele está muito acima e para além desses impulsos menores. O que sempre esteve em causa, todos percebíamos, foi o objetivo de, através do seu labor, poder proporcionar uma existência mais digna, livre e justa aos seus concidadãos. O cerne da sua mensagem deve ser tomado a sério a bem da legitimidade e credibilidade das instituições democráticas. O poder político-legislativo deve prestar a maior atenção.

12. Na sua encíclica *Fratelli Tutti*, o Papa Francisco descreve o que designa por amor político, asseverando que — e passo a citar — "é caridade acompanhar uma pessoa que sofre, mas é caridade também tudo o que se realiza, mesmo sem ter contacto direto com essa pessoa, para modificar as condições sociais que provocam o seu sofrimento. Alguém que ajuda um idoso a atravessar um rio, isto é caridade primorosa; mas o político constrói-lhe uma ponte, e isto também é caridade. É caridade se alguém ajuda uma pessoa fornecendo-lhe comida, mas o político cria-lhe um emprego, exercendo uma forma sublime de caridade que enobrece a sua ação política."

13. Semelhantemente, pegando nestas sábias palavras, podemos dizer, sem hesitação, que é também caridade dedicar a carreira académica ao domínio do ensino jurídico e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas e de Estado de direito, pensando-as sempre ao serviço da dignidade humana e da justiça e almejando, por essa via, servir os outros e bem comum. Digamos que se trata de uma encantadora e exemplar manifestação de amor jurídico que a todos sensibiliza e inspira.

14. Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade, em nome da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra tenho o privilégio e a honra de lhe poder dizer pública e solenemente: estamos-lhe imensamente reconhecidos… até sempre!

2.2. PALAVRAS PROFERIDAS POR OCASIÃO DO DESCERRAMENTO DO RETRATO NA SALA DO CONSELHO CIENTÍFICO

José Carlos Vieira de Andrade

Caras e Caros Colegas

Queridas e Queridos Amigos (quero incluir neste vocativo também todas as personalidades presentes e que porventura mereciam e merecem uma dedicação mais concreta; mas julgo que estão aqui por amizade, e por isso — a Senhora Provedora de Justiça, a Senhora Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, o Senhor Vice-Presidente do Tribunal Constitucional, a Senhora Presidente da Fundação Champalimaud, e demais personalidades — considerem-se, por favor, incluídos nos Colegas e Amigos)

Hoje, as palavras que vou dizer são apenas — e todas elas, todas, todas, todas — palavras de agradecimento. Agradecimento a todos os que vieram aqui, a todos os presentes. Agradecimento aos autores que participaram nos livros de homenagem que me foram oferecidos. Agradecimento também aos organizadores, em especial ao Doutor João Loureiro, ao Doutor Pedro Costa Gonçalves e à Doutora Suzana Tavares da Silva. A eles agradeço a ideia, o esforço, o cuidado e o segredo que realmente foi mantido durante o tempo possível. Agradeço também as pala-

vras que o Doutor Pedro Gonçalves disse na sessão anterior, em nome de todos os colegas que fazem parte da secção de ciências jurídico-políticas. E, claro, as palavras do Senhor Director desta Faculdade, Doutor Jónatas Machado. Como sabemos, não seguiram a lição de Aristóteles, porque foram mais amigos de Platão do que da Verdade.

Como disse, não vou dar uma aula, não vou fazer uma reflexão profunda sobre nada — nem sobre o Direito nem sobre a Vida. O mundo está perigoso, vivemos um grande caos, que merecia porventura ou podia sugerir isso…

Vou apenas voltar a agradecer.

E agradecer desde logo a esta Faculdade, à Faculdade em si. De facto, entrei para esta Faculdade, como aluno, em Outubro de 1966; portanto, há 57 anos. Não sabia ao que vinha, não fazia a mínima ideia… Entrei, e já não saí! A partir de então, cá estive, até muito recentemente, toda uma vida. E quero agradecer, por isso, às pessoas, em primeiro lugar, aos Professores, aos meus Professores: desde logo, aos que me guiaram na área do Direito Público, como Afonso Queiró, Rogério Soares, Barbosa de Melo, Cardoso da Costa, e àqueles com quem dialoguei intensamente (Lucas Pires, Gomes Canotilho). Mas também a todos os outros vultos do Direito, que foram meus Professores, e vou dizer-lhes os nomes: Braga da Cruz, Antunes Varela, Teixeira Ribeiro, Ferrer Correia, Eduardo Correia, Pereira Coelho, Orlando de Carvalho, Figueiredo Dias, Almeida Costa, Mota Pinto, Xavier de Basto; e outros que não foram meus professores, mas com quem muito aprendi, como Castanheira Neves, Baptista Machado, Vasco Xavier, Henrique Mesquita. Agradeço a todos eles aquilo que me deram ou que deles tirei.

Agradeço também muito especialmente aos Colegas mais novos com quem trabalhei. Foi um privilégio. É uma equipa extraordinária, e de facto é sempre uma grande admiração e uma grande satisfação ver que sabem muito mais coisas do que aquelas que eu lhes poderia ter ensinado, muitas coisas são muito mais do que eu sei. Portanto, a todos agradeço.

E agradeço também a todos com quem convivi nesta Universidade, nesta Faculdade. Todos eles, cada um à sua maneira, fizeram e fazem a nossa Faculdade. Os mais antigos da Casa estão nesta sala em efígie, como eu também pelos vistos vou estar, a lembrarem-nos que somos membros de uma instituição perene.

São cinquenta anos que se passaram. E isto correspondeu, no fundo, a uma vida em dois séculos diferentes, em dois milénios diferentes, na realidade e nas ideias: dois mundos completamente distintos! E isso é algo que tenho de agradecer ao destino: o facto de ter vivido, no fundo, nestes tempos tão fecundos, com grandes desafios à minha geração. E esses desafios, como foi dito pelo Doutor Jónatas Machado, são desafios muito estimulantes. Sobretudo falo, por ser essa minha área, no Direito Público. Desde logo, no Direito Constitucional, com a nova Constituição de 1976, e as suas revisões de 1982 e 1989, não menos importantes. Houve um renascimento do Direito Constitucional que foi um desafio para os juristas da minha geração e da geração seguinte; sobretudo porque, de facto, na nossa vida constitucional houve um debate muito vivo e intenso, de perspectivas antagónicas, que muito enriqueceu a nossa doutrina e jurisprudência. Depois, houve também a Democracia, a Democracia pluralista que trouxe modificações estruturais na administração pública (regulação, descentralização, privatização), mas sobretudo no Direito Administrativo, com a europeização, a constitucionalização, a ideia e a importância dos princípios jurídicos na aplicação das leis e na vida pública. Tudo isso foi também um desafio de construção jurídica que teve de ser feito. E no processo administrativo, igualmente. Aí houve até, podemos dizer, uma revolução. Uma revolução que se fez à procura de uma jurisdição plena e de uma tutela judicial efectiva das pessoas, que hoje infelizmente tem uma sombra grande, a sombra da demora injusta — uma sombra que esperemos que possa ser ultrapassada. Tudo isso, num mundo que mudou radicalmente, foi, como disse, um desafio e um desafio estimulante. E por isso eu agradeço também aos tempos ter podido responder e contribuir de algum modo para esta mudança.

E estes anos também passaram neste pequeno mundo, este pequeno mundo que é a Faculdade. Não vou fazer a história da Faculdade, claro — pode ser que alguém a faça, como alguém já a fez relativamente a um certo tempo. Vou apenas dizer algumas coisas, mostrar a grande mudança que vivi e que senti. No início, havia apenas duas faculdades de direito em Portugal e a Faculdade de Direito de Coimbra era a mais antiga delas, que atraía meio país. (Depois, veio a Universidade Católica em certa altura e as faculdades de direito multiplicaram-se, públicas e privadas). As pessoas viviam aqui praticamente como monges (os doutores

eram todos homens) nos edifícios da Faculdade, durante algum tempo em dedicação exclusiva. Ao contrário do que acontecia em Lisboa, onde havia uma tendência para a advocacia, aqui as pessoas dedicavam-se, em regra, quase exclusivamente às tarefas universitárias. Hoje não é assim, e julgo que não pode ser assim. Não só porque a realidade mudou, mas também porque se torna quase impossível resistir — sobretudo na área do Direito Público (mas em todas…), aos estímulos da sociedade. Daí a atracção pela advocacia e pela jurisdição, sobretudo nos últimos tempos uma grande atracção pela jurisprudência, pelos tribunais como locais de vida e trabalho (agora também, e sobretudo, abertos às mulheres).

Nos primeiros tempos, ocupávamos aqui os gabinetes (ao princípio eram mesas e cubículos). Hoje as pessoas, na maior parte dos casos também por razões da vida, passam mais pela Faculdade: vêm dar as suas aulas, mas não vivem tanto dentro dos edifícios da Faculdade. Dantes, havia raros colóquios e conferências, sobretudo internacionais. Hoje, todos os dias (basta ver a página da Faculdade) há colóquios, conferências em que todos participam. É outro mundo, um mundo diferente. A abertura ao exterior era, no meu tempo, a abertura da biblioteca, era a abertura aos livros, era a abertura às revistas; quando muito, havia umas idas lá fora, com bolsas de estudo, para estadas um bocadinho mais longas, mas a Faculdade vivia um pouco fechada dentro de si mesma. Hoje, há uma internacionalização, há uma relação muito mais forte com o mundo, com o Brasil sobretudo, mas também com a Europa, e sobretudo com a Espanha. Mas de facto é uma outra realidade.

Outro aspecto: no meu tempo, a produção jurídica era manuscrita. Lembro-me de que fiz a minha tese de doutoramento à mão; escrevi-a à mão, e aliás, foi à mão para a própria tipografia, porque na altura imprimiam-se as teses antes das provas de doutoramento. E o primeiro computador, também me lembro, veio para esta Faculdade — e por acaso até fui eu que o comprei, não para mim, para a Faculdade na direcção do Doutor Eduardo Correia — e veio para o Bedel. Portanto, era uma raridade… Hoje, os computadores são o modo normal da escrita, e também da leitura e das comunicações.

Na altura, havia apenas uma licenciatura, que era a licenciatura em Direito. Hoje há três licenciaturas nesta Faculdade. Nos primeiros tempos não havia sequer cursos de mestrado, nem cursos de doutoramento.

Hoje são cursos muito importantes desta Faculdade, e de todas as outras. As aulas, na altura, eram presenciais; havia a oralidade, e quando muito escrevia-se no quadro com giz — ainda me lembro de escrever no quadro com giz. Hoje, julgo eu que isso até deve ser antiambiental e, porventura, proibido.

Enfim, tudo mudou, no grande mundo e neste pequeno mundo que é a Faculdade. A minha geração e a seguinte tiveram de se adaptar a esta mudança, e essa capacidade é uma capacidade de que todos comungamos.

Agora que estou de partida — e não vou a caminho de Pasárgada –, não tenho um testamento para deixar: os novos Professores, os Professores que continuam a Faculdade, têm de se adaptar aos novos tempos, às novas gerações, às novas fontes de informação, às novas tecnologias, e aos novos problemas que tudo isto traz.

Há só uma coisa que eu queria dizer sobre isto. Acho que há valores que permanecem. E para mim esses valores são a liberdade e a dignidade do Professor. São esses valores que caracterizam a humanidade do Professor. Porque, como sabem bem, ensinar não é transmitir conhecimentos, ou não é só transmitir conhecimentos, ou não é essencialmente transmitir conhecimentos. Ensinar é — julgo que não estou sozinho a dizer isto — motivar, levar a pensar, estimular o conhecimento e a curiosidade. E motivar é uma das poucas capacidades humanas que não é substituível por algoritmos — julgo que, também não é cuidar, e gostaria que, no mundo jurídico, não fosse também julgar. Mas motivar é importante. E porque motivar é importante, julgo que a sala de aula é importante, o contacto directo com os alunos é importante, a palavra dita e ouvida é importante. E, tal como o livro em papel, julgo que a aula não morrerá, a aula não diminuirá na sua importância.

Era isto que tinha para vos dizer.

Peço desculpa também por todas as injustiças que seguramente cometi, por acção ou por omissão, durante todos estes cinquenta anos. E renovo os meus agradecimentos aos Colegas, à Família, aos Amigos, presentes e ausentes.

Muito obrigado.

Bem hajam!

III — PÁGINAS ESCOLHIDAS

Ano VIII **2023-2025** **N.os 1-8**

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Leis jurídicas e leis naturais

Êste estudo foi-me sugerido pela leitura do 1.º volume da 2.ª ed. do *Tratado de Direito Constitucional* de Léon Duguit, e especialmente pela leitura do capítulo III, intitulado «*L'acte juridique*», cuja exposição se ressente, toda ela, da inexistência, no espírito do eminente professor de Bordeus, de uma noção clara, rigorosa e exacta de lei natural.

Duguit ensina, hoje, que a lei é a causa única dos efeitos de direito consecutivos à pratica dum acto jurídico, que define: o acto voluntario praticado com a *intenção* de que certos efeitos jurídicos se produzam, ou, se quisermos, o acto voluntario praticado com a intenção de que modificações sejam introduzidas na ordem jurídica [1], entendendo-se por ordem jurí-

[1] Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel,* 2.ª ed., vol. I, pgs. 219 e 223.

dica o estado social existente, num momento dado, em determinado país, de harmonia com as regras de direito vigentes e as situações jurídicas, objectivas ou subjectivas, que lhes vivem ligadas [2].

O acto jurídico é, assim, um acto voluntário que *tende* à produção de efeitos juridicos. E como estes se reduzem todos à abertura de *vias de direito*, isto é, à possível intervenção da fôrça colectiva com o fim de impôr pelo constrangimento a realização do direito [3], o acto jurídico pode ainda definir-se: o acto voluntário praticado com a intenção de que, se alguém fizer ou não fizer certa coisa, uma via de direito se abrirá contra êle, via de direito concebida como legítima pela consciência geral, expressa ou não num costume ou numa lei, isto é, uma via de direito reconhecida pelo direito objectivo [4].

Estas vias de direito, estes meios de protecção, de defesa, de sanção, de constrangimento, cria-os a *lei construtiva*, a lei disciplinadora da intervenção da fôrça governante e não a vontade do autor do acto jurídico, que desempenhará o papel de mera condição da aplicação da lei, isto é, da abertura da respectiva via de direito.

Quere dizer, a prática do acto jurídico antecede a abertura da via de direito, mas antecede-a sem que seja a sua causa. E a lei que, tornando a via de direito dependente de se verificar uma condição prévia – o acto jurídico, liga a sua abertura à declaração de vontade do autor do acto. Os efeitos jurídicos produzem-se, assim, *sob a acção da lei* e não da vontade.

Tal é a doutrina de Duguit.

Como a justifica?

Pela aproximação das leis jurídicas das leis naturais e pela submissão dos actos jurídicos ao mecanismo dos actos voluntários em geral.

O acto jurídico é um acto voluntario e, por isso, diz, nele devemos encontrar todos os elementos que uma analise rigorosa mostra existirem nos actos voluntários em geral: um objecto imediato, um objecto mediato (intenção) e um fim ou motivo determinante. Um objecto imediato constituído pelo movimento corpóreo, pelo movimento dos órgãos do sujeito que quere; um objecto mediato representado pelos efeitos ou alterações que no mundo exterior se produzirão em conseqüência da realização do objecto

2 *Obr. cit.,* pg. 220.
3 *Obr. cit.,* pg. 223.
4 *Obr. cit.,* pg. 223-224.

imediato; um fim (motivo determinante) constituído pela representação, pela imagem, pela crença, existente no espírito do agente, de que, realizados o objecto imediato e o objecto mediato do seu querer, um novo acto voluntário, seu ou de outrem, se tornará possível ou, pelo menos, de mais fácil realização[5].

Ora, no dizer de DUGUIT, a vontade, como potência energética, exerce a sua acção apenas sobre os órgãos do corpo humano; só o movimento corpóreo do sujeito é directa e imediatamente querido e *produzido* pela vontade. Tudo o que depois se passa no mundo externo, isto é, a realização do objecto mediato, obtem-se pela *aplicação de determinadas leis naturais*, exteriores a vontade, e sobre as quais esta de nenhum poder dispõe[6].

O autor do acto sabe que tais e tais efeitos se produzirão, uma vez realizado o objecto imediato do seu querer; mas não os produz, não os gera, não é a sua causa eficiente. Êsses efeitos sucedem-se ao movimento dos seus órgãos, não por terem sido queridos, mas porque, *pela aplicação de certas leis naturais*, lhe vivem ligados numa ordem de sucessão regular e constante.

Mas os actos jurídicos são actos voluntários e, portanto, a vontade do autor do acto só pode querer directa e imediatamente, só pode, como potência energética, produzir um movimento corpóreo: *a declaração de vontade, a declaração da intenção*, o movimento dos órgãos do seu corpo necessários para exteriorizar o desejo ou intenção de que certos efeitos jurídicos se produzam, efeitos que, de facto, se produzirão, *mas pela aplicação duma lei jurídica* que os liga, numa relação de dependência necessária, à exteriorização, a declaração da vontade [7].

Não é a intenção do assassino que causa a morte, quando fere com intenção de matar; não é, ainda, a intenção do autor do acto jurídico que faz aparecer os efeitos de direito, mas antes o direito objectivo, ao decidir que, feita uma declaração de vontade com a intenção de que nasça certo efeito jurídico, o efeito aparecerá.

---

5 *Obr. cit.,* pgs. 211 e segs.
6 *Obr. cit.,* pg. 214.
7 *Obr. cit.,* pgs. 228-229.

A morte, escreve, produz-se pela aplicação da lei natural que a liga ao golpe dado, segundo uma relação de efeito para causa; a via de direito é aberta pela aplicação duma lei jurídica que liga a sua abertura à manifestação exterior duma vontade, segundo a mesma relação de causalidade [8].

Razão tinha eu, vê-se, para afirmar que toda a exposição de DUGUIT se ressentia da inexistência, no seu espirito, de uma noção clara, rigorosa e exacta de lei natural.

Não é propósito meu resolver o problema de qual seja a causa dos efeitos de direito consecutivos à prática dum acto jurídico: se a vontade, se a lei.

Procurarei sòmente mostrar que, se é legitimo pôr, *scientificamente,* o problema de saber se é, ou não, a lei a causa dos efeitos de direito consecutivos à pratica dum acto jurídico, sê-lo-há apenas porque a sua natureza e o seu funcionamento divergem, em absoluto, da natureza e funcionamento das leis naturais ou scientíficas, tais como estas são concebidas pela *sciencia positiva*.

DUGUIT, deixando-se, como tantos outros, arrastar pelo prestígio das palavras e das fórmulas, raciocina – êle que se diz positivista – como raciocinaria um teísta, aos olhos de quem a natureza e o mundo aparecessem como criações dum ente sobrenatural, que, de harmonia com um plano preconcebido, os teria submetido à acção de leis providenciais, anteriores, no seu espirito, à própria criação do Universo; ou, então, como um estoico que, vendo na lei uma força inteligente inerente à natureza, onde encontra a sua origem, não deixará de conceber o Universo como submetido a uma ordem racional, isto é, a leis que guiam o mundo, submetendo-o a sua acção.

Quere dizer, DUGUIT que, orgulhando-se do seu scientismo positivista, pretende introduzir na sciencia do direito o método realista, afastando todas as noções e todos os elementos transcendentais, raciocina, neste domínio, como raciocinaria o mais intransigente metafísico.

Na verdade, *para a sciência positiva*, as·leis naturais ou scientíficas nenhuma influência exercem na sucessão dos fenómenos a que se referem, visto mais não serem que fórmulas, breves e concisas, porque se exprime uma regularidade preexistente observada.

Constatando, verificando que uma certa categoria de fenómenos se apresenta sempre pela mesma ordem, o sábio *resume*, em poucas palavras,

[8] *Obr. cit.,* pg. 234.

essa sucessão regular, *criando* a fórmula que, sucintamente, há-de exprimi--la, fórmula que tomará o nome de lei, a qual nada cria, e mais, nada *explica*, por isso mesmo que é de natureza descritiva.

Quer se entenda que a regularidade expressa nas leis scientíficas existe, de facto, na natureza, quer, como alguns sugerem, se sustente que essa regularidade existe apenas no espírito do observador, cujas representações sensíveis podem não corresponder à realidade exterior, a verdade é que, hoje, ninguém poderá ensinar, *em nome da sciencia positiva*, que os fenómenos se sucedem de certo modo, *pela aplicação de determinadas leis naturais.*

A lei de gravitação universal de Newton, por exemplo, encarada através dum prisma exclusivamente científico, toma o aspecto duma *descrição* concisa e breve do modo como, no Universo, cada partícula de matéria muda de movimento. em relação a qualquer outra partícula, nada *explicando* e nada nos dizendo sôbre a *razão* por que a terra descreve uma certa órbita em torno do sol. Limita-se a economizar o pensamento, expondo, em estenografia conceitual, esta ordem·permanente de percepções, que é para nós o Universo da matéria ponderável [9].

Quere dizer, se as leis jurídicas funcionassem como as chamadas leis naturais, se as leis jurídicas fossem, como Duguit não hesita em escrever [10], leis naturais, se as leis jurídicas se comportassem, em relação aos efeitos de direito consecutivos à prática dum acto jurídico, como as leis naturais se comportam em face dos fenómenos da natureza, teríamos necessàriamente de concluir que elas nenhuma influência, nenhuma acção exercem na vida jurídica, cuja ordem, cuja regularidade exprimiriam, sem a determinar.

E assim, Duguit, vendo nas leis jurídicas verdadeiras leis naturais e concebendo a ordem jurídica guiada pelas leis jurídicas como a ordem natural o é pelas leis naturais, mostrou desconhecer a *noção scientífica* de lei natural e qual a sua função; mostrou ter-se desviado do caminho que se propôs: integrar a sciência do direito na categoria das *sciências positivas.*

Esqueceu-se de que as leis naturais exprimem uma regularidade, uma ordem *preexistente*, regularidade e ordem que as leis jurídicas pretendem *introduzir* na vida social, sem, por vezes, o conseguirem.

---

[9] Pearson, La grammaire de la science – La phisique, tradução de Lucien March; 1912, pgs. 125-126.

[10] *Obr. cit.,* pg. 218.

As leis jurídicas guiam, disciplinam, de facto, a vida social, mas guiam-na e disciplinam-na precisamente porque não funcionam, no mundo jurídico, como as leis naturais no mundo da natureza.

Para concluirmos de modo diverso, teremos de conceber as leis naturais como leis providenciais, anteriores, no espirito de Deus, a própria criação do Universo, concepção que DUGUIT repele, por contrária aos dados positivistas, visto supor a intervenção duma fôrça sobrenatural [11].

FÉZAS VITAL

[11] A crítica feita à exposição de DUGUIT não deve ser interpretada como manifestação de agnosticismo, mas apenas como prova da infidelidade do seu pensamento ao scientismo positivista, em que se diz filiado.

IV — VIDA DA ESCOLA

1. TOMADA DE POSSE DO DOUTOR JÓNATAS MACHADO COMO DIRECTOR DA FACULDADE DE DIREITO

1.1. DISCURSO DO DOUTOR JÓNATAS MACHADO

Magnífico Reitor

Senhores e Senhoras Vice-Reitores

Senhor Juiz Presidente do Tribunal da Relação de Coimbra

Senhora Presidente da Assembleia da Faculdade

Senhor Presidente do Instituto Jurídico

Senhor Presidente da Academia Sino-Lusófona

Subdiretores, Professores, Corpo Técnico

Presidentes dos Núcleo de Estudantes, todos os presentes

1. Agradecendo a vossa presença — e também o apoio de muitos que me fizeram saber que, por razões profissionais não podiam estar presentes — permitam-me umas palavras de apreço e gratidão, dirigidas ao Magnífico Reitor Senhor Professor Doutor Amilcar Falcão, a toda a equipa Reitoral e à Administração que sempre têm manifestado a maior compreensão e dado todo o apoio quando confrontados com as necessidades e especificidades da FDUC durante o mandato que agora findou.

2. Sempre existiu entre a Reitoria e esta direção um clima muito positivo de abertura, confiança, franqueza, empatia e cooperação, que estamos certos permanecerá, para benefício de todos. A FDUC procura chamar a atenção para os desafios com que permanentemente se defronta, sem nunca perder de vista as necessidades e os interesses da UC, que o Reitor e a sua equipe têm que acautelar. Pretendemos uma FDUC forte e competitiva dentro de uma UC forte e competitiva.

3. Sabemos que os recursos são escassos, pelo que compreendemos que nenhum de nós tem uma tarefa fácil. No entanto, estamos conscientes de que diante de todas as adversidades que possamos enfrentar a melhor estratégia passará sempre por uma estreita e leal cooperação.

4. Uma palavra de reconhecimento e gratidão para os meus colegas e amigos Sandra Passinhas, Paula Veiga e João Reis que de forma absolutamente afável e dedicada me acompanharam no mandato anterior e que generosamente se disponibilizaram para o fazerem neste segundo mandato.

5. O trabalho que realizaram não foi propriamente glamoroso, visto que implicou um considerável sacrifício pessoal e profissional. Ainda assim, nunca desanimaram nem baixaram os braços, antes se empenharam com determinação, competência e boa disposição no exercício das suas funções. A eles eu e toda a FDUC muito devemos.

6. Também quero manifestar publicamente o reconhecimento devido ao Senhor Professor Doutor Aroso de Linhares, Presidente do Conselho Coordenador do Instituto Jurídico e na sua pessoa a todos os investigadores e funcionários desta instituição de investigação, que muito contribuem para a valorização e o reconhecimento científico da FDUC. Com visão e inteligência, ele tem sabido imprimir ao IJ um rumo certo e um movimento seguro e consistente, mesmo no meio da trepidação e incerteza resultantes de inesperadas alterações das regras do jogo aplicáveis. A articulação entre o IJ e a FDUC tem ocorrido de forma regular e tranquila, com fluidez de procedimentos, sem prejuízo de ainda podermos fazer melhor. Os destinos de ambos são indissociáveis.

7. Aproveito o ensejo para estender o meu apreço a todos os diretores e colaboradores dos diferentes centros de investigação que muito enriquecem e projetam o nome da FDUC e garantem o alargamento, aproveita-

mento e reconhecimento das competências científicas e técnicas dos seus docentes e a abertura aos mais diversos domínios da sociedade civil. Procuraremos sempre encorajar e respaldar a sua atividade.

8. Devo igualmente uma palavra especial de reconhecimento à Senhora Coordenadora, Dra. Laura Ramos Lopes, por todo o trabalho desenvolvido na gestão administrativa dos serviços da Faculdade e pela segurança que transmite a todos os membros da direção.

9. Na sua pessoa quero lembrar e agradecer o labor empenhado de todo o corpo técnico, que diariamente oferecem uma parte substancial das suas vidas ao serviço da FDUC. Um dos principais objetivos desta direção consiste em assegurar-lhes condições de trabalho adequadas para que possam desempenhar as suas funções de forma calma e produtiva, sabendo que o seu esforço não é vão, antes constitui uma inestimável contribuição para todos os docentes e discentes.

10. Procuraremos sempre criar um ambiente agradável a desanuviado, para que possam trabalhar com alegria e se sintam pessoal e profissionalmente realizados e gratificados. Incentivaremos sempre a participação dos nossos funcionários em ações de formação e programas de mobilidade nacional e internacional consentâneos com as suas funções, para que adquiram novos conhecimentos e competências, conheçam colegas e práticas de outras instituições congéneres, troquem experiências e ideias e potenciem desse modo a renovação de procedimentos.

11. Não deixaremos de ter presente a necessidade de renovar e rejuvenescer o pessoal corpo técnico, na secretaria, nos serviços académicos e na biblioteca, dando continuidade ao esforço que tem vindo a ser realizado.

12. Nas pessoas dos Presidentes dos Núcleo de Estudantes de Direito e de Administração Público-Privada, cuja dedicação aqui enalteço, manifesto a minha maior estima e gratidão para com o todo o corpo dos nossos estudantes, que constituem a razão de ser do nosso trabalho e que sempre têm participado ativa e construtivamente na vida da FDUC, na permanente dialética do ser, do pode ser e do deve ser, que desde sempre caracteriza o nosso itinerário institucional e que tem assegurado o desejado equilíbrio entre continuidade e inovação.

13. Os alunos têm sempre mostrado grande sentido de responsabilidade e capacidade de iniciativa e concretização. Procuraremos dotá-los das melhores condições para a sua aprendizagem, apoiá-los nas suas realizações e apelar à sua criatividade. A inovação pedagógica e a racionalização da avaliação merecem-nos uma atenção especial. Os nossos alunos representam cerca de 13% da população estudantil da UC, embora nos últimos 5 anos constituam quase 30% dos estudantes que recorrem aos seus serviços de apoio psicopedagógico. Talvez isso diga alguma coisa acerca da exigente realidade que têm de enfrentar.

14. Temos hoje na FDUC alunos de mais de 25 nacionalidades, nos vários ciclos de estudo e regimes de mobilidade. Trata-se de uma rica e colorida *pallete* de proveniências geográficas e culturais, em que os alunos dos países de língua portuguesa adquirem naturalmente uma representatividade considerável. Queremos que todos vejam a FDUC como a sua casa comum. Encorajaremos sempre a mobilidade internacional dos nossos alunos, na convicção profunda de que a mesma enriquece a sua formação e alarga os seus horizontes.

15. A todos desejamos oferecer uma preparação académica, científica e técnica de elevado nível, de forma a propiciar-lhes as melhores oportunidades académicas, profissionais e de serviço público, a nível nacional, europeu e internacional, pugnando sempre pelo bom equilíbrio entre as dimensões intelectuais, emocionais, físicas, sociais e cívicas da existência.

16. Uma palavra de reconhecimento e apreço para todos os docentes desta casa, a saber, os que asseguram a coordenação das secções científicas e dos cursos de licenciatura, mestrado e doutoramento, e os que, em todos os ciclos, ministram quotidianamente as aulas teóricas, práticas e teórico-práticas, orientam trabalhos e participam em projetos de investigação e garantem a renovação e atualização da oferta formativa e dos programas das unidades curriculares existentes, além de representarem e prestigiarem nacional e internacionalmente o nome da FDUC. Temos plena consciência do seu talento, que desejamos maximizar e aproveitar.

17. Queremos melhorar as suas condições de trabalho, para que possam dedicar-se mais à docência e investigação que tanto amam e abraçaram, ser mais produtivos e impactantes no seu trabalho e granjear o merecido reconhecimento nacional, europeu e internacional. No que depender de nós, tudo faremos para que possam ver realizadas e estabilizadas as suas expectativas de progressão na carreira e desenvolvimento profissional. Apesar de ser prestigiante ver os nossos Professores a integrarem os mais elevados órgãos jurisdicionais, sentimos algum desalento quando percebemos que nalguns casos isso é o resultado de uma carreira universitária cada vez menos atrativa e mais bloqueada.

18. Precisamos de ver alargado o número de professores de carreira. Como já se disse, a FDUC representa cerca de 13% de Estudantes da UC, sendo a terceira maior. Contudo, relativamente ao corpo docente não se verifica esta proporção. A despeito do inegável esforço que tem sido desenvolvido pela UC no sentido de reforçar o corpo docente da FDUC ao longo dos últimos anos, o rácio de estudantes por docente da FDUC ainda é o mais elevado da UC e permanece bastante acima do rácio de estudantes por docente no ensino superior. Existe aqui margem de progressão, embora sempre num registo gradual, realista e razoável.

19. Mais do que conduzir os destinos da FDUC de forma centralizada — o que, obvia e felizmente, é estatutariamente vedado — queremos acima de tudo contar com o talento, a liberdade e capacidade de iniciativa do nosso corpo docente, que temos por sobejamente capaz, dedicado e responsável. Procuraremos escorar as suas realizações e ouvir e ponderar as suas críticas, sugestões ou propostas com toda a abertura, sem nos limitarmos a responder laconicamente ou que "nunca se fez assim" ou que "sempre se fez assim". Essa seria a melhor receita para o imobilismo e a petrificação.

20. Não ignoraremos os problemas específicos com que se debatem monitores e assistentes convidados, sendo que a renovação e o rejuvenescimento do nosso corpo docente estarão sempre diante dos nossos olhos. Temos consciência de que a faculdade será mais forte e inovadora se puder usar e otimizar a energia, a ambição, a ousadia e a criatividade de todos os seus membros.

21. Não vamos deixar a FDUC entregue simplesmente a uma mão invisível, mas antes, no respeito pelas competências de todos os órgãos estatutários, apostar numa regulação suave, dialogante e responsiva, dotada dos desejados níveis de abertura, diálogo e participação, em que todos se sintam valorizados, integrados e apoiados.

22. A honrosa presença entre nós, do Senhor Presidente do Tribunal da Relação de Coimbra, antigo aluno e meu colega de curso da FDUC, que mais uma vez saudamos com todo contentamento, para além de refletir a estreita e produtiva colaboração que tem existido entre as duas instituições nos últimos anos — que queremos perpetuar e aprofundar — reveste-se de elevado valor simbólico, pois constitui uma oportunidade singular para reafirmar que a FDUC é uma instituição virada para fora, de portas abertas, disposta a celebrar todas as parcerias com instituições públicas e privadas, nacionais, europeias e internacionais, que se revelem adequadas à realização da sua missão de ensino e investigação e abram novas e promissoras avenidas de serviço público e social.

23. Quanto aos reptos com que nos deparamos, a saber, a comunicação com o exterior, a realização das obras dos gerais, a digitalização e racionalização da avaliação, o apetrechamento das salas de aula e da biblioteca e sua adaptação às necessidades de todos os alunos e à dinâmica imparável das alterações tecnológicas, estamos certos de que contaremos com o apoio da equipa Reitoral.

24. Queremos tirar o maior partido dos avanços tecnológicos na área da inteligência artificial para maior operacionalidade dos nossos serviços académicos e alívio dos seus funcionários e para uma melhor preparação dos nossos alunos para as novas condições em que irão exercer a sua atividade profissional.

25. Não querendo abusar da paciência dos presentes, penso que podemos concordar que a FDUC se encontra em boas condições para enfrentar o futuro. No concurso geral de acesso, a mesma acaba de preencher, na primeira fase, todas as vagas disponíveis, tendo os candidatos às licenciaturas em direito e administração pública e privada colocados em último lugar apresentado elevadas classificações, a saber, 17 e 16,6 valores respetivamente, refletindo uma tendência crescente nos últimos 8

anos. O número de estudantes brasileiros inscritos na licenciatura em Direito Luso-Brasileiro no próximo ano é neste momento de 21. Isso revela a confiança granjeada pela FDUC, que procuraremos sempre vindicar e sedimentar.

26. As funções de direção que temos vindo e nos propomos continuar a exercer constituem acima de tudo um serviço público e cívico à instituição que representamos e às pessoas que a integram, uma grande responsabilidade que só pode visar fortalecer o prestígio e a capacidade de prestação da FDUC, com resultados positivos para todos quantos nela trabalham, ensinam e aprendem e para a UC, o nosso país e o mundo.

27. Estimados docentes, discentes e corpo técnico, estou aqui acima de tudo para trabalhar convosco, alavancando o vosso esforço e zelando sempre pelo superior interesse da FDUC. Podem contar comigo e com a equipa de subdiretores que já conhecem. Magnífico Reitor, tudo faremos para servir a FDUC e honrar a UC a cujos destinos Vossa Excelência tão distintamente preside.

Muito obrigado.

2. CONGRESSO "ATUALIDADES DO DIREITO PÚBLICO: ANÁLISE COMPARADA BRASIL-PORTUGAL"

2.1. PALAVRAS DA SUBDIRECTORA DA FACULDADE DE DIREITO, DOUTORA PAULA VEIGA

Bom dia a Todos e sejam muito bem-vindos à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nesta inspiradora Capela do Colégio da Trindade.

Uma saudação muito especial aos meus distintos Colegas da Mesa de Abertura desta 2.º Etapa de Atualidades do Direito Público: Análise Comparada Brasil-Portugal, ao abrigo do Protocolo entre a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro e a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Senhor Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Bruno Dubeux, muito obrigada por estar aqui connosco em Coimbra. Estimados Colegas, Senhor Presidente do Instituto Jurídico, Prof. Doutor Aroso Linhares, e Senhora Curadora do Protocolo, Prof. Doutora Maria José Capelo, muito obrigada por me acompanharem na receção que queremos calorosa a estes nossos Amigos.

Venho incumbida de vos transmitir os votos do Senhor Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Prof. Doutor Jónatas Machado, de que os trabalhos que agora se iniciam sejam muito frutíferos.

Em Maio passado realizámos a 1.ª Etapa das nossas reflexões na Cidade Maravilhosa, onde fomos superiormente recebidos, com o afeto

que é próprio dos nossos irmãos brasileiros. Os temas são já vossos conhecidos — Separação de Poderes para o Século XXI, Liberdades fundamentais e digitalização e Recursos às Cortes Constitucionais. Agora, na Cidade dos Estudantes, juntamos, ainda, a questão da transparência administrativa e combate à corrupção, bem como as hoje incontornáveis redes sociais.

Desejo honestamente que se sintam em Casa, embora não estejam em Copacabana, não haja praia, nem dancem o samba! Votos de um excelente trabalho a Todos!

Muito obrigada.

3. DIA DA ESCOLA

3.1. DISCURSO DO PRIMEIRO CONSELHEIRO DA EMBAIXADA DE FRANÇA EM PORTUGAL, DR. THOMAS BERTIN [*]

Senhora Subdirectora

Senhor Vice-Reitor

Minhas Senhoras e meus Senhores

Muito obrigado pelo convite!

Sou o chefe da missão adjunto da Embaixada de França, e é um prazer para mim dirigir-me hoje a Vocês. Vou falar das relações bilaterais entre Portugal e a França.

Portugal é um país que possui dez milhões de habitantes, uma economia média, e que fica no extremo oeste da Europa. Mas para nós é mito mais do que isso, e vou tentar explicar porquê.

Para a França, Portugal é um parceiro central em numerosas áreas: a construção do projecto europeu, o investimento das nossas empresas, a nossa actuação na cultura, educação, ciência, língua, desafios globais; tal como a nossa política de defesa e de segurança. A nossa relação bilateral

[*] Transcrição da intervenção oral em língua portuguesa, realizada no âmbito do Dia da Faculdade e publicitada com o título "Les relations entre la France et le Portugal", acedida em <https://www.youtube.com/watch?v=ayu_EzK1Ndc>.

é forte e antiga e baseia-se nos laços humanos muito estreitos. Como sabem, cerca de dois milhões de lusodescendentes moram em França; para terem uma ideia, só em ÎledeFrance (uma região de Paris), uma em cada dez pessoas é lusodescendente. Além disso, em Portugal a comunidade francesa obviamente é mais pequena, mas tem vindo a crescer, possuindo agora mais de 50 mil pessoas; há dez anos, a maioria dos franceses que moravam em Portugal eram reformados, mas hoje a maioria pertence à população activa.

A relação política entre os nossos países tem sido excelente, com muitas visitas de alto nível. O Presidente francês visitou três vezes Portugal nos últimos anos: em 2018, para uma cimeira dedicada às interconexões energéticas; em 2021, para a cimeira social do Porto, no âmbito da presidência portuguesa da União Europeia; e no ano passado para a Conferência das Nações Unidas sobre os Oceanos. Além dessas visitas, os contactos com o Primeiro Ministro e o Presidente da República Portuguesa são frequentes. Por último, quero salientar que o Presidente francês e o Primeiro Ministro português partilham uma visão europeia semelhante, no sentido de uma maior integração entre os Estados-membros da UE.

Os laços humanos entre a sociedade francesa e portuguesa reforçaram-se ainda mais graças à Temporada Cruzada Portugal — França, que decorreu entre Fevereiro e Outubro de 2022, num grande número de áreas, como cultura, universidade, ciência, economia, ambiente e oceanos. Mais de 400 eventos decorreram em 230 cidades, na França e em Portugal. Nomeadamente, aqui em Coimbra decorreu, por exemplo, a Bienal de Arte Contemporânea de Coimbra, de Abril a Junho de 2022. Estimamos que mais de três milhões de visitantes participaram em eventos da Temporada Cruzada, e achamos que a Temporada Cruzada conseguiu cruzar perspectivas e modernizar a percepção dos portugueses em relação á França, e dos franceses em relação a Portugal. A nossa Primeira Ministra, a Senhora Élisabeth Borne, visitou Lisboa em finais de 2022 para encerrar a temporada juntamente com o Primeiro Ministro António Costa. Dada a densidade das nossas relações bilaterais, os nossos parceiros portugueses propuseram ter um encontro de alto nível com a participação dos dois primeiros ministros, acompanhados por cinco ministros de cada lado, ou seja, os ministros dos negócios estrangeiros, da educação, do ensino superior e ciência, dos assuntos europeus,

e do mar. o encontro teve lugar em Paris no dia 28 de Junho deste ano, e foi decido estabelecer um plano de acção bilateral nos âmbitos da ciência, da tecnologia e dos oceanos. Além disso, os primeiros ministros concordaram com a revisão do acordo bilateral de cooperação cultural, científica, técnica e linguística. Este acordo precisa muito de uma revisão, visto que data de 1970, quando a ditadura ainda existia em Portugal.

Relativamente ao plano económico, as relações entre os nossos dois países mantêm-se fortes. A França continua a ser o segundo investidor estrangeiro em Portugal, com quase dezoito mil milhões de euros de investimentos acumulados em vários sectores chave: energia, infraestruturas, distribuição e transportes.

No que toca às relações comerciais, a dinâmica é forte. Em 2022, as empresas francesas exportaram seis mil e meio milhões de euros para Portugal, enquanto Portugal exportou oito mil milhões para França. Isto significa que temos uma dívida de um bilião e meio de euros. Relativamente aos grandes contratos, queria ressalvar a participação da empresa Spie Batignolles na contrução das novas linhas do metro de Lisboa, e o interesse da companhia aérea Air France — KLM pela privatização da TAP, se o projecto se mantiver.

Em relação à cooperação de defesa, as convergências entre a França e Portugal são fortes no que toca à autonomia estratégica e europeia. Isto significa que os nossos dois países apoiam uma indústria de defesa europeia mais forte, e também a capacidade da UE de actuar de uma maneira autónoma. Isto *não* significa que a França quer distanciar-se dos Estados Unidos, mas temos de aceitar que os europeus têm interesses próprios e que têm de defendê-los se for necessário. A cooperação é rica, sobretudo, entre as marinhas. A França precisa de ter acesso ao espaço marítimo português, por exemplo, para facilitar a passagem dos nossos navios e submarinos. Todos os anos temos mais de vinte escalas de navios franceses nos portos portugueses, nomeadamente, nos Açores e na Madeira. Além disso, as nossas marinhas cooperam no Oceano Atlântico e, nomeadamente, no Golfo da Guiné. E em 2019 e 2020, uma fragata portuguesa participou no grupo aeronaval francês com o nosso porta-aviões, no Oceano Atlântico e no Mar Mediterrâneo. No mesmo sentido, a cooperação entre os exércitos reforçou-se nos últimos anos. Assim, e é importante, Portugal aceitou enviar tropas para a República

Centro-Africana, em 2016, e as nossas tropas estão colocadas em missão na Roménia, no âmbito das medidas de segurança da NATO, no flanco leste, no contexto da invasão da Ucrânia pela Rússia.

A assinatura de um acordo de cooperação educativa e linguística, deu um novo impulso à nossa cooperação neste domínio, mas ainda há margem para melhorias. Por exemplo, 240 mil alunos portugueses aprendem francês no colégio, mas apenas 15 mil nas escolas secundárias. Há também muito a fazer para fazer desenvolver o ensino da língua portuguesa em França. Além disso, a França é membro observador da comunidade dos países de língua portuguesa, desde 2019; e Portugal poderá tornar-se membro da Organização Internacional da Francofonia na cimeira que terá lugar na França, em Outubro de 2024 — é uma adesão cruzada.

Por fim, queria dizer uma palavra sobre os cinquenta anos do 25 de Abril. Vai ser um aniversário muito importante em Portugal. A Embaixada tenciona contribuir para as comemorações com uma exposição de arquivos diplomáticos e da imprensa, e também com testemunhos de personalidades francesas que viveram os anos de transição entre 1974 e 1976, e que vieram a Portugal para assistir à experiência portuguesa. A experiência portuguesa nesses anos foi realmente excepcional. A Revolução dos Cravos foi inédita, ou seja, oficiais subalternos com menos de trinta anos que desobedeceram e fizeram um golpe de estado para instaurar a democracia, descolonizar e desenvolver o país — os três D. Geralmente, os golpes militares não têm esses objectivos e, sobretudo, esses objectivos foram cumpridos. Isto faz da vossa revolução uma experiência excepcional. As comemorações no próximo mês de Abril constituem uma grande oportunidade para relembrar a força dos valores democráticos e difundir a força destes valores para a Europa, num contexto político difícil. Faz todo o sentido comemorar os 50 anos da revolução dos Cravos e celebrar os valores democráticos um mês e meio antes das eleições europeias de 9 de Junho. Estas eleições serão importantes.

Finalmente, gostaria de aproveitar esta oportunidade para encorajar os jovens a irem votar. A taxa de abstenção entre os jovens é, frequentemente, muito elevada. Isto significa que é a geração mais velha que decide por vós.

Obrigado pela vossa atenção.

3.2. O RENASCIMENTO DA SALA DE HISTÓRIA*

Rui Manuel de Figueiredo Marcos

Senhor Director da Faculdade de Direito
Senhor Presidente do Instituto Jurídico
Senhoras Vice-Directoras e Senhor Vice-Director da Faculdade de Direito
Senhor Conselheiro do Conselho Superior de Magistratura, Doutor Vieira Cura
Senhor Director da Imprensa da Universidade
Senhor Presidente do Núcleo de Estudantes da Licenciatura em Direito
Senhor Presidente do Núcleo de Estudantes da Licencia tura em Administração Público-Privada
Senhores Doutores
Estimados Estudantes
Ilustres Convidados
Senhores Funcionários
Senhoras e Senhores

* Dia da Faculdade de Direito, em 7 de Dezembro de 2023.

As obras e as acções fazem o que um Director é. Delas nascem o sermos bons ou maus. Elas nos dão a conhecer e constroem uma certa imagem. Mesmo que as construções um dia se esboroem. É que as paredes ao alto falam, mas as ruínas também.

Antes de mais, quero enaltecer o nosso actual Director, o Doutor Jónatas Machado, pelo incessante labor desenvolvido em prol da nossa querida Faculdade. Ela que tem sabido colocar-se, com elevação, à proa desta grande caravela, a despeito de pequenas tormentas ou de vagas estrepitosas que as circunstâncias senão a vontade de algumas mulheres e de alguns homens lhe têm soprado.

Os aformoseamentos e os enriquecimentos patrimoniais da nossa Faculdade, é preciso reconhecê-lo, sucedem-se sem parança desde há algum tempo. Um trilho que a Direcção actual da nossa Faculdade tem sabido continuar a percorrer com a devoção do Senhor Director e da Senhora Vice-Directora Sandra Passinhas.

Merecem destaque a recuperação de várias salas no Colégio de Jesus, a expansão da Faculdade para o Palácio dos Melos, agora com reconhecida dignidade palaciana, e inclusive com a nova sala do varandim, e a estrondosa e invejada inauguração do quinhentista Colégio da Trindade.

Foram-se somando as doações à Faculdade que a valorizaram do ponto de vista do seu emblemático recheio. Aludo, por exemplo, ao quadro do Doutor Lopes Praça, na Sala dos Mestrados, o quadro do Doutor Machado Vilela, colocado à entrada do Instituto Jurídico, o quadro do Doutor Fernando Aguiar-Branco numa das Salas do Palácio dos Melos, a Galeria de Retratos que emoldura o Conselho Científico, para já não falar do quadro do Doutor Augusto César Barjona de Freitas, o professor da nossa Faculdade que, na condição de Ministro dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça, promoveu a abolição da pena de morte para crimes civis no ano de 1867. Encontra-se na Sala dos Sofás do Instituto Jurídico, ao lado do retrato colectivo do nossos Professores.

Mas o empenho da Faculdade não se cingiu a telas representativas dos seus Professores. Virou-se também para o mobiliário e para a azulejaria, merecendo uma subida menção a cadeira doutoral de 1772, o preciso ano da publicação dos Estatutos Pombalinos da Universidade e que, agora, bem nos serviu por ocasião do seu bicentenário e que causou espanto entre alguns membros da nossa atenta comunidade universitária.

Não resisto ainda a mencionar, uma vez que constitui peça de azulejaria única na Universidade de Coimbra, a raríssima figura de convite colocada estrategicamente à entrada da nossa Faculdade, saudando, como é de preceito, os nossos visitantes ilustres.

Caros Amigos

Entendo que o dever cimeiro que cada um deve impor a si próprio é fazer alguma coisa que dura mais do que nós.

Num dos periódicos de Coimbra, li, hoje mesmo, no Dia da Faculdade de Direito de Coimbra de 2022, que o nosso Ilustre Director, Doutor Jónatas Machado, salientou que a Faculdade de Direito tem a obrigação de formar "juristas comprometidos com o bem-estar de todos".

Nesta linha correctíssima, atrevo-me a apresentar uma proposta inédita e que julgo bem sintonizada com o nosso tempo.

A significar, no fundo, que a FDUC mostrará que a solidariedade social intergeracional não constitui para ela uma vã proclamação.

É ela a criação, no seio da nossa Faculdade, de um *Silver Cabinet*. E porquê? Exactamente porque se relaciona intimamente com o ambiente propício da chamada *Silver Economy*, a qual representa a moderníssima vertente da economia destinada a potenciar as virtualidades económicas decorrentes de uma crescente fracção de uma população inscrita na denominada terceira idade.

De sorte que a minha proposta seja a criação de um consultório jurídico gratuito, para pessoas de idade superior a 65 anos, com o cortejo de questões jurídicas que a velhice forçosamente traz consigo.

Evidentes se tornam os problemas no domínio do direito da segurança social problemas situados no âmbito do direito da família, designadamente em matéria de divórcio, ou de casamentos em segundas, terceiras e quartas núpcias, ou problemas inscritos na órbita do direito das sucessões, mormente nos capítulos das partilhas, ou do correcto exercício da liberdade de testar.

Senhores Doutores
Senhoras e Senhores

Mas o que nos congrega aqui é a inauguração da nossa belíssima Sala de História, ou melhor, como gosto de salientar, o "Renascimento da Sala de História".

E é de um renascimento que se trata, dado que, nos últimos anos, ela não passava de uma sala que mais não representava do que um empilhamento caótico de livros, distribuído pelos diferentes rectângulos de estudo entregues aos nossos professores.

Não convidava à permanência, muito menos ao estudo.

O que se tentou e conseguiu foi devolver-lhe a sua antiga dignidade através de um restauro global de candeeiros, estantes, mesa e inclusive tinteiros, agora banhados a prata.

A par disso, adquiriram-se duas peças escultóricas de origem goesa, que se erguem defronte á entrada principal da Sala. Trata-se de um "Par de Anjos de Púlpito Indo-Portugueses do século XVI provenientes de uma Igreja em Goa".

Um bonito original de Arraiolos encontra-se a atapetar grande parte da Sala de História.

É justo que se sublinhe que a nova composição da Sala contou com a valiosa colaboração da Senhora Dr.ª Laura Ramos Lopes, sempre prestável, sempre diligente, sempre com enorme bom gosto e sempre longe de inúteis emulações.

De uma subida menção é credora a Sónia, pelo modo primoroso com que me ajudou em tantas directivas, inclusive no estabelecimento de contactos para a obra de restauro da Sala de História. Bem haja! Um agradecimento que também não omito é dirigido à Dr.ª Liliana pela dedicação que sempre exibiu na assessoria á Direcção da Faculdade.

À nossa financista, a Dr.ª Vera Almeida, elogio o zelo, sublinho a competência, e louvo a paciência com que suportou, amiudadas vezes, o meu papel de seringador para desbloquear empreitadas e aquisições.

À Dr.ª Ana Paula dirijo os maiores encómios que se fundam nos seus bons ofícios respeitantes, quer ao revelantíssimo papel de divulgação de imagem da nossa Faculdade, numa altura em que o *marketing* uni-

versitário tanto importa, quer na linha editorial que tão bem serve a nossa Faculdade de Direito.

Senhoras e Senhores

A missão de uma obra de arte é inspirar e mover pela beleza. Dirigir uma Faculdade como a nossa não terá que ser nenhuma obra de arte, mas dela também não têm que ficar arredias preocupações estéticas.

Não corresponderá a um labor ideativo proeminente. Deve, todavia, congraçar aspirações e desejos da sensível alma académica.

Se aos olhos de alguns os alindamentos parecem escuros, sobeja-me a consolação, o saber que aos incapazes de ver nada parece claro, mesmo defronte a um monumento Património Mundial da UNESCO. Como salientou o Papa Francisco, comentando a conversão de São Paulo, "Que paradoxo! Precisamente quando uma pessoa reconhece estar cega, começa a ver".

As paredes engalanadas requintam os espíritos, enobrecem o gesto e servem de indesmentível atracção para os estudantes estrangeiros.

A Sala de História, agora renascida, cumpre todos estes votos. De servir de Sala de Reuniões, de abrigar Conferências, de acolher Aulas de Doutoramento, e tudo com inegável distinção.

Mas o renascimento da Sala de História não esgotou nisso, e já era muito, o seu desiderato.

Visou também prestar uma Homenagem aos professores que nela trabalhavam com afinco e devoção durante uma permanência estável, ou seja durante vários anos, e que tenham pelo menos alcançado a graduação de Professores Associados.

Daí a placa de pedra em que se encontravam gravados os nomes de alguns dos nossos Mestres mais rútilos, como os Doutores Mário Júlio de Almeida Costa, Figueiredo Dias, Sebastião Cruz e Rui de Alarcão.

Não há vislumbre de dúvida de que na Sala de História ficaram pedaços de vida de muitos de nós.

As recordações assaltam-nos e os episódios acicatam a nossa memória, até com sentido pedagógico.

Em boa verdade, estimados Amigos, nunca se esquece o que de nós

faz parte. E a imagem da Sala de História cola-se, em definitivo, a fases importantes de muitas vidas académicas.

Senhor Director
Senhores Doutores

Abeiro-me vertiginosamente do fim.

E não quero despedir-me deste acto jubiloso sem dizer que a Sala de História existe, renascida. E renascida exactamente para ser luminosamente vivida em termos académicos.

À nossa Faculdade que está tão bonita e é seguramente uma das mais bonitas da Europa apetecia-me pedir-lhe, como fez Miguel Angelo relativamente a uma das suas famosas esculturas: "Porque é que não falas?"

E o que responderia a nossa Faculdade?

Certamente que gostaria de continuar a ser bonita pelo tempo fora!

E assim será!

4. DOUTORAMENTOS E MESTRADOS*

Doutoramentos

Na área de Direito, Justiça e Cidadania, no dia 06/10/2023, o Mestre Nuno Miguel Pereira Ribeiro Coelho defendeu a sua dissertação sobre "Organização do sistema judicial e jurisdição: para uma sistemática alargada da realização do direito pelo juiz" (Aprovado com distinção, por maioria).

Na área de Direito Público, foram defendidas as dissertações que enumeramos. No dia 09/10/2023, o Mestre Marcelo Rodrigues Siqueira sobre "Presunções Fiscais" (Aprovado com distinção, por maioria). No dia 23/10/2023, a Mestre Joana Catarina Neto dos Anjos sobre "Regulação económica e garantias do utente nos setores *utilities*: a contraprestação devida pelo serviço de abastecimento em Portugal enquanto caso de estudo" (Aprovada com distinção e louvor, por unanimidade) (Aprovada com distinção e louvor, por unanimidade). No dia 21/10/2023, o Mestre José Rodrigues Arimatéa sobre "As terras devolutas no Brasil: origem, regime jurídico e finalidade" (Aprovado, por unanimidade).

Na área de Ciências Jurídico-Empresariais, no dia 11/10/2023, o Mestre Carlos Albero Bosco defendeu a sua dissertação sobre "O contrato de trabalho intermitente: precarização da atividade laborativa ou instrumento propulsor de acréscimo de postos de trabalho" (Aprovado com distinção, por unanimidade).

Na área de Ciências Jurídico-Criminais, foram defendidas as dissertações que enumeramos. No dia 24/10/2023, o Mestre Francisco de Assis de França Júnior sobre "A relevância jurídico -penal da tentativa diante da dúvida do agente na concretização do resultado: um contributo crítico sobre a problemática definição do elemento volitivo no âmbito do dolo eventual" (Aprovado com distinção, por unanimidade). No dia 30/10/2023, a Mestre Ana Cláudia Carvalho Salgueiro

* Publica-se a Vida da Escola respeitante ao segundo semestre de 2023.

sobre "Pessoa coletiva e processo penal. Da Titularidade de direitos fundamentais à pertinência de um processo penal da pessoa coletiva" (Aprovada com distinção, por unanimidade). No dia 21/11/2023, a Mestre Ana Karine de Albuquerque Alves Brito sobre "Jurisdicionalização da execução penal no Estado de Direito Democrático" (Aprovada com Distinção e Louvor, por unanimidade).

Na área de Ciências Jurídico-Processuais, no dia 08/11/2023, a Mestre Raquel de Freitas Manna sobre "Microssistema do Direito Probatório no Processo Civil — um estudo das declarações extrajudiciais de terceiros no ordenamento brasileiro e português" (Aprovada, por unanimidade).

Mestrados

Na área de Ciências Jurídico-Políticas — Menção em Direito Internacional Público e Europeu, foram defendidas as dissertações que enumeramos. No dia 26.09.2023, o Lic.º João Luiz de Carvalho Nascimento Melca sobre "Parlamento do Homem? As Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas e o Processo de Formação do Costume Internacional" (Aprovado com 17 valores). No dia 29.09.2023, a Lic.ª Alexandra Tavares Noronha sobre "O acesso à justiça por parte das ONG no âmbito do Regulamento Aarhus: um acesso em conformidade com o art. 9.º, n.º 3 da Convenção de Aarhus?" (Aprovado com 18 valores). No dia 11.10.2023, a Lic.ª Natália Mendes Melo sobre "A extraterritorialidade do RGPD: da influência no ordenamento jurídico brasileiro à estipulação do nível mínimo adequado de proteção dos dados pessoais" (Aprovado com 17 valores). No dia 30.10.2023, a Lic.ª Camila Ferreira dos Santos sobre "O novo estado de vigilância baseado em tecnologias de Reconhecimento Facial Ensinamentos do passado, explicações do presente e reservas do futuro" (Aprovada com 17 valores); a Lic.ª Lucimara Bezerra Machado sobre "Proteção Internacional dos Migrantes: prerrogativas e obrigações dos Estados Estudo do Parecer Consultivo OC-18/03 — A condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados" (Aprovada com 13 valores). No dia 31.10.2023, a Lic.ª Mariah Domingues Togatlian sobre "A Responsabilidade Internacional dos Estados por atos de Pessoas Coletivas Privadas" (Aprovada com 16 valores).

Na área de Ciências Jurídico-Políticas — Menção em Direito Constitucional foram defendidas as dissertações que enumeramos. No dia 17.10.2023, o Lic.º Eduardo Pereira Monteiro sobre "Entre o Tribunal Constitucional Português e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro (Aproximações, distinções e insuficiências dos

sistemas de fiscalização de constitucionalidade)" (Aprovado com 17 valores); a Lic.ª Francisca Maria Adrêgo da Silva sobre "Big Brother Is Diagnosing You: Saúde e Dados no Metaverso. Reflexões Fundamentais Relativas a Vivências na Nova Era Digital" (Aprovada com 16 valores); o Lic.º Wilson Seraine da Silva Neto sobre "Aprovado com 17 valores" (Caritas Dei: O amor cristão e a socialidade).

Na área de Ciências Jurídico-Civilísticas — Menção em Direito Civil foram defendidas as dissertações que enumeramos. No dia 06.09.2023, a Lic.ª Tainá Oliveira Reis sobre "Liberdade e limitações contratuais do senhorio nos contratos de arrendamento urbano habitacional" (Aprovada com 17 valores). No dia 15.09.2023, a Lic.ª Grace Correa Pereira Maia sobre "Gestado para outrem. Nascido para quem? Uma análise do arrependimento da gestante à luz da lei n.º 90/2021" (Aprovada com 17 valores). No dia 19.09.2023, a Lic.ª Cheang Choi Si sobre "O Regime da Transmissão dos Direitos Reais sob a Adoção do Sistema do Título em Portugal e em Macau" (Aprovada com 16 valores). No dia 26.09.2023, a Lic.ª Daniela Andreia Marques Dias sobre "Telemedicina e Responsabilidade Civil Médica: Novos Desafios na Era da Saúde Digital" (Aprovada com 18 valores). No dia 18.10.2023, a Lic.ª Maria João Nunes Afonso sobre o "A Igualdade de Género no Regime do Casamento" (Aprovada com 17 valores). No dia 23.10.2023, o Lic.º Luís Gabriel Vicente Ribeiro Pereira sobre "Responsabilidade civil delitual e inteligência artificial: (re)compreensão dos requisitos do nexo de causalidade e da culpa à luz dos danos causados por agentes autónomos" (Aprovado com 17 valores). No dia 24.10.2023, a Lic.ª Maria Biscaia Melo sobre "Para além do (não) registo: a análise das condições formais e substanciais de reconhecimento jurídico da união de facto" (Aprovada com 11 valores); a Lic.ª Rita Maria Cruz Gama sobre "Ação de Reivindicação e Ação de Demarcação: Um confronto entre duas ações" (Aprovada com 15 valores). No dia 31.10.2023, a Lic.ª Letícia Nunes Maciel Costa sobre "A possibilidade de aplicação da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil médica: reflexões doutrinárias e da jurisprudência" (Aprovada com 17 valores).

Na área de Ciências Jurídico-Políticas — Menção em Direito Administrativo, no dia 18.09.2023, o Lic.º Garcia Epalanga Chilundamo defendeu a dissertação sobre "Sustentabilidade Ambiental versus Exploração de Petróleo em Angola" (Aprovado com 17 valores).

Na área de Ciências Jurídico-Criminais foram defendidas as dissertações que enumeramos. No dia 20.09.2023, o Lic.º Eduardo Tadeu Maurício sobre "A prisão perpétua na União Europeia e o âmbito internacional" (Aprovado com 10 valores). No dia 21.09.2023, a Lic.ª Filipa Ribeiro Gonçalves sobre "A pena de prisão perpé-

tua. Portugal, Direito Comparado e Legitimidade" (Aprovada com 14 valores). No dia 25.09.2023, a Lic.ª Beatriz Mariz Gomes sobre "O Acordo de Não Prossecução Penal como Alternativa ao Julgamento em Processo Penal" (Aprovada com 15 valores). No dia 28.09.2023, a Lic.ª Vanessa Nunes Monteiro sobre "A relevância das emoções esténicas no excesso de legítima defesa na responsabilidade criminal. A eventual e excecional formação de um juízo de imputabilidade diminuída?" (Aprovada com 17 valores). No dia 16.10.2023, a Lic.ª Rosana Lourenço Teixeira sobre "O Sexting Secundário — A (In)adequação do Crime de Pornografia de Menores" (Aprovada com 17 valores); a Lic.ª Tânia Alexandra Magalhães Silva sobre "Contributos para a Compreensão do Tipo Legal de Crime de Organização de Viagens para Fins de Turismo Sexual com Menores" (Aprovada com 15 valores). No dia 24.10.2023, a Lic.ª Inês Filipa Madeira Sério "A Responsabilidade Penal do Médico Interno: Particularidades da Repartição de Funções na Formação Médica" (Aprovada com 14 valores). No dia 30.10.2023, a Lic.ª Bárbara Coimbra Teodósio sobre "A fronteira de distinção entre o tráfico de seres humanos na vertente da exploração sexual e o lenocínio agravado: análise crítica ao enquadramento jurídico e as suas implicações legais" (Aprovada com 14 valores). No dia 31.10.2023. o Lic.º Bernardo Marinho Marques sobre "A responsabilidade penal pelo produto e os sistemas de inteligência artificial: os casos de "danos indesejados" promovidos por veículos autónomos" (Aprovado com 14 valores); o Lic.º Guilherme Gomes Monteiro Macedo sobre "A Responsabilidade dos Clubes Desportivos decorrente do comportamento incorreto dos seus Adeptos" (Aprovado com 15 valores); a Lic.ª Helena Sofia Martins Andrade sobre "Fragilidades da Regulação Penal e Processual da Perda de Bens Pertencentes a Terceiros e da Perda sem Condenação" (Aprovada com 17 valores).

Na área de Ciências Jurídico-Empresariais — Menção em Direito Laboral, no dia 30.10.2023, a Lic.ª Ana Luísa Carvalho Amaral defendeu a dissertação sobre "A nova presunção de laboralidade e a proteção dos trabalhadores das plataformas: o novo artigo 12.º — A Work in progress" (Aprovada com 16 valores).

Na área de Ciências Jurídico-Políticas — Menção em Direito Fiscal foram defendidas as dissertações que enumeramos. No dia 13.09.2023, a Lic.ª Beatriz Silva Lavouras "As Assimetrias de Residência Fiscal apreciadas à luz da Lei n.º 24/2020" (Aprovada com 17 valores); a Lic.ª Emely Alves Perez sobre "O imposto como pressuposto do estado fiscal: preço da liberdade, custos dos direitos e dever fundamental de pagar imposto" (Aprovada com 17 valores). No dia 20.09.2023, o Lic.º Frederico Luís de Albuquerque Gonçalves Botelho Nogueira sobre "A diminuição

da pegada ambiental do consumo através do direito fiscal uma necessidade do ponto de vista ambiental e social rumo à neutralidade carbónica" (Aprovado com 17 valores). No dia 21.09.2023, o Lic.º Daniel Alexandre Tavares Lopes sobre "Requiem pelo Direito Fiscal Internacional: As disrupções provocadas pelas empresas da economia digital em sede de tributação do rendimento" (Aprovado com 18 valores). No dia 03.10.2023, a Lic.ª Dany Podence Casimiro sobre "(In)consistências nos poderes tributários das autarquias locais — O caso do Imposto Municipal sobre Imóveis" (Aprovado com 16 valores). No dia 27.10.2023, a Lic.ª Maria Izabel Branco Rodrigues sobre "O Tax Compliance sob a Égide do ESG" (Aprovada com 16 valores). No dia 31.10.2023, o Lic.º João Emanuel Afonso Sobral sobre "A tributação das multinacionais: visão sobre o prisma da digitalização, da concorrência fiscal e do abuso fiscal" (Aprovada com 15 valores).

Na área de Ciências Jurídico-Civilísticas — Menção em Direito Processual Civil foram defendidas as dissertações que enumeramos. No dia 25.09.2023, o Lic.º Gabriel Arruda Ramos Burger sobre "O processo civil como *extrema ratio*" (Aprovada com 14 valores). No dia 17.10.2023, a Lic.ª Maria Margarida Aguiar Travassos sobre "O regime da responsabilidade por dívidas na união de facto no processo executivo" (Aprovada com 16 valores). No dia 18.10.2023, a Lic.ª Maria João Galvão Dias Peixinho sobre "O Sentido e a Validade das Sentenças Condicionais no Processo Civil Português" (Aprovada com 17 valores). No dia 20.10.2023, a Lic.ª Cláudia Carvalho Morgado sobre "O impacto das dívidas na vida conjugal: Algumas questões processuais no quadro da responsabilidade pré-executiva e executiva por dívidas dos cônjuges" (Aprovada com 17 valores). No dia 24.10.2023, a Lic.ª Emília Campelo Cantante Pinto sobre "A Gestão Material no Processo Civil: uma «luz» ou uma «pedra» no caminho da justiça?" (Aprovada com 16 valores). No dia 26.10.2023, a Lic.ª Jennifer Santos Pereira Pontes sobre "Arbitragem nos litígios de consumo: a Lei nº 63/2019 e o Instituto da Arbitragem Necessária" (Aprovada com 16 valores). No dia 27.10.2023, Ana Lúcia Cardoso Azevedo Moreira sobre "Princípio da Proibição das Decisões-Surpresa: o Desejo de uma Justiça Efetiva" (Aprovada com 16 valores). No dia 31.10.2023, a Lic.ª Marta Cristina Ramos sobre "A justa composição do litígio — o princípio do inquisitório" (Aprovada com 17 valores).

Na área de Ciências Jurídico-Políticas-Menção em Direito Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente foram defendidas as dissertações que enumeramos. No dia 29.09.2023, a Lic.ª Sofia Carvalho de Araujo Duarte Santos sobre "Cidades e Transição Energética: A Internacionalização do Direito do Urbanismo"

(Aprovada com 17 valores); a Lic.ª Nathalia Peres Bernardes sobre "O princípio da proibição do retrocesso ambiental no regime do licenciamento: estudo com base nas alterações legislativas de Portugal e do Brasil" (Aprovada com 17 valores). No dia 11.10.2023, a Lic.ª Ana Paula de Vasconcelos Alves sobre "Direito Ambiental Marinho: em busca Harmonia Tripartida na construção de um Modelo de Desenvolvimento Sustentável da Economia Azul" (Aprovada com 15 valores).

Na área de Ciências Jurídico-Empresariais — Menção em Direito Empresarial foram defendidas as dissertações que enumeramos. No dia 19.09.2023, o Lic.º André Manuel Ramos Pereira sobre "*Third party litigation funding* — Dos problemas à regulação" (Aprovado com 17 valores); a Lic.ª Monize Maioli Caetano sobre "Contratos de transporte ferroviário internacional de mercadorias e a necessidade de um sistema legal unificado" (Aprovada com 17 valores). No dia 09.10.2023, a Lic.ª Adriane Gomes Rodrigues sobre "Potenciais aplicações da tecnologia Blockchain em contexto de Direitos de Propriedade Intelectual" (Aprovada com 15 valores).

Na área de Ciências Jurídico-Históricas, no dia 26.09.2023, o Lic.º Pedro Costa Pizzotti Fernandes defendeu a dissertação sobre "Dominium, Possessio e In bonis habere: Desenho da organização dominial no direito romano clássic" (Aprovado com 18 valores).

***

Na área de Ciências Jurídico-Forenses foram defendidas as dissertações que enumeramos. No dia 20/09/2023, a Lic.ª Antónia do Carmo Ramires Medeiros Martins de Almeida sobre "'Tráfico de estupefacientes: natureza do crime, momento da consumação e as suas consequências" " (Aprovada com 11 valores). No dia 25/09/2023, o Lic.º Rui Miguel Oliveira da Costa Ferreira sobre "Corrupção: consumação formal e material sucessiva (a relevância dos actos subsequentes à consumação formal e, em especial, o *dies a quo* do prazo de prescrição do procedimento criminal)" (Aprovada com 16 valores); a Lic.ª Maria Rita Ferreira Vaz sobre "A utilização de bases de dados de perfis de ADN no processo penal" (Aprovada com 14 valores); a Lic.ª Bárbara Garraio Rodrigues sobre "O objeto de tutela da conduta típica de representação realista de menores: consequências para o regime da tentativa impossível" (Aprovada com 14 valores); a Lic.ª Viktoriya Kos sobre "Responsabilidade penal da empresa a título de cumplicidade por atos neutros: Uma análise do caso Lafarge" (Aprovada com 15 valores). No dia 26/09/2023, a Lic.ª Joana Freire Torrão sobre "Conciliação entre dever laboral e dever religioso: O caso dos praticantes desportivos

profissionais durante o Ramadão" (Aprovada com 14 valores). No dia 27/09/2023, a Lic.ª Rita Maria Dias do Vale Silva Marques sobre "A falta de conformidade na compra e venda de bens de consumo: bens móveis corpóreos e bens com elementos digitais" (Aprovada com 15 valores); a Lic.ª Carolina Maria Nunes Rosa sobre "Todos me querem, ninguém me quer. O arrependimento dos beneficiários de gestação de substituição" (Aprovada com 16 valores); a Lic.ª Rita Isabel Nunes Ribeiro sobre "A resolução alternativa de litígios, uma perspetiva de direito comparado" (Aprovada com 15 valores). No dia 09/10/2023, a Lic.ª Andreia Rodrigues Coimbra sobre "Procriação medicamente assistida: E depois do adeus — A inseminação artificial *post-mortem* e a gestação de substituição" (Aprovada com 16 valores). No dia 10/10/2023, o Lic.º Geraldo Kanjala Mário sobre "A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades Anónimas" (Aprovado com 16 valores). No dia 16/10/2023, a Lic.ª Margarida Moreira Duarte sobre "A Responsabilidade Criminal pelo Medicamento à luz do Ordenamento Jurídico Português" (Aprovada com 15 valores). No dia 20/10/2023, o Lic.º Bruno José da Silva Barros sobre "Atos à distância no Notariado" (Aprovado com 11 valores); a Lic.ª Inês Oliveira Soares sobre "A Limitação dos Direitos em Estado de Exceção" (Aprovada com 14 valores). No dia 23/10/2023, a Lic.ª Joana Sofia Oliveira Gonçalves de Teles Marques sobre "A Noção de Consumidor: Um conflito conceitual?" (Aprovada com 17 valores); a Lic.ª Inês Sofia Lopes Pereira sobre "Testes Genéticos Pré-Implantação : Implicações Ético-Jurídicas No Ordenamento Jurídico Português" (Aprovada com 15 valores). No dia 25/10/2023, a Lic.ª Ana Maria Pinto de Sousa Reis Ferreira "A propriedade intelectual e a inteligência artificial — o impacto da inteligência artificial nos direitos de autor" (Aprovada com 13 valores); a Lic.ª Rita Bettencourt Dias da Silva sobre "A proibição das decisões-surpresa no processo civil" (Aprovada com 15 valores). No dia 30/10/2023, a Lic.ª Cristiana Conceição Martins Sousa sobre "Da (In)Constitucionalidade da Prorrogação da Medida de Segurança de Internamento" (Aprovada com 12 valores); a Lic.ª Beatriz Jardim sobre "A Cessação do Contrato de Trabalho do Trabalhador por Deficiência ou Doença Crónica" (Aprovada com 13 valores); a Lic.ª Sara Catarino Costa sobre "Violência obstétrica: caminho para a criminalização" (Aprovada com 12 valores); a Lic.ª Eliana Rodrigues Dias sobre "Declarações da vítima dos crimes sexuais e de violência doméstica como prova única e a sentença condenatória" (Aprovada com 10 valores). No dia 31/10/2023, a Lic.ª Ana Teresa Figueira Moreira sobre "A influência do *compliance* na determinação da medida concreta da pena das pessoas colectivas à luz da Lei n.º 94/2021" (Aprovada com 16 valores); a Lic.ª Beatriz Morais Rebelo sobre "A natureza do crime de violação à luz da prote-

ção do interesse da vítima" (Aprovada com 12 valores); a Lic.ª Olga Stelmashchuk sobre "Algoritmos Preditivos na Justiça Penal — Uma Análise à luz do Novo Regulamento da União Europeia sobre a Inteligência Artificial" (Aprovada com 15 valores); a Lic.ª Márcia de Jesus Ribeiro Bito sobre "Os limites do efeito-à-distância das proibições de prova no ordenamento jurídico português" (Aprovada com 14 valores); a Lic.ª Beatriz Jesus Ribeiro sobre "As Preocupações de Sustentabilidade Ambiental no Âmbito das Instituições Bancárias: Os Contratos de Crédito para Investimento" (Aprovada com 16 valores).

5. ACTIVIDADES PROMOVIDAS PELA DIRECÇÃO DA FACULDADE

No segundo semestre de 2023, a Direcção da Faculdade realizou os seminários, conferências, e outras actividades científicas que enumeramos:

— no dia 6 de Setembro, o "Diálogo sobre Processo" entre os Professores da UERJ Humberto Dalla e Flávia Hill e os Professores da FDUC Maria José Capelo, Lucinda Dias da Silva e Rafael vale e Reis, também com a participação de doutorandos da FDUC;

— nos dias 2 e 3 de Outubro, o Congresso "Atualidades do Direito Público: análise comparada Brasil-Portugal", ao abrigo do Protocolo entre a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro e a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra);

— no dia 4 de Outubro, no âmbito da cerimónia de "Boas-Vindas aos Mestrandos em Direito", a Aula Magistral pelo Doutor Pedro Caeiro;

— no dia 11 de Outubro, a Abertura do Curso de Doutoramento;

— nos dias 13 e 14 de Outubro as "Jornadas de Direito da família e das Crianças e Jovens";

— no dia 18 de Outubro, a Jornada "Pensar o Direito: II Encontro Laboral: Reforma laboral: Agenda do trabalho digno", coorganizada com o Tribunal da Relação de Coimbra;

— nos dias 19 e 20 de Outubro, as Jornadas Coimbra — Santiago de Compostela;

— no dia 24 de Outubro, o Congresso Sociedade Digital & Inteligência Artificial: Os Desafios da Democracia", coorganizado com a Faculdade de Direito da Universidade MacKenzie e a Ordem dos Advogados do Brasil — São Paulo;

— no dia 7 de Novembro, a Aula Aberta #Desafios atuais do Direito e da Justiça do Trabalho no Brasil" pelos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho

Alexandre Agra Belmonte e Cláudio Mascarenhas Brandão;

— nos dias 14 e 15 de Novembro, a "Conferência Comemorativa dos 10 Anos do Código de Processo Civil", coorganizada com a Ordem dos Advogados — Conselho Regional de Coimbra;

— no dia 4 de Dezembro, no âmbito da unidade curricular "Proteção Jurídica do Consumidor", do Mestrado em Direito a Aula aberta "Proteção Jurídica do Consumidor no Brasil" pelo Professor Bruno Miragem (UFRGS — Brasil);

— no dia 22 de Novembro, a formação *online* "Datajuris: Nova Plataforma", pelo Doutor Nuno Brandão;

— no dia 4 de Dezembro, no âmbito da Aula da 3.ª Turma do 2.º ano de "Teoria Geral do Direito Civil I" da Licenciatura em Direito, a Aula aberta "Direito de Personalidade em Espanha e a Vulnerabilidade dos Idosos no âmbito do Consentimento Informado" pelo Professor Javier Brceló Doménech (Universidade de Alicante — Espanha).

— no dia 5 de Dezembro, no âmbito do "Dia da Faculdade de Direito", a Conferência "Les Relations entre la France et le Portugal" por M. Thomas Bertin, Primeiro Conselheiro da embaixada de França em Portugal;

— em Dezembro, uma Comitiva da FDUC — integrada pelas Vice-Directoras Doutora Sandra Passinhas e Doutora Paula Veiga, e pelo Doutor João Nogueira de Almeida — participou no 21.º Aniversário da Universidade do Mindelo, por ocasião dos 75 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Mindelo — S. Vicente, Cabo Verde.

6. INSTITUTO JURÍDICO

No segundo semestre de 2023, realizou o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra os seminários, conferências, e outras actividades científicas que enumeramos:

— no dia 25 de Julho, as "IV International Research Talks";

— no dia 28 de Setembro, os "V Encontros de Direito Civil — Direitos de Personalidade", co-organizados com a Universidade Católica de Lisboa;

— no dia 29 de Setembro, o "MediMARE: Final Seminar — Presentation of results", organizado no âmbito do projeto MediMARE (financiado pelos EEA Grants — PT-Innovation-0065);

— nos dias 2 e 3 de Outubro, "Atualidades do Direito Publico: Analise comparada Brasil-Portugal (ao abrigo do Protocolo entre a Procuradoria-Geral

do Estado do Rio de Janeiro e a Faculdade)", organizado com PGE-RJ;

— no dia 9 de Outubro, "MoveS seminar Portugal-Spain — Mobility of workers between Portugal and Spain and their Social Security rights: strategies for coordination, cooperation, and control", co-organizado com MoveS e Universidade Pontificia de Comillas;

— no dia 12 de Outubro, o "European Study Group on Corporate Asset Locks Workshop", organizado com a Universität Bielefeld, Institut fur das Recht der Digitalisierung e Parlamento Europeu;

— nos dias 12 e 13 de Outubro, o "Transatlantic dialogues on Private International Law: family and personal status on the move";

— no dia 23 de Outubro, "Democracia: Futuros, Passados e Memorias por vir";

— no dia 27 de Outubro, "Sustentabilidade Empresarial, Direitos Humanos e Ambiente";

— nos dias 2 e 4 de Novembro, os "Workshops: Migration and Human Trafficking & Qualitative Research Methods and Ethics in Social Science Research", organizado com Fulbright PT, Observatório da Cidadania e Intervenção Social;

— no dia 3 de Novembro, "Governança Territorial. Alterações Climáticas, Reabilitação e Habitação";

— nos dias 6 e 7 de Novembro, o "Fórum Futuro da Tributação", organizado com o Fórum de Integração Brasil-Europa;

— no dia 6 de Novembro, "Challenges and Opportunities in Bridging Science and Policy/Policymaking — an Identity and Culture Perspectives";

— nos dias 7 a 9 de Novembro, o "II Encontro Internacional: Experiências Inovadoras em Participação Ambiental», organizado com UFSCar, Ceda; OAB Maranhão; Comissão do Desenvolvimento Sustentável; ESA; Virtú Ambiental;

— no dia 14 de Novembro, o "Webinar Mutual Trust, Mutual Recognition and the Rule of Law", organizado com APDE;

— nos dias 20 e 21 de Novembro, "Procedimentos para a construção de politicas e planos urbanos: uma visão luso-brasileira";

— no dia 23 de Novembro, o "Webinar Regras de Haia: O Direito dos Transportes em discussão";

— no dia 30 de novembro, a "I Conferência Legal SciComm: Comunicar a Investigação Jurídica";

— no dia 4 de Dezembro, o "O Direito e o Tempo: IX Encontro de Investigadores Doutorandos";

— nos dias 6 e 7 de Dezembro, o colóquio "Aristotle (and Aristotelianism) on Justice and (In) equality: contemporary projections";

— no dia 7 de Dezembro, "A nova proposta de Diretiva sobre Direito da Insolvência";

— no dia 11 de Dezembro, o "VI Debate Florestas e Legislação", organizado com o Projeto House Refuge, financiado pela FCT (PCIF/AGT/0109/2018);

— em Dezembro, as Jornadas Luso-Brasileiras "Sistemas Públicos de Saúde e Políticas de Saúde", em colaboração com a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o Centro de Direito Biomédico, o curso de Administração Público-Privada da FDUC e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Brasil).

7. CENTROS E ASSOCIAÇÕES

O Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho (IDET) realizou, no 2.º semestre de 2023, as seguintes actividades:

—- nos dias 8, 9, 15 e 16 de Setembro, o Curso Breve "O que há de novo na Lei do Trabalho? A "agenda do trabalho digno" e a Lei n.º 13/2023";

—- nos dias 28 de outubro, 4, 11, 18 e 25 de Novembro, o 3.º Curso de Direito da Insolvência e da Recuperação de Empresas, em formato *online*.

A Associação de Estudos Europeus (AEEC) de Coimbra realizou, no segundo semestre de 2023, as seguintes actividades:

—- de 4 a 8 de Setembro, o Curso de Curta Duração "Desafios da administração público-privada digital 4.0 e participativa na Europa e no mundo";

—- no dia 20 de Setembro, o Seminário "Reinventar o Agronegócio";

—- de 21 de Outubro a 18 de Novembro, o módulo-base do Curso de Pós-Graduação em Direito da União Europeia;

—- de 4 a 8 de Dezembro, o curso de curta duração "Governança e desafios jurídicos em um contexto 4.0".

O *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) realizou, no 2.º semestre de 2023, as seguintes actividades:

— nos dias 10-12 de Outubro, a "VIII Coimbra International Conference on human Rights: A Transdisciplinary Approach", organizada com o Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos (INPPDH).

O Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) realizou, no 2.º semestre de 2023, as seguintes actividades:

— no dia 30 de Setembro, a Conferência de Encerramento do 15.º Curso de Pós-Graduação em Contratação Pública;

— em Setembro e Novembro, o 1.º Curso de Pós-Graduação em Gestão de Informação para a Administração da Justiça;

— em Outubro e Novembro, via *Zoom,* o 15.º Curso de Pós-Graduação em Contratação Pública;

— em Outubro e Novembro, via *Zoom,* o 22.º Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública e Concorrência;

— no dia 18 de Outubro, o "Fórum Cedipre com Entidades Reguladoras Nacionais", que contou com a presença de todas as entidades reguladoras;

— no dia 21 de Novembro, a Conferência de Encerramento "O Futuro do Estado Regulador" por Carlos Ari Sundfeld e Egon Mockman Moreira, no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública e Concorrência;

— no dia 16 de Dezembro, a Conferência "15 anos do Código dos Contratos Públicos", coorganizado com a FDUC.

O Instituto do Direito Penal Económico Europeu (IDPEE) realizou, no 2.º semestre de 2023, as seguintes actividades:

— nos dias 26 e 27 de Outubro, o "Colóquio Luso-Brasileiro — Direito Penal, Tecnologia e IA", coorganizado com o Instituto Eduardo Correia (IEDC).

O Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) realizou, no segundo semestre de 2023, as seguintes actividades:

— de Setembro a Dezembro, o 15.º Curso de Pós-Graduação em Contratação Pública; via *zoom*;

— de Outubro a Novembro, o 22.º Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública e Concorrência, via *zoom*;

— no dia 22 de Setembro, o *workshop* "Capacitação técnica de Árbitros de Consumo", em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Fundo do Consumidor e o Direcção-Geral do Consumidor.

O Centro de Estudos Notariais e Registais (CENOR) realizou, no segundo semestre de 2023, as seguintes actividades:

— nos dias 11 a 22 de Setembro, o 1.º módulo do "Curso de Pós-graduação em Direito Notarial e Registal 2023/2024";

— nos dia 19 e 20 de Outubro, o 8.º Encontro de Direitos Reais, Direito Registal e Direito Notarial — Das Pessoas e das Coisas;

— nos dias 27 e 28 de Novembro, as 3.ªs Jornadas sobre a Propriedade Horizontal.

Realizaram-se ainda as seguintes actividades de formação *online*:

— nos dias 21 e 28 de Outubro, sobre "Alterações e Extinção das Operações de Transformação Fundiária Sujeitas a Registo";

— nos dias 15 e 16 de Dezembro, sobre "Propriedade Horizontal";

— de 23 de Outubro a 17 de Novembro, o "Curso de Preparação para as Provas de Admissão às Carreiras de Conservador e Oficiais de Registo".

O Centro de Direito da Família (CDF) realizou, no segundo semestre de 2023, as seguintes actividades:

— em Novembro, o Curso Breve sobre "Adoção e Apadrinhamento Civil", em formato *online*;

— em Setembro, o Curso de formação "Questões Jurídicas na prática da SCML Ação Social", em formato *online*;

— em Outubro, o Curso Breve sobre "Mediação Familiar", em formato *online*;

— em Novembro e Dezembro, o Curso Breve de Pós-Graduação sobre "União de Facto", em formato *online*;

— no dia 20 de Outubro, o *workshop*-tertúlia *online* "Vamos conversar sobre "*Processo Tutelar Educativo*";

— no dia 15 de Dezembro, o *workshop*-tertúlia *online* "Vamos conversar sobre Multiparentalidade".

O Centro de Direito Biomédico (CDB) realizou, no segundo semestre de 2023, as seguintes actividades:

— em Outubro, o Curso de Especialização em Direito Médico**,** online e presencial;

— em Outubro e Novembro, o 19.º Curso Breve de Pós-Graduação em Responsabilidade em Saúde, em formato online;

— em Novembro, o Curso "Futuro da Saúde — Aspetos Legais", em colaboração com o Hospital Albert Einstein;

— em Dezembro, as Jornadas Luso-Brasileiras "Sistemas Públicos de Saúde e Políticas de Saúde", em colaboração com a FDUC, o IJ, o CEDIPRE, o curso de

Administração Público-Privada da FDUC e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Brasil).

O Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (CEDOUA) realizou, no segundo semestre de 2023, as seguintes actividades:

— nos dias 6 e 7 de Setembro, a segunda edição do *workshop*, por videoconferência, sobre "A Aplicação do Código de Procedimento Administrativo nos Procedimentos de Controlo da Realização de Operações Urbanísticas Reguladas no RJUE";

— no dia 21 de Setembro, o *workshop*, por videoconferência, sobre "Loteamentos Urbanos";

— em Outubro, iniciou-se o 23.º Curso de Especialização em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente;

— em Dezembro, as Jornadas Luso-Brasileiras "Sistemas Públicos de Saúde e Políticas de Saúde", em colaboração com a FDUC, o CDB, o curso de Administração Público-Privada da FDUC e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Brasil).

O Centro de Direito do Consumo (CDC) realizou, no segundo semestre de 2023, as seguintes actividades

— no dia 12 de Setembro, o *workshop* "Capacitação técnica de árbitros de consumo", organizado com o Fundo do Consumidor (Direcção-Geral do Consumidor).

O Instituto Jurídico da Comunicação (IJC) realizou, no segundo semestre de 2023, as seguintes actividades:

— de 23 de Outubro a 2 de Novembro, o 3.º Curso Breve em "Direito e Inteligência Artificial";

— no dia 3 de Novembro, o *webinar* "Inteligência Artificial e Direitos de Autor";

— nos dias 3 e 4 de Novembro as VII Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil "Responsabilidade Civil: Consenso e Dissenso na Atualidade", coorganizadas com o IBERC;

— de 6 a 8 de novembro, o Curso Avançado Responsabilidade Civil.

8. ÓRGÃOS DA ESCOLA

No dia 4 de Setembro de 2023, tomou posse como Director da Faculdade de Direito, o Doutor Jónatas Machado. Acolhemos neste número do Boletim o discurso proferido nessa ocasião.

9. HOMENAGEM

No dia 25 de Outubro, teve lugar na Sala 8 dos Gerais a Cerimónia de Homenagem ao Doutor Fernando Alves Correia, seguindo-se a inauguração do retrato na Sala do Conselho Científico. Acolhemos neste Boletim os textos da intervenção do Homenageado em ambas as ocasiões

No dia 3 de Novembro, teve lugar na Sala de S. Pedro da BGUC uma Cerimónia de Homenagem ao Doutor José Carlos Vieira de Andrade, com lançamento de uma obra. Seguiu-se a inauguração do retrato na Sala do Conselho Científico, ocasião em que o homenageado proferiu um discurso que acolhemos neste número do Boletim.