

O DIREITO

Ano 153.º (2021), II

Diretor

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 153.º (2021), II

Diretor: JORGE MIRANDA

Fundadores

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

Antigos Diretores

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

Diretor

Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Maria João Galvão Teles

Estatuto Editorial

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

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

NIPC 513319425/506512495

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

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

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

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 120 exemplares

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

Número avulso € 20,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS – Digital Printing Services, Lda.

MLP – Quinta do Grajal

Venda Seca, 2739-511 Agualva Cacém

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

DOCTRINA

JORGE MIRANDA

Escusa ou objeção de consciência 231

PAULO FERREIRA DA CUNHA

Filosofia do Direito, Ideal de Vida e Ferramenta Jurídica. 239

LUÍS MENDONÇA

Princípios e processo civil. 255

VICTOR CORREIA

Hostilidade e discursos de ódio nas redes sociais 305

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO

Empreitada de concepção-construção no direito dos contratos públicos: função e pressupostos da definição colaborativa de obras públicas 327

PARECERES

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

Modificabilidade da providência cautelar e/ou do objeto sobre que incide 383

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

TERESA DE MELO RIBEIRO

A fiscalização preventiva da constitucionalidade da Lei da Eutanásia 399

DOCUMENTOS

CARLOS SARDINHA

Alguns aspetos do estatuto jurídico das comunidades muçulmana e judaica

no Portugal medieval 411

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de publicação 425

DOCTRINA

*Escusa ou objeção de consciência**

JORGE MIRANDA

I

1. Ao longo dos tempos, em qualquer sociedade, perante leis, decisões ou outros atos do poder desrespeitadores ou constrangedores das convicções morais, religiosas, filosóficas dos seus destinatários manifesta-se a insatisfação deles e, não raro, a escusa ou a recusa de cumprimento de deveres que, por essa via, lhes sejam impostos.

Conhecem-se os grandes exemplos históricos paradigmáticos:

- Antígona (*Da Ética a Nicómaco*, na tragédia de Sófocles), desobedecendo ao rei Creonte, em nome das leis dos deuses, para poder enterrar o corpo do irmão insubmisso;
- A doutrina da lei injusta, do Cristianismo (com expressão na *Cidade de Deus* de Santo Agostinho e na *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino);
- no século XIX, Henry Thoreau e Tolstói;
- no século XX, a desobediência civil propugnada por Gandhi.

2. O constitucionalismo moderno, numa primeira fase, desconheceria, no entanto, a escusa ou objeção de consciência, por, na sua perspectiva racionalista, entender que bastaria o sistema de direitos e liberdades fundamentais na sua amplitude sistemática.

Pelo contrário, consagraria o direito de resistência, com sucedeu em Portugal, com a Constituição de 1838 (artigo 25.º). E já no século XX ele apareceria

* Nótulas, reformuladas para a presente publicação, destinadas a uma videoconferência, proferida em 19 de março de 2021 na Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás.

nas Constituições de 1911 (artigo 3.º, n.º 37), de 1933 (artigo 8.º, n.º 19) e de 1976 (artigo 21.º).

3. A objeção de consciência apareceria, primeiro, em resposta ao serviço militar obrigatório, mas viria depois a ser invocada como escusa de:

- transfusão de sangue (Testemunhas de Jeová);
- trabalho aos sábados (Adventistas do Sétimo Dia);
- pagamento de impostos ou taxas criados para certos fins;
- juramento;
- aborto, eutanásia, gestação de substituição, quando legais;
- vacinação;
- serviço de jurado;
- serviço policial com armas.

Encontram-se outras situações não elencáveis *a priori*.

4. Seria nas últimas décadas que a objeção de consciência apareceria:

- explicitamente na Constituição alemã de 1949 (artigo 4.º, n.º 5), na espanhola de 1978 (artigo 36.º), na colombiana de 1981 (artigo 18.º);
- explicitamente na Constituição portuguesa de 1976 (artigo 41.º, n.º 6), na brasileira, de 1988 (artigo 5-VII), na cabo-verdiana, de 1992 (artigo 49.º, n.º 5), na angolana, de 2010 (artigo 43.º, n.º 3);
- implicitamente, na Constituição irlandesa de 1937 (artigo 44.º, n.º 3) e na russa de 1993 (artigo 28.º).

Mesmo nos restantes e muitos mais Estados, quando de democracia representativa e liberal, ela tem sido ou pode ter sido depreendida ou deduzida dos grandes princípios constitucionais.

5. Em Direito internacional, o único texto relevante é a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2011 (artigo 10.º, n.º 2).

II

1. Na Assembleia Constituinte de 1975-1976, a objeção de consciência constava do projeto de Constituição do Partido Popular Democrático e o res-

petivo preceito – atinente apenas à objeção de consciência em face do serviço militar – viria a ser aprovado sem dificuldade (artigo 41.º, n.º 5)¹.

Na primeira revisão constitucional, de 1982, passaria a ter outra amplitude, como uma cláusula aberta² “nos termos da lei (artigo 41.º, n.º 6)³.

Obviamente, como sucede quanto a todos os direitos, a lei regulamentadora não pode afetar o conteúdo essencial do direito; ele vincula diretamente as entidades públicas e privadas (artigo 18.º)⁴.

2. Parte integrante da liberdade de consciência, religião e culto, tão pouco pode a objeção de consciência ser suspensa em estado de sítio e em estado de emergência (artigo 19.º, n.º 6).

3. A Lei de Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de junho) procura desenvolver o sentido do instituto, prescrevendo:

“O direito de objeção de consciência compreende o direito de objetar ao cumprimento de leis que contrariem os direitos impreteríveis da própria consciência, dentro dos limites dos direitos e deveres impostos pela Constituição e nos termos da lei que eventualmente regular o exercício da objeção de consciência (artigo 12.º, n.º 1).

“Consideram-se impreteríveis aqueles ditames de consciência cuja violação implica uma ofensa grave à integridade moral que torne inexigível outro comportamento (artigo 12.º, n.º 2)”.

Mas só se refere ao serviço militar (artigo 12.º, n.º 3)⁵, ao regime do horário de trabalho (artigo 14.º) e à intervenção como jurado (artigo 18.º).

¹ V. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.ºs 41, 43 e 131, sessões de 2 e 9 de setembro de 1975 e de 1 de abril de 1976, págs. 1144 e segs., 1212 e 4372

² V. *Diário da Assembleia da República*, 2.ª Legislatura, 2.ª Sessão Legislativa, 2.ª série, suplemento ao n.º 10, pág. 176(33), e 2.º suplemento ao n.º 80, págs. 1508(35) e segs.; e 1.ª série, n.º 103, de 16 de junho de 1982, págs. 4242 e segs..

No projeto de Constituição por nós publicado em 1975 (em Braga), éramos mais precisos: “a ninguém pode ser imposto ou impedido o cumprimento de deveres de consciência em matéria de religião ou de convicções (artigo 32.º, n.º 3).

³ Quer dizer: deixando-se a lei prever outras situações, além do serviço militar.

⁴ V. JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais*, 3.ª ed., Coimbra, 2021, págs. 363 e segs., e Autores citados.

⁵ V. também a Lei n.º 7/92, de 12 de março, alterada pela Lei n.º 138/99, de 28 de agosto.

III

1. Precisando um pouco melhor o conceito.

a) Em sentido amplo: objeto ou escusa de consciência consiste na recusa de cumprimento de uma *prescrição* (constante de lei, ato da Administração ou de algum poder privado ou decisão de um tribunal) por razões de consciência.

Em sentido restrito: recusa de cumprimento de um *dever* por razões de consciência.

b) A prescrição no sentido amplo abrange quaisquer razões.

O dever no sentido restrito só abrange razões morais, religiosas ou filosóficas da pessoa individualmente considerada, como expressão da sua identidade, enquanto integrada na sociedade política ou num grupo.

c) A objeção de consciência é garantia da liberdade de consciência frente ao poder político ou, eventualmente, frente a uma entidade privada, como uma associação.

2. A escusa de consciência envolve ou pode implicar prestação alternativa (como se diz na Constituição brasileira).

Por exemplo:

- quem não aceita transfusão de sangue pode escusar-se a fazer um tratamento, que ofenda as suas convicções, mas não pode escusar-se a todo e qualquer tratamento;
- o médico que não aceita intervir num aborto pode escusar-se a intervir em gestação de substituição, mas não a prestar serviço durante um período mais prolongado;
- quem não aceita serviço militar pode escusar-se a serviço policial, mas não a serviço cívico (artigo 276.º, n.º 4 das Constituição portuguesa) ou a serviço de bombeiro;
- quem se escusa a prestar serviço como jurado, não pode escusar-se a prestar qualquer tipo de serviço cívico.

3. Fundamento da objeção de consciência: a dignidade da pessoa humana: artigo 1.º da Constituição portuguesa, à luz do artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que fala na *razão* e na *consciência* de que todos os seres humanos são dotados.

Se a dignidade da pessoa humana é fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, em alguns direitos, como neste, sente-se mais perto o seu impacto⁶.

IV

1. Figuras próximas ou afins:

– a *desobediência*, simples não obediência a leis, ordens, instruções ou a decisões dos tribunais;

Cessa o dever de obediência dos funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas, sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime (artigo 271.º, n.º 3 da Constituição portuguesa)

– o direito de resistência (artigo 21.º), como o de resistir a uma força pública, quando esta não tenha autoridade para praticar certos atos ou esteja desrespeitando a Constituição ou a Lei.

2. Referência ao *direito à greve* (artigo 57.º da Constituição portuguesa e artigo 9.º da Constituição brasileira).

É um direito de defesa e também de promoção de direitos e interesses coletivos dos trabalhadores em conflito com as entidades patronais e consistente na paralisação do trabalho.

Aproxima-se do direito de resistência, mas distingue-se por ser um direito coletivo e de certa categoria de cidadãos.

V

1. O confronto entre a objeção de consciência e o direito de resistência afigura-se crucial:

a) Objeção de consciência: só garante *alguns direitos fundamentais*.

Direito de resistência: garante *quaisquer direitos fundamentais*, inclusive direitos sociais (*v.g.* direito ao trabalho em condições de dignidade ou de salubridade).

⁶ Cfr. *Direitos fundamentais*, págs. 232 e segs. e Autores citados.

- b) Objeção de consciência: essencialmente, com dimensão *subjetiva*, a crença ou o valor individualmente assumido.
Direito de resistência: garantia *objetiva da constitucionalidade* e da legalidade.
- c) Objeção de consciência: implica um *conceito de deveres*.
Direito de resistência: liga-se, antes de mais, a direitos, embora também implique deveres.
- d) Objeção de consciência: reação a norma ou a decisão, em princípio, *legítima*, conforme com a Constituição ou a lei.
Direito de resistência: reação a norma, a ordem ou a decisão ilegítima, inconstitucional ou ilegal (ou contrária ao Direito internacional).
- e) Objeção de consciência: serve apenas a certos cidadãos ou aos cidadãos que professem certa crença.
Direito de resistência: ao serviço, em princípio, de todos os cidadãos.
- f) Na objeção de consciência, o dever é um dever pessoal, um dever perante a própria consciência.
No direito de resistência, se há dever de resistir ele é já um dever jurídico, embora um dever cívico, da mesma natureza do dever de sufrágio (artigo 49.º, n.º 2, 2.ª parte) ou do dever de defesa do meio ambiente (artigo 66.º, n.º 1).
- g) Na objeção de consciência, o poder cuja determinação se não acate aparece, quase sempre, como poder público. Mas também pode ser um poder de uma empresa, afetando direitos dos trabalhadores, ou até de outra entidade privada.

2. Os titulares de cargos políticos não podem deixar de praticar os atos devidos no exercício das suas funções e enquanto neles investidos. Não é somente o juiz que não pode abster-se de julgar com fundamento em razões de consciência (se bem que possa, ao arripio do artigo 8.º, n.º 1, do Código Civil, desaplicar uma lei por injusta, à luz dos valores objetivos do Estado de Direito democrático). É também o Presidente da República que não pode, por idênticas razões, deixar de promulgar uma lei, esgotados os meios contemplados nos artigos 136.º e 278.º e 279.º

No entanto, porque continuam cidadãos e portadores de direitos fundamentais, podem sempre, caso o entendam, renunciar aos cargos e, assim, recupear a sua liberdade, ficando para quem os substitua a prática dos atos contra os quais se tenha insurgido a sua consciência. O que está excluída é a hipótese de suspensão, pelo menos em relação ao Presidente da República.

Diferentemente, na relação entre Deputados e grupos parlamentares (ou partidos) a objeção de consciência contra a disciplina de voto torna-se admissí-

vel e exigível por força do princípio do mandato representativo (artigos 151.º, n.º 2 e 155.º, n.º 1) e da irresponsabilidade por votos e opiniões no exercício do mandato (artigo 157.º, n.º 1).

3. Situação completamente distinta é a das incompatibilidades para o exercício de funções dos titulares de cargos políticos (artigo 117.º, n.º 2 da Constituição portuguesa, artigo 54.º da Constituição brasileira).

VI

1. Na doutrina, a título ilustrativo:

- Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 5.ª ed., Londres, 1987, págs. 186 e segs. (em capítulo sobre a desobediência civil); trad. *Levando os direitos a sério*, Brasília, 2014, págs. 315 e segs.;
- Paulo Otero, *O direito fundamental a não participar num ato injusto*, in *João Paulo II e o Direito*, obra coletiva, Cascais, 2003, págs. 129 e segs.;
- Miguel Galvão Teles, *Liberdade de consciência e liberdade contra legem*, in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos – Homenagem da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, obra coletiva, Coimbra, 2007, págs. 92 e segs.;
- Ernst-Wolfgang Böckenförde, *The Fundamental Right of Freedom of Conscience, in Law and Democracy – Selected Writings*, Oxford, 2020, págs. 168 e segs.

2. Assim como:

- António Damasceno Correia, *O direito à objeção de consciência*, Lisboa, 1993;
- Jorge Bacelar Gouveia, *Objecção de consciência (Direito fundamental)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, 1994, págs. 165 e segs.;
- Jónatas Machado, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra, 1996, pág. 195.

3. Também:

- José Lamego, *“Sociedade aberta” e liberdade de consciência*, Lisboa, 1985;
- Augusto Silva Dias, *Relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra, 1986;
- Guillermo Escobar Roca, *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Madrid, 1993;
- Giovanni di Cosimo, *Coscienza e Costituzione*, Milão, 2000;

- Raquel Tavares dos Reis, *Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho de trabalhadores de tendência*, Coimbra, 2004.

4. Ainda:

- João Cabral, *Da atribuição do estatuto de objector de consciência*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 40, 1989, págs. 103 e segs.;
- Eduardo Maia Gonçalves, *Objeção de consciência*, *ibidem*, n.º 45, 1992, págs. 161 e segs.;
- António Menezes Cordeiro, *Contrato de trabalho e objecção de consciência*, in *Estudos em honra do Prof. Doutor Raúl Ventura*, obra coletiva, II, Coimbra, 2003, págs. 673 e segs.;
- Francisco Pereira Coutinho, *Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência*, in *Themis*, 11, 2005, págs. 245 e segs.

5. Em anotações à Constituição em Portugal:

- J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, pág. 610;
- Jorge Miranda e Pedro Garcia Marques, anotação in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Lisboa, 2017, págs. 606-607;
- Jorge Miranda e José Lobo Moutinho, anotação, *ibidem*, págs. 335 e segs.

6. No Brasil, além das Constituições Anotadas de José Afonso da Silva e Manuel Gonçalves Ferreira Filho:

- Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil comentada*, São Paulo, 2002, pág. 221;
- Paulo Napoleão Abreu Passos, *Breve comentário à Constituição Federal*, I, Rio de Janeiro, 2002, págs. 78 e segs.

VII

Na jurisprudência, por exemplo:

- Acórdão n.º 681/95, de 5 de dezembro, do Tribunal Constitucional (in *Diário da República*, 2.ª série, de 30 de janeiro de 1996) – sobre serviço militar e serviço cívico;
- Acórdão n.º 544/2014, de 15 de julho, do Tribunal Constitucional (in *Diário da República*, 2.ª série, de 23 de setembro de 2014) – sobre liberdade religiosa e trabalho por turnos.

*Filosofia do Direito, Ideal de Vida e Ferramenta Jurídica**

PAULO FERREIRA DA CUNHA**

“(…) os outros estavam de todo satisfeitos com o pouco que sabiam, embora não soubessem mais do que ele. E as pessoas que se sentem satisfeitas com o que sabem nunca poderão ser filósofos”.

JOSTEIN GAARDER***

SUMÁRIO: I. *Excelência da Filosofia do Direito*. II. *Diversidade das Filosofias do Direito*. III. *Um Problema de Essências*. IV. *O que não parece ser Filosofia do Direito*. V. *Margens da Filosofia do Direito*. VI. *Lições do Direito & Literatura*. VII. *Direito Impuro*. VIII. *Recursos da Filosofia do Direito*. XI. *Final*.

* Agradeço ao Núcleo de História do Direito da Faculdade de Direito de Lisboa o convite para proferir a conferência que esteve na gênese do presente artigo, e a quantos e quantas resolveram passar um fim de tarde com a Filosofia do Direito e comigo. Sendo ela muito melhor companhia do que eu, tentei servir meramente de cicerone. A visita ficou, contudo, pelos jardins. Nem sequer verdadeiramente se chegou ao átrio da casa da Filosofia do Direito. Donde talvez este escrito possa merecer a qualificação (de Gilles Lane) de peri-filosofia. Em torno da Filosofia do Direito. Outro agradecimento que se impõe é ao senhor Prof. Doutor Jorge Miranda, que nos convidou para voltar a escrever nesta prestigiada revista “O Direito”. Bem hajam. Dada a origem do presente texto e o respetivo público estudantil, mantiveram-se algumas marcas de oralidade e informalidade. Este estudo, antes de reunido em livro do autor, será publicado também no Brasil.

** Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (funções suspensas para exercício da magistratura judicial).

*** *O Dia do Curinga*, tradução João Azenha Jr., São Paulo, Companhia das Letras, 1996, p. 203.

I. Excelência da Filosofia do Direito

La Bruyère não seria certamente muito persuasivo hoje no seu elogio da Filosofia *tout court*:

“Bien loin de s’effrayer, ou de rougir même du nom de philosophe, il n’y a personne au monde qui ne dût avoir une forte teinture de philosophie (...): elle convient à tout le monde; la pratique en est utile à tous les âges, à tous les sexes et à toutes les conditions; elle nous console du bonheur d’autrui, des indignes préférences, des mauvais succès, du déclin de nos forces ou de notre beauté; elle nous arme contre la pauvreté, la vieillesse, la maladie et la mort, contre les sots et les mauvais railleurs (...)”¹.

A Filosofia, aí, aparece sobretudo como *consolação*. No caso do nosso elogio da Filosofia do Direito ela se apresentará como *solução*. Por um lado, um ideal e rumo de vida, especialmente, como é óbvio, para os juristas; por outro lado, um *instrumentarium* útil para as profissões jurídicas. Não uma forma de suportar, por exemplo, a injustiça (que deve ser o que mais deve preocupar e repugnar ao jurista), mas de a combater. E como sabemos desde Aristóteles ser a prática das virtudes² (e a Justiça é para muitos a mais alta) a grande via para a felicidade³, não estaremos perante uma segunda escolha, mas a primeira. O nosso Almeida Garrett, logo no início das *Viagens na minha Terra*, o evocou: “A virtude é o galardão de si mesma, disse um philosopho antigo”. É que a virtude já pode ser a própria felicidade...

II. Diversidade das Filosofias do Direito

Há filosofias do Direito que pretendem ser apenas descritivas do modo-de-ser do Direito, feitas com o puro intelecto, e sem qualquer paixão. Não se pode dizer que sejam inócuas axiologicamente nem ideologicamente neutras, mas aparentemente não aspirariam à prescrição normativa, seriam meros espelhos do real.

Por vezes, a sua referência já não é sequer à realidade jurídica, mas a teóricos que sobre ela discorreram (é filosofia de segundo grau, de fontes secundá-

¹ LA BRUYÈRE – *Les Caractères*, XI, 132.

² ARISTOTE (ARISTÓTELES) – *Ethique à Nicomaque*, tr. fr., 6.^a tiragem, Paris, Vrin, 1987. Cf. especialmente o Livro V.

³ Sobre falsas felicidades, por todos, v. SÉNECA – *Da Brevidade da Vida*, II, 4-5.

rias...). Em certos casos, esses autores em que tantos vão beber algumas filosofias jurídicas são clássicos (o que lhes dá um caráter de quase “naturalidade”), mas noutros casos trata-se de autores da moda, apenas⁴. Embora seja sempre útil conhecer os gigantes que nos precedem, os anões não podem simplesmente ficar sobre os seus ombros, sem olhar para mais vastos horizontes. Para isso é que estão aos ombros deles. Há, obviamente, a necessidade de um diálogo de filósofo para filósofo, mas sem que isso tape o sol ou retire os pés do chão da realidade. Como disse alguns Martin Heidegger, “Evidentemente que só entabulamos uma conversa com os filósofos. Por isso é necessário que discutamos com eles ponto por ponto aquilo de que falam (...) Uma coisa é estabelecer e descrever opiniões de filósofos. Outra muito diferente é discutir ponto por ponto com eles aquilo que dizem, isto é, aquilo sobre que falam.”

Mas há também filosofias do Direito ideológicas, militantes, que quase se confundem com políticas do Direito e muitas vezes são apenas extensões mecânicas de filosofias ou ideologias gerais, aplicadas à juridicidade. Recordemos apenas o que disse Merleau-Ponty: “Uma coisa é certa: espalhou-se uma certa mania política entre os filósofos, da qual não resultou nem boa política, nem boa filosofia”⁵.

A nossa perspetiva é a de, partindo de uma posição que filosoficamente é realista (*hoc sensu*), apresentar uma possibilidade moderada (mas afirmativa e prática) e, de algum modo, entre as duas primeiras: filosofia do Direito como ideal, orientadora de uma vida jurídica com ética, dentro do contexto da Arte (*boa e équa*, diziam) fundada pelos Romanos, seguindo o legado clássico, renovado, incluindo as apertações modernas e críticas.

Creemos que essa perspetiva, não separando o *quid ius* do *quid iuris*, pode constituir um *background* muito útil para a sensibilidade à Justiça na prática.

⁴ Muito diferente é, por exemplo, a *démarche* teórica de um GINZBURG, Carlo – entrevista a Jean Marcel Carvalho França (*O Historiador Globalizado*, in “Folha de São Paulo. Mais!”, 1 de setembro de 2002, p. 4): “O impulso de estar a par da última novidade teórica sempre foi estranho para mim. Passei décadas digerindo o alimento teórico que devorara na mocidade.”. Importa, porém, ler toda a entrevista. Porque a grande questão não é limitar-se a um legado, mas não se iludir com modas. Por isso, há que estar atento aos desafios e às novidades, sem ser levado por elas. Cf., *v.g.*, HORTELANO, António – *Moral Responsável*, trad. port. de Manuel Alves da Silva, S.J., Lisboa, Edições Paulistas, 1970, pp. 268-269:

“(…) impõe-se grande ponderação para discernir os valores permanentes e os valores transitórios. Sem este discernimento, podemos cair facilmente ou numa atitude rígida, que nos torna incapazes de estudar os sinais dos tempos, ou numa atitude relativista, que nos impede de descobrir os autênticos imperativos absolutos, como o sentido de Deus, o amor do próximo e o sentido da justiça social”.

⁵ MERLEAU-PONTY, Maurice in « Signes », 1961, *apud* SARTRE, Jean-Paul *et al.* – *Les dieux dans la cuisine*, Paris, Aubier, 1978, trad. port. de José Manuel Garcia, *Os Deuses na Cozinha*, Lisboa, Arcádia, 1980, p. 16.

Um jurista prático não será o mesmo se for formado (e interiorizar essa formação) numa Filosofia do Direito comprometida com a Justiça. Uma Filosofia do Direito indiferente à Justiça, ou minimizando-a no contexto dos problemas jurisprudenciais, merecerá esse nome? Depende de quão sejamos abrangentes e benévolos nas classificações. Justiça ou não Justiça como questão – É esse o problema. E a Justiça, valha a verdade, não é o “bicho-de-sete-cabeças” que alguns pensam que seja. Não é sempre simples, mas os agentes práticos do Direito têm de todos os dias fazê-la ou lutar por ela. Sem ou com Filosofia do Direito. Melhor se com ela.

III. Um Problema de Essências

No Brasil, há uma expressão muito interessante para designar as matérias acadêmicas que são meros objetos de decoração, sem real interesse, sem consequências práticas: dizem-nas *perfumaria*. A Filosofia do Direito estaria de entre esses perfumes.

Contudo, como sabemos, tal como os pobres do Evangelho, matérias práticas e, além disso, muito entediadas (*áridas e esqueléticas*, como dizia um processualista italiano), sempre as teremos entre nós. Ora é preciso dar uma outra fragrância ao Direito. Envolvê-lo não de mistério, mas de uma *outra aura*. Porque, na verdade, os perfumes *são essências*. Ou emanam delas. E realmente a Filosofia, no Direito como noutras áreas, busca o essencial. Esse que, segundo o *Príncipezinho* de St. Exupéry, *é invisível para os olhos*.

Esmagados pela febre tecnocrática, que nos assedia por todos os flancos, em Portugal estamos já habituados ou ao esquecimento puro e simples da Filosofia do Direito, ou até a uma denodada (embora insólita) luta contra ela. Tentativas de a erradicar dos *curricula* (a ela e a áreas afins), frequentemente eivadas das melhores intenções, para bem da alegada preparação “técnica” dos estudantes, reencarnam nestes e naqueles, nestas e naquelas.

Contudo, sempre que se apela ao veredito dos estudantes e dos números, a Filosofia do Direito tem uma popularidade muito razoável. Há países em que proliferam os seus estudos. Matérias anexas e conexas ganham corpo em muitas cadeiras, da hermenêutica à lógica, da história à sociologia, da antropologia ao comparatismo jurídico, da retórica à metodologia, etc.. É verdade que, por vezes, professores mais *esotéricos*, pelo mundo fora, são dificilmente compreensíveis, e isso nem a inflação das notas (quando as cadeiras são optativas) consegue convencer os estudantes. Nos corredores e bares das faculdades (quando eram frequentados assiduamente e em massa, antes das restrições pandémicas) por vezes apresenta-se a disciplina, em conversas informais, não

só como uma inutilidade, como uma confusão, uma penosa barreira à conclusão do curso.

É verdade que há matérias que correm como Filosofia do Direito que são muito indigestas, muito impenetráveis, e pouco úteis, pelo menos imediatamente. Contudo, sempre seriam uma ginástica para manter o cérebro ágil. Antes de ele se aplicar em matérias mais interessantes e com consequências mais imediatas.

Claro que o problema sempre pode voltar, sobretudo da parte dos puristas: o que é a Filosofia do Direito? E, no limite, o que é o Direito (essa a primeira grande questão da Filosofia do Direito)? Francisco Puy, catedrático jubilado de Filosofia do Direito de Santiago de Compostela, cortou o nó górdio dizendo que não lhe interessava saber o que a Filosofia do Direito seria (defini-la⁶), mas fazê-la. Praticá-la. Não é, porém, o mesmo que dizer, como fez Viener, que a Economia é *aquilo que os Economistas fazem*.

Os filósofos do Direito, realmente, fazem coisas muito diferentes...

Podemos assumir uma perspectiva epistemologicamente mais aberta, mais sociológica, ou mais rigorosa, neste aspeto. Se seguirmos a lição de Viener para a Economia, temos de virtualmente aceitar tudo o que se faça em nome da Filosofia do Direito, debaixo desse guarda chuva ou chapéu de chuva. Ou então, então... entramos numa perspectiva mais complicada, de (de)marcação de terreno, que, na verdade, pode ser a posição mais científica e filosoficamente esclarecida e rigorosa, mas nos leva a perder imenso tempo e empreender homéricas guerras. Como se vai dizer ao professor x ou y que ele não está, na verdade, a fazer filosofia do direito, mas outra coisa, sob esse rótulo? E com que autoridade lho diríamos? A solução de fazer Filosofia do Direito, sem pensar muito no que seja, e não se embrenhar por essas discussões é, antes de mais, de uma grande higiene mental e poupança de tempo – bem cada vez mais escasso.

IV. O que não parece ser Filosofia do Direito

Mesmo assim, em termos gerais, não se deixarão de enviar, como de farol ao longe, alguns “avisos à navegação”.

Confundir reflexões em cima do joelho, em cima da hora e do acontecimento, vagamente sobre justiça e injustiça (ou poder e ordem, etc.), vistas de

⁶ Sobre os problemas definitórios do direito, desde logo, v. VILLEY, Michel – [Précis de] *Philosophie du Droit*, I, 3.^a ed., Paris, Dalloz, 1982 ; SCHOUPPE, Jean-Pierre – *La concepción realista del Derecho*, in “Persona y Derecho”, n.º 11, 1984, p. 555.

forma subjetiva e pouco racional, pode ser jornalismo de opinião, mas não será filosofia do direito.

Confundir Filosofia do Direito com questões metodológicas ou teórico-metodológicas são “passos em volta”, são, como diria Gilles Lane, *peri-filosofia*⁷.

Confundir Filosofia do Direito com simples historiografia das ideias jurídicas é enriquecedor, mas ainda muito pouco para se fazer vera filosofia. Aliás, já Leonardo Coimbra criticava a tendência nacional de confundir Filosofia em geral com História da Filosofia⁸.

Confundir Filosofia do Direito com posições claramente conotadas (ou simplesmente conotáveis) ideologicamente é totalmente descredibilizar a área, que passa para o terreno, na melhor das hipóteses, da Filosofia Política, quando não da Política *tout court*.

Confundir Filosofia do Direito com simples especulação sobre um instituto jurídico ou vários, com uso da “simples razão natural” e sem diálogos enriquecedores, nomeadamente no âmbito jusfilosófico, pode ser muito interessante, ou puro diletantismo. Mas fica desgarrado de um sistema, é pontual e meramente ilustrativo.

Pedagógico-Didaticamente, e no plano da deontologia académica, cremos que (embora apertado pela liofilização crescente destas matérias, que, em alguns casos, passam de um ano para um semestre, e de um semestre sozinhas para um semestre partilhado com outras matérias – como a metodologia ou a teoria do direito, ou a própria sociologia do direito) uma disciplina de Filosofia do Direito não pode ignorar o que se vai fazendo com esse nome, e deve, pelo menos, dar um apontamento sobre o que se estuda noutras latitudes do pensamento.

A disciplina não pode passar todo o tempo a debitar a tese de mestrado ou doutoramento do regente da cadeira, ou o seu mais recente artigo em mãos, num exagero de monografismo.

Contudo, não se pode deixar de ter uma linha. E de algum modo explicitar um ponto de vista.

V. Margens da Filosofia do Direito

Evidentemente que há elementos não puramente jusfilosóficos que se revelam importantes para a compreensão da Filosofia do Direito.

⁷ LANE, Gilles – *À quoi bon la Philosophie*, 3.^a ed., Quebeque, Bellarmin, 1997.

⁸ COIMBRA, Leonardo – *Obras de ...*, Porto, Lello e Irmão, 1983, 2 vols. Além de outros volumes editados pela Verbo.

Há elementos históricos, culturais, sociológicos, antropológicos, e filosóficos gerais que precisam ser conhecidos.

Permitam-se-nos alguns exemplos, necessariamente lacunosos. Falando só de autores de língua portuguesa.

Compreende-se que Cabral de Moncada⁹ tenha começado por uma didática história do pensamento filosófico-jurídico, para só depois ir à doutrina. A qual, porém, não deixa de ter elementos ideológicos, como facilmente se apreenderá.

Compreende-se que Soares Martinez¹⁰ tenha desenvolvido uma espécie de culturalismo jurídico na sua Filosofia do Direito.

Compreende-se que António José de Brito¹¹ tenha buscado as essências – nomeadamente o *insuperável* – para fundamentar a sua Filosofia Jurídica.

Compreende-se que António Braz Teixeira¹² tenha iniciado a sua obra sobre o tema com questões basilares, como a noção de aporia, ou o problema dos géneros literários em filosofia geral.

Entende-se muito bem que Miguel Reale¹³ tenha antecedido a sua Filosofia do Direito (pelo menos em algumas edições) de uma espécie de epítome da Filosofia Geral. Pressupondo que muitos não estudaram filosofia antes, ou o que estudaram foi pouco, deficiente, ou esquecido.

No nosso caso pessoal não fugimos a estes hibridismos, pois dividimos a nossa reflexão até em vários livros. Falando só dos mais recentes e importantes:

A parte historiográfica, com as teorias dos filósofos e as correntes, desenvolvemo-la no volume *Filosofia do Direito e do Estado*¹⁴.

A parte doutrinal, teórica, está hoje na 3.^a edição, reimpressa, da *Filosofia do Direito*¹⁵.

Até ao momento, curamos fundamentalmente apenas de duas Filosofias jurídicas especiais: a constitucional e a penal. O que, pela sua própria natureza, tem de ser feito em diálogo com o Direito positivo.

⁹ MONCADA, Cabral de – *Filosofia do Direito e do Estado*, 2 vols., Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 2.^a ed., 1953, vol. II, 1966; nova ed. em um único volume, *ibidem*, 1995.

¹⁰ MARTINEZ, Soares – *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 1991.

¹¹ BRITO, António José de – *Introdução à Filosofia do Direito*, Porto, Rés, 1993.

¹² TEIXEIRA, António Braz – *Sentido e Valor do Direito. Introdução à Filosofia Jurídica*, 3.^a ed., Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006 (1.^a ed., 1990).

¹³ REALE, Miguel – *Filosofia do Direito*, 20.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

¹⁴ *Filosofia do Direito e do Estado. História & Teorias*, Coimbra, Almedina, 2020.

¹⁵ *Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, 3.^a edição revista atualizada e aprofundada, Coimbra, Almedina, 2019, reimpressão.

Assim, a primeira está fundamentalmente em *Vontade de Justiça. Direito Constitucional Fundamentado*¹⁶.

E a segunda em *Crimes e Penas. Filosofia Penal*¹⁷.

Mas qualquer deles tem que fazer uso de fundamentos, exemplos, temas, dados que não são rigorosamente filosófico-jurídicos.

Filosofia do Direito e do Estado tem algo de Filosofia Política.

Filosofia do Direito, além de aspetos históricos, míticos, sociológicos, engloba teoria geral do direito e metodologia.

Vontade de Justiça naturalmente implica, desde logo, *Direito Constitucional* positivo.

O problema não está, pois, em encontrar uma Filosofia do Direito bacteriológicamente pura. Mas em ter uma intenção e um enfoque verdadeiramente filosófico-jurídico. Isso nos leva a uma questão interessante, e preliminar, que é a da filosofia do direito explícita e implícita.

VI. Lições do Direito & Literatura

Uma abordagem que tem tido justamente grande êxito na Filosofia do Direito, ao ponto de passar como disciplina autónoma já (com o lucro de se ter livrado dos preconceitos anti metafísicos e antifilosóficos), é o *Law and Literature*, que deveríamos traduzir para português, Direito e Literatura.

Cada pessoa terá os seus livros preferidos, pelo menos dentro de diversas temáticas, géneros, problemas.

Assim de cor, concebo perfeitamente um curso de Filosofia do Direito literária, ou de Direito e Literatura com livros como: *Antígona*, a de Sófocles e a de Jean Anouilh, *Crime e Castigo*, de Dostoievski, *O Processo* de Kafka, *A Queda*, *Calígula* e *Os Justos* (e já agora, *A Peste*, tão atual), de Camus, as *Mãos Sujas*, de Sartre, o *Animal Farm* (*Triunfo dos Porcos*, *Quinta dos Animais*), de Orwell, *A Curva da Estrada* e *A Missão* de Ferreira de Castro, etc. É uma escolha pessoal, embora a *Antígona* de Sófocles seja provavelmente dos livros mais consensuais de Filosofia do Direito.

E aí é que está o ponto. Ninguém duvidará que, pelo menos a clássica *Antígona*, levanta problemas filosófico-jurídicos. Pessoalmente achamos que todos estes livros os colocam. Mas um rigorista mais ou menos agelasta poderia decerto problematizar a consistência dessa classificação, e desde logo esbarraria

¹⁶ *Vontade de Justiça. Direito Constitucional Fundamentado*, Coimbra, Almedina, 2020, Prefácio de Luiz Edson Fachin.

¹⁷ *Crimes & Penas. Filosofia Penal*, Coimbra, Almedina, 2020, Prefácio de Cândido da Agra.

na forma. Para ele, como é que o gênero literário poderia conter filosofia e direito? Esquecendo, obviamente, os próprios diálogos platônicos... Para alguns, na verdade, a Filosofia (e quiçá ainda mais a do Direito) só caberia em tratados, sumas, e afins, ou, com alguma condescendência, ensaios e compêndios.

Creemos firmemente que a filosofia, como o espírito, *sopra onde quer*, e que não há gênero nem suporte que lhe seja privilegiado. Durante algum tempo, disse-se que obras literárias como estas seriam filosofia jurídica implícita, por contraposição à explícita dos tais tratados e livros mais expositivos e sem a animação ficcional ou a estilização poética.

Porém, a partir do momento em que se admitiu (verdadeiramente se olhou para a realidade dos próprios clássicos da filosofia, desde, pelo menos, o Poema de Parmênides, cujo título já tudo diz sobre o assunto) que a própria filosofia se pode encarnar em diversas formas literárias, a referida distinção não faz sentido. A filosofia jurídica acaba por ser a preocupação discursiva ou dramática ou simbólica, sobre a justiça no Direito. O que é certo e o que é errado fazer, ou o que proscrever, e o que e como punir, etc. A reflexão humana sobre o justo e o injusto, é evidentemente dirigida para o justo jurídico, mas não podendo recuar perante o justo geral. O que implica questões de cultura e cidadania, e de justiça social¹⁸.

VII. Direito Impuro

Pois bem. As *interfaces*, os diálogos, do Direito com potencialmente todas as realidades e *epistemai* ou ciências proliferam. Se os juristas mais epistemologicamente confinados continuam numa defesa de Numância, a condenar a própria mais clássica filosofia do Direito de índole historiográfica e conceitual, à sua volta, rodeando o castelo da Bela Adormecida da velha doutrina (esta metáfora é amiga dos juristas: vários a usaram em obras muito relevantes, e não podemos deixar de ceder à tentação), mil flores floriram e continuam a desabrochar – Direito e Literatura, Direito e Cinema, Direito e Arte, Direito e Ciência e Técnica, Direito e Informática, Direito e Economia (e análise econômica do direito), etc. Não se pode dizer que sejam todas inócuas. Por exemplo, podemos eventualmente encontrar críticas de esteticismo nas áreas mais literárias e artísticas, de tecnocracia nas mais científico-tecnológicas, e de economicismo, com dimensão ideológica, na análise econômica do Direito. A impureza do

¹⁸ Assuntos que serão alvo de coleção de reflexões nossas em breve.

direito, num simétrico do que pretendia Hans Kelsen¹⁹, naturalmente resulta desta pós-disciplinaridade, já elevada a novo paradigma por Gonçal Mayos, da Universidade de Barcelona²⁰.

Mas se também a oferta disciplinar pode, nesta pluralização, trivializar uma certa *carnavalização* do produto (para usar o termo de Bachtine²¹), certo é que tudo vai do seu uso folclórico ou rigoroso. Será muito interessante para alguns estudantes (e professores) de direito abandonar os códigos e ver filmes, ler livros de ficção e poesia, etc. E à mistura com umas teorias culturalistas e mais ou menos radicais (com óbvio pendor ideológico – mais agressivo e sectário que os agressivos e mais sectários até hoje conhecidos) viver numa bolha de contestação ao Direito vigente desde sempre, eximindo-se até de qualquer proposta concreta de *iure constituendo*. Direito marginal, alternativo, achado na rua, os nomes são vários, e em todos eles vemos importantíssimos contributos. Deixar o direito nas mãos de um só deles, ou identificar a filosofia do direito com qualquer deles, seria uma catástrofe. Luis Alberto Warat, um grande filósofo do direito argentino que se exilou no Brasil, em prefácio a uma obra de Luiz Fernando Coelho, chamou a atenção para esse álbi para os que não sabem direito o qual consiste em um posicionamento simplesmente de pseudo crítica²².

VIII. Recursos da Filosofia do Direito

Por isso sempre insisti que, como diria o autor do *Anti-Dühring*, “a prova do bolo é comê-lo” e a prova de se ser jurista (mesmo filósofo) é exercer na prática. Qualquer uma. Foi para mim uma *experiência mística* a prática da Advocacia, aos vinte e tal anos, como é hoje um “sétimo céu” a prática da Magistratura, a contribuição para a feitura da Jurisprudência, aos sessenta e pouco. Quarenta anos de permeio refleti, ensinei, pesquisei. Mas sempre com o horizonte da prática e não da pura especulação. É esse o teste da Filosofia do Direito: é

¹⁹ KELSEN, Hans – *Reine Rechtslehre*, trad. port. de João Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*, 4.^a ed., Coimbra, Arménio Amado, 1976.

²⁰ MOYANO, Y./COELHO, S./MAYOS, G. (eds.) – *Postdisciplinariedad y desarrollo humano. Entre pensamiento y política*, Barcelona, Red ed, 2014.

²¹ BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich – *Fransua Rable i narodnaia kultura srednevekovia i Renessansa*, trad. cast. de Julio Forcat e César Conroy, *La cultura popular en la Edad Media y Renacimiento [el contexto de François Rabelais]*, Barcelona, Barral, 1974. Cf. ainda, v.g., KRISTEVA, Julia – *Séméiotikè. Recherches pour une sémanalyse*, Paris, Seuil, 1978.

²² WARAT, Luis Alberto – *Una Presentación, un Testimonio*, in *Teoría Crítica del Derecho*, de Luiz Fernando Coelho, 4.^a ed., 1.^a reimp., Curitiba, Juruá, 2013.

profissão ou é vocação? É seiva inspiradora de uma prática, ou queda-se pelo céu dos conceitos?

Os que criticam os filósofos do Direito são, normalmente, incapazes de filosofar, quer dizer, não levantam voo frente às amarras que os prendem à realidade. Por isso, normalmente se comprazem em ironizar sobre aquele filósofo pré-socrático que caiu a um poço, por não ver por onde andava. Ora, Tales de Mileto caiu, parece. Mas foi capaz de prever um eclipse, com resultados agrícolas muito importantes. Também se alega que os filósofos do direito não conseguem defender-se em tribunal sequer, e muito menos advogar ou julgar. Não é obviamente verdade. Já há umas tantas décadas que o mesmo Francisco Puy, de que falamos, recordava altas funções, na política, na universidade, na banca, exercidas por filósofos do Direito, em Espanha. E bem distingue filosofia do Direito de ciência do Direito²³. Em Portugal também ocorre, *mutatis mutandis*. E noutros países.

O que se passa, para os filósofos do Direito (os que se preocupam com questões reais e não se deixam levar por substituições e miragens, numa verdadeira fuga ao real e ao Direito), é que eles estão dotados de uma dupla arma secreta que lhes permite enfrentar, por um lado, tão bem como os melhores dos práticos os desafios da prática, e, por outro, ainda melhor que eles.

Os labores que há pouco dizíamos de ginástica mental, estão aptos a treinar para as tecnicidades (no plano do pensamento) da prática jurídica. Até mais além, porque se espera que nenhum jurista deixe de dominar ao menos um pouco a técnica ou dogmática.

Mas há mais, mais além. O filósofo do Direito que não seja um mais ou menos subtil ideólogo político, um especulativo abstrato cético e teorista, um escapista do próprio Direito, esse tem ainda uma arma secreta de dois gumes (como o machado de Xangô, orixá da Justiça – usemos também outras mitologias...).

Por um lado, ele está animado de uma preocupação diretora da sua ação, de toda a sua ação: a descoberta da Justiça, mas não apenas uma descoberta teórica; a exigência de tornar a Justiça prática. Os sobretudo práticos Romanos legaram-nos fundamentais e sucintas ideias filosóficas nesse monumento que é o *Corpus Iuris Civilis*, e especificamente o Digesto de Justiniano. Quando dizem que a Justiça é *a constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu*, remetem para essa incessante busca de tornar a Justiça efetiva, pelo *direito justo*. A Justiça como ideal, de que está animado o filósofo do Direito (ou o amigo da Filosofia do Direito: se nem todos seremos filósofos, todos podemos ser

²³ PUY, Francisco – *Filosofia del Derecho y Ciencia del Derecho*, in “Boletim da Faculdade de Direito”, Universidade de Coimbra, vol. XLVIII, 1972, pp. 145-171.

amigos da Filosofia do Direito), confere-lhe um *élan* vital ou uma superioridade moral (duas expressões pouco na moda), enfim, uma *constante e perpétua vontade* assente numa *reta intenção* (ninguém diz que tenham a verdade no bolso, mas não renunciam a lutar por Verdade e por Justiça – que eram o mesmo hieróglifo, a Íbis com uma pena no bico, no Antigo Egito).

A Filosofia do Direito como ideal significa ter a Justiça, que é o seu grande objeto, como desígnio. O Filósofo do Direito não é aquele jurista burocrata, acomodado, afundado nos arestos e artigos, nos carimbos e nas papeladas, mesmo informatizadas, que se conformou ao “*são ordres!*”. O jurista não pode ser um amanuense da rotina, um soldado raso do poder, um verbo de aluguer, uma consciência à venda. Olhando os grandes nomes da história da filosofia do Direito, com alguns mártires, como Ulpiano, Cícero, Tomás Moro, o filósofo do direito também jurista prático, tem consciência das suas responsabilidades e é impulsionado por um ideal. Enquanto o jurista argentarista só anda movido ao cheiro do numerário, o cavaleiro andante da Justiça (sem ademanes e sem romantismos excessivos) tem uma força vital maior – que é a sua fé e esperança na Justiça.

Essa fé e esperança são ideal, mas são já a base da ferramenta concreta, prática, do seu labor. É que, desde logo, o hábito de problematizar, de questionar, de desconfiar, e de tentar desconstruir e reconstruir, são essenciais para uma boa prática forense. Não se trata de invocar platonicamente, rasgando os vestidos, grandes ignomínias, ou reclamando inocências esfarrapadas, sem dados, sem argumentos certos, sem subsunções adequadas, sem invocações doutrinárias, legais e jurisprudenciais certas. A desmontagem, também retórica, dos argumentos em filosofia é transportável para o foro. A exigência lógica, desde logo, do filósofo do direito não se compadece com túbias, pífiyas ou nebulosas invocações.

Como dizem os Juízes Conselheiros Jubilados Simas Santos e Leal Henriques:

“Mostra a experiência que muitos e muitos recursos têm efectivamente possibilidades de sucesso, mas que soçobram porque a motivação não logrou diagnosticar e enfrentar, com rigor e cuidado, os defeitos de que a decisão padecia.

Acontece até que, frequentemente, o recorrente cai na tentação de suscitar todas as questões, possíveis e imaginárias, mesmo que patentemente de nulo sucesso, camuflando, sem querer, aquelas que poderão ser acolhidas pelo tribunal de recurso (...)”²⁴.

²⁴ SANTOS, Simas/HENRIQUES, Leal – *Recursos Penais*, 9.^a edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2020, p. 110.

Na biblioteca de meu Pai havia um pequeno livro, *A Filosofia como ciência de rigor*, do fenomenólogo Edmundo Husserl²⁵. Está hoje numa das minhas, espalhadas... Mas o que importa é que um dia, um colega meu de Liceu, aliás esperto e vivo, mas, como tanta gente, imbuído do preconceito antifilosófico (também há, por exemplo, preconceito antiteatral²⁶, e tantos...), ao não sei como ver o título, quase desatou a rir. Filosofia e rigor? Como pode ser isso? Para ele, filosofia era uma confusão, um palavrório. Infelizmente, não o voltei a ver. Teria muita curiosidade de saber se se lembraria do elogio da Filosofia que então, nos meus 15 ou 16 anos, lhe fiz, com as poucas luzes que tinha...

Sim, e não é preciso ir para o terreno das filosofias mais analíticas para que a Filosofia seja disciplina de rigor. Aliás, suspeitamos que alguns analíticos desprezam os “continentais” por pouco filosóficos... Obviamente, do mesmo modo que não se confunde médico com charlatão, também não se pode confundir filósofo com vendedor de palavras. Mas cuidado: não usamos de propósito a palavra sofista, porque, por um lado, o movimento sofisticado teve a sua importância, nomeadamente como treino do espírito e como exploração das possibilidades retóricas, e mais ainda, pelo seu anti dogmatismo. O mundo ocidental seria certamente diferente se tivesse triunfado Sócrates e não Platão e Aristóteles.

A Filosofia do Direito implica uma ferramenta na base, prévia de toda a ferramenta que postula, que é o grande ideal de Justiça. Para que tem de estar sempre desperta. Esse ideal encarna em ferramenta. Por um lado, é esse entusiasmo (ser possuído por uma divindade, neste caso, *Themis*, *Dike*, *Iustitia*, ou outra) de não ser um modorrento burocrata nem um stressado argentarista, mas um buscador e aplicador do alto ideal do Justo. Mas é mais. No plano mais concreto, a prática jusfilosófica da conceituação rigorosa, da crítica racional, da sutileza hermenêutica, da lógica argumentativa, etc., é uma arma de longo alcance para os desafios da prática forense, e mesmo outros. É verdade que o direito, por si só, propicia o nascimento, nos seus cultores, de uma *forma mentis* própria, que numa palavra se diria de rigor, a menos que cedam à chicana, ao verbalismo e outras sereias, que não são jurídicas, evidentemente. Mas a Filosofia do Direito, por quem declaramos uma verdadeira paixão (não exclusiva, como se tem visto), contribui para uma *forma mentis* ainda mais subtil e crítica, que é instrumento ou ferramenta essencial para os reptos de qualquer vida profissional no Direito. Ao estudarmos os jusfilósofos antigos, os conceitos jurisfilosóficos, os dilemas deontológicos, as teorias (mas também as práticas) sobre

²⁵ HUSSERL, Edmundo – *A Filosofia com ciência de rigor*, trad. port., Coimbra, Atlântida, 1952.

²⁶ BARISH, Jonas – *The Antitheatrical Prejudice*, Berkeley/Los Angeles/Londres, University of California Press, 1981.

o Justo, treinamo-nos para as complexas questões da prática, que, como se sabe, é sempre muito mais imaginativa que a teoria.

XI. Final

Conta-se que, num país distante, um presidente da república ou primeiro-ministro (não recordamos quem) levava na sua comitiva em viagem de Estado um filósofo do direito. Não deve ser verdade... mas vale como parábola. Alguém do protocolo lhe perguntou afinal como havia de apresentar o douto sábio. E o governante, que parece que era jurista também, e pragmático, terá retorquido: “calma, apresente-o como constitucionalista, que para os políticos os únicos juristas que contam são esses”.

Não sabemos obviamente se esta estória é verdadeira, nem quem seriam os protagonistas, reais ou fictícios. Apenas nos chegaram vagos ecos... Sabemos é que, no nosso caso, na nossa *anterior encarnação* de catedrático de Direito, sempre regendo cadeiras entre a filosofia do direito e do constitucional, não faltavam observadores que nos acantonavam só num lado, ou só no outro. Como se o direito constitucional, o direito penal, e todo o demais Direito não fosse filosofia do direito concretizada. Pelegrino Rossi, que terá sido o segundo constitucionalista a ensinar a matéria no Mundo (o primeiro certamente foi o luso-brasileiro Conselheiro Avellar Brotero, que ensinava precisamente de forma conjunta Filosofia do Direito e Direito Constitucional²⁷), cunhou uma fórmula com muito sucesso e algum tresler. Por ela, a Constituição conteria as *cabeças de capítulo* de todos os ramos de Direito. As famosas *têtes de chapitre*²⁸. Se formos para as metáforas anatómicas, como deveremos considerar a Filosofia do Direito? O Constitucional é hidra de mil cabeças, embora hidra boa. A Filosofia Jurídica não consigo compará-la senão ao sangue, seiva vital, de todo o corpo jurídico. Sangue rubro como é a cor do Direito. Sendo que até na similitude gráfica e de sonoridade se aproximam as doenças do corpo pessoal e do social: à anemia corresponde a anomia.

Sangue do Direito, a Filosofia do Direito percorre-o por inteiro (apenas não nos olhos – e por isso a Justiça é cega: diz-se, num certo simbolismo). Por

²⁷ Cf. BROTERO, Conselheiro José Maria de Avellar – *A Filosofia do Direito Constitucional*, Introdução de José Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2007 e o nosso *Filosofia do Direito e do Estado. História & Teorias*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 479 ss.

²⁸ ROSSI, Pellegrino – *Cours de droit constitutionnel*, Introduction par Julien Boudin. Nova ed., Paris, Droz, 2012. Cf., a propósito, TREVES, Giuseppino – *Em tômo da noção de Direito Administrativo*, “Revista de Direito Administrativo”, vol. 51 (1958), p. 37, n. 6.

isso a reforma de estudos de 1911, embora vendo estas questões do fundamento mais pela perspectiva sociológica, não deixava se colocar antes de cada estudo do direito positivo, uma reflexão transpositiva²⁹. E antes, mesmo precedentemente à criação da cadeira de Direito Natural (que é outra maneira de falar em Filosofia do Direito, e hoje se tem de traduzir, pelo menos em boa parte, por um conceito constitucional, Direitos Humanos), acredita-se que o filosófico impregnaria todas as disciplinas, que a falta de fundos (maleita proverbial da Universidade) primeiro não queria deixar ultrapassar as 11 cadeiras e depois as 13. *O tempora, o mores*. Agora não saberia contá-las.

Deixo um desafio a quem tiver tempo e paciência: o de procurar a Filosofia do Direito nos Acórdãos dos Tribunais Superiores. Daria não uma, mas várias teses de doutoramento. E seria muito útil para a jurisprudência.

²⁹ Cf. CARVALHO, Reinaldo de/CUNHA, Paulo Ferreira da – *História da Faculdade de Direito de Coimbra*, Porto, Rés, 1991, 5 vols., vol. I.

Princípios e processo civil

LUÍS CORREIA DE MENDONÇA*

«Nasceu assim uma nova religião – a religião dos princípios. E tal como na antiguidade, em que a mão invisível dos Deuses tudo explicava e tudo fundamentava, agora são os princípios que tudo desejam erguer»

RÚBEN RAMIÃO, “A Teoria dos Princípios”,
O Direito, ano 146.º, IV, 2014:1030

«Os nossos tribunais estão a enveredar pelo caminho perigoso de resolver as questões de direito ao sabor das *impressões* do caso concreto. O direito perde assim tôda a certeza, as situações jurídicas tôda a segurança»

PAULO CUNHA, “Jurisprudência crítica: Seguro postal contra perda total dos valores seguros – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de fevereiro de 1939”, *O Direito*, ano 71.º: 10,1939: 300

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Criaturas deónticas: regras e princípios*. 3. *Os princípios são normas jurídicas multiuso*. 4. *Critérios de distinção entre regras e princípios*. 5. *O neoconstitucionalismo e a Drittwirkung: novos paradigmas para novos princípios*. 6. *A génese dos princípios jurídicos no processo civil moderno*. 7. *Os princípios na codificação do processo civil português*. 8. *Os princípios internacionais, europeus e constitucionais do processo*. 9. *Cinco razões contra o jusmoralismo «pós-moderno»*: 9.1. *Desaparecimento da factispécie*; 9.2. *Incalculabilidade do direito*; 9.3. *Absolutismo axiológico*; 9.4. *Balança inexistente e espada esquecida*; 9.5. *Activismo judiciário*. 10. *Conclusão*.

* Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa.

1. Introdução

Em 1946, quando estavam a decorrer os trabalhos de revisão do Código Civil de 1867, Adriano Vaz Serra publicou um artigo em que deu conhecimento público de certas ideias relacionadas com estes trabalhos¹.

Aquela revisão foi entregue a uma Comissão presidida pelo próprio Vaz Serra, a qual começou por aprovar o seu regulamento e fixar alguns princípios orientadores da tarefa dos seus vogais.

De entre os pontos versados, discutiu-se no ponto z), quanto à técnica do Código, se «o Código deverá ser tão completo quanto possível ou limitar-se à fixação de regras gerais?»

«Resolveu-se que seja o mais completo possível nas matérias que constituem o núcleo fundamental do direito civil, dada a vantagem da certeza do direito»; «Resolveu-se igualmente que, apesar da plenitude que se pretende, se recorra ao emprego de *cláusulas gerais* capazes de comportar, no desenvolvimento de uma ideia fundamental que permaneça inalterada em si mesma, soluções variáveis conforme os tempos e as circunstâncias. Assim se procurará prover o Código da elasticidade indispensável para poder adaptar-se a necessidades futuras»².

Desenvolvendo razões sobre esta directriz, Vaz Serra começa por elencar duas orientações que, no plano do direito estrangeiro, se podiam detectar quanto à questão da plenitude do Código: a primeira, representada pelo BGB, «consiste em regular minuciosamente as matérias, reduzindo ao mínimo o campo em que a jurisprudência possa ter que criar o direito»; outra, de que são exemplos o *Code Civil* e o Código Civil suíço, «supõe preferível consignar na lei apenas os princípios gerais, as directrizes fundamentais dos institutos, deixando assim, aos tribunais um largo domínio de colaboração com a lei na criação do direito»³.

A comissão, como explica, entendeu que o Código deveria ser tão completo quanto possível. Isso «em homenagem aos benefícios da *certeza* do direito que daí advirão, por grande que seja o respeito merecido pela magistratura, cujo direito não pode ser tão seguro como o da lei». Por outro lado, o Código jamais poderá ser completo. Donde o recurso às *cláusulas gerais*, «dentro de limites convenientes», «canais por onde se pode insuflar sangue novo no corpo das leis», e que, por isso, não podem dispensar-se num Código desejoso daquela

¹ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “A revisão geral do Código Civil, Alguns factos e comentários”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXII (1946): 451.

² *Ibidem*: 469.

³ *Ibidem*: 484.

capacidade de renovação, sem a qual correria o risco de se mostrar, pouco tempo depois de nascer, ressequido e velho”⁴.

Vaz Serra procurou sossegar aqueles que recebiam a inclusão de cláusulas gerais no Código. E com razão o fazia. Ainda se vivia sob a ideia de que a «fuga para as cláusulas gerais» (J.W.Hedemann)⁵, era uma má ideia, uma espécie de «ovo de cuco num sistema jurídico liberal» (Heinrich Lange).

Não podendo esconder esta realidade, o legislador português pouco espaço conferiu às cláusulas gerais.

Na verdade, poucas foram as cláusulas gerais consagradas no Código de 1966, *v.g.* a *boa fé*, a *justa causa*, a figura de *bom pai de família*, de *proprietário prudente*, a noção de *culpa* ou de *ordem pública*, etc.

Naquele mesmo ano, Stefano Rodotà proferiu uma prelecção na abertura do ano académico 1966/1967 na Aula Magna da Universidade de Macerata intitulada: *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*⁶.

O autor interroga-se sobre qual deve ser a técnica adequada para proceder à reforma da legislação civil, se a técnica da *legislação por princípios*, articulada em máximas gerais e elásticas, ou se a técnica da *legislação de conteúdo regulamentar*, estática e assente no rigor da lógica e das regras, mera racionalização dos factos passados.

Rodotà não tem dúvida que a primeira técnica é a melhor: «na actual fase de desenvolvimento objectivo da sociedade, não redutível apenas aos dados do progresso tecnológico, a gama dos comportamentos conjecturáveis aumentou largamente, assim como se acentuou a dinâmica dos comportamentos já observados: de maneira que se torna particularmente difícil prever quer os futuros comportamentos possíveis, quer a permanência daqueles actuais ou previstos. Na presença deste estado das coisas, o recurso à habitual técnica legislativa regulamentar não só se traduz numa disciplina que pode rapidamente entrar em conflito com os dados da realidade social ou manifestar-se a esta inadequado, mas sobretudo pode dar origem a uma disciplina contraditória a respeito da própria finalidade: uma previsão regulamentar não é disciplina de exercício, mas apenas de alguns comportamentos em que aquele exercício se pode concretizar»⁷; «se a legislação civil quer tornar a ser o fio com o qual se tece a trama

⁴ *Ibidem*: 485-487.

⁵ JUSTUS WILHELM HEDEMANN (1878-1963) foi um jurista alemão profundamente envolvido na ascensão do nacional-socialismo, sendo famosa a sua obra, *Die Flucht in die GeneralKlauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat*, Mohr, Tübingen, 1933.

⁶ STEFANO RODOTÀ, “Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile”, *Rivista del Diritto Commerciale e del diritto delle obbligazioni*, Ano LXV (1967).

⁷ *Ibidem*: 91.

dos grandes institutos da sociedade, então só pode consistir numa firme disciplina dos princípios. Se estes princípios não quiserem representar a estafada projecção de tipos copiados da experiência já consumada, como tal inidóneos para reger um imprevisível futuro, então devem exprimir-se em cláusulas gerais⁸.

Em suma: como ainda há pouco o próprio S. Rodotà recordava, tratou-se naquela conferência de chamar a atenção para a técnica que, pela sua flexibilidade, melhor responde «não só às dinâmicas induzidas pelas mutações e inovações contínuas e vertiginosas, mas às exigências de uma sociedade cada vez mais definida pela *incerteza*, pelo *risco*, *líquida*, carecida de um direito homeostático, capaz de a acompanhar tempestivamente na sua imprevisível dinâmica»⁹. Portanto legislar por princípios, sem mais¹⁰.

Decorridos sessenta anos, qual o estado actual das técnicas de política legislativa? A legislação por princípios e por cláusulas gerais não se tem tornado uma tendência imparável e esmagadora, mesmo no âmbito do processo civil? Os profissionais de direito não se confrontam todos os dias com uma principiologia pesada e moralista? Não vivemos rodeados de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, além das clássicas regras, sem que saibamos tantas vezes distinguir com facilidade as categorias com que lidamos? Responderá este tipo de categorias jurídicas às necessidades peculiares do raciocínio jurídico e da sua adaptação às dinâmicas sociais? Não terá o legislador acolhido ideias perigosas e enveredado por uma via incapaz de resistir ao embate dos factos e às necessidades de certeza e segurança jurídicas?

Irei, nos pontos que seguem, debruçar-me sobre algumas destas interrogações, começando por distinguir as regras dos princípios, passando depois a dar atenção à forma como os princípios têm aparecido e actuado em vários planos do ordenamento jurídico, com particular ênfase no domínio do processo civil, concluindo com algumas observações críticas sobre a moderna «teologia dos princípios».

2. Criaturas deônticas: regras e princípios

Num sistema jurídico, encontramos vários modos de expressão legislativa: regras, princípios, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, etc.

⁸ *Ibidem*: 94.

⁹ STEFANO RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Edizioni Laterza, Bari, 2015: 191.

¹⁰ SALVATORE PATTI faz o confronto entre a “legislação por princípios” sugerida por Rodotà e o “sistema misto”, baseado num correcto equilíbrio entre normas rígidas e normas elásticas, propugnado por Hedemann, *Ragionevolezza e Clausole Generali*, 2.^a ed., Giuffrè Editore, Milano, 2016: 149 ss.

A distinção entre regras e princípios tem tido uma indiscutível validade operativa.

Nas palavras de Paolo Ferrua, «os princípios são proposições normativas com elevado grau de *genericità* (de factispécie aberta) aplicáveis na forma de «mais ou menos», portanto com a máxima expansão ou restrição; as regras são proposições normativas de elevada especificidade (de factispécie fechada), aplicáveis na forma de «tudo ou nada» portanto destinadas a ser ou não respeitadas, sem possibilidade intermédia». Daqui uma importante consequência. «Os primeiros, em sede de actuação, são sujeitos a ponderação, a balanceamento. Pertence ao legislador ordinário encontrar um ponto de equilíbrio de modo a conciliá-los mesmo quando se apresentam em potencial conflito, evitando que um possa sacrificar o outro, se bem que isto não deva induzir a nivelar todos os princípios no mesmo plano. As regras, ao invés, como normas hipotéticas que ligam específicos efeitos a outros tantos específicos pressupostos, não estão sujeitas a balanceamento, antes, a maioria das vezes são recebidas como são pela lei ordinária. Em compensação, ao contrário dos princípios, admitem excepções, desde que previstas, bem entendido, pela própria fonte constitucional; a excepção representa para a regra o que o balanceamento e a ponderação representam para o princípio»¹¹.

Lendo estas palavras, vem de imediato à memória o debate Hart-Dworkin¹².

Hart, no seu *The Concept of Law*, cuida de substituir, mediante o recurso ao conceito de norma, a concepção do direito como conjunto de comandos e de ordens coactivas, por uma teoria do direito como união de *normas primárias*, que asseguram direitos ou impõem deveres ou obrigações, e de *normas secundárias*, que estipulam como e por obra de quem se podem formar, reconhecer, modificar ou extinguir as normas primárias. Em vez da teoria de soberania, Hart recorre à ideia de *norma de reconhecimento* (*rule of recognition*) que confere validade jurídica às normas do ordenamento que naquela norma se baseiam, e constitui o melhor remédio para a *incerteza* do regime das regras primárias, ao passo que as *regras de alteração* (*rules of change*) e as *regras de julgamento* (*rules of adjudication*)

¹¹ P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, 3.ª ed., Zanichelli, Bologna, 2012: 85.

¹² A bibliografia sobre tal debate é hoje inabarcável. Foi-me útil a leitura de RUI CARDONA FERREIRA, “O debate Hart-Dworkin”, *O Direito* 145 (2013), IV, 817-845, de ANABELA COSTA LEITÃO, “Em torno dos Conceitos de Regra e de Princípio/A polémica entre Hart e Dworkin”, *Estudos comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. I., 43-72, e de SCOTT J. SHAPIRO, “The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed”, *Michigan Law School, Working paper no. 77* (2007), The social science research network electronic paper collection. <http://ssrn.com/abstract=968657>. Cfr. também ANTÓNIO MANUEL HESPANHA que se debruça sobre o sentido político da polémica, *O Caleidoscópio do Direito, O Direito e a Justiça Nos Dias e no Mundo de Hoje*, Almedina, Coimbra, 2007, 97-132.

constituem também a melhor terapêutica para tratar, respectivamente, da qualidade *estática* e da *ineficácia* daquele regime.

Para Hart a norma de reconhecimento «não é nem um fundamento metafísico do direito (como “dar a cada um o que é seu”), nem, basicamente um acordo constituinte de vontades (uma espécie de um “contrato social”) nem um axioma lógico (como acontece com a “norma fundamental” de H.Kelsen)»¹³, »mas uma espécie de *meta-norma*, que *observa* o mundo normativo, identificando as suas normas»¹⁴.

Para Hart, a distinção entre direito e moral é meramente metodológica, não sendo de excluir que a norma de reconhecimento possa incorporar como critério de validade jurídica a conformidade a princípios morais e valores substanciais. Essa incorporação é, todavia, uma circunstância contingente não necessária¹⁵.

Constituem exemplos de *normas primárias* as normas penais, que nos proíbem roubar, assassinar ou conduzir a velocidade excessiva. Outras normas, porém, como as que estabelecem os modos de formação dos contratos e a validade dos testamentos ou dos casamentos, não impõem que as pessoas ajam, de certo modo, independentemente dos seus desejos, antes atribuem aos indivíduos os meios para realizar esses mesmos desejos. Estas são *normas secundárias*. Ao lado das normas que atribuem poderes jurídicos aos privados, encontramos outra categoria que atribui esses poderes a departamentos públicos. De entre estes, ao poder judiciário: «no caso do tribunal algumas normas especificam o objecto e o conteúdo da competência do juiz ou, como se usa dizer, lhe dão o “poder de julgar” certo tipo de causas. Outras normas especificam os modos de nomeação dos juízes, os requisitos exigidos para o exercício, e a duração do cargo de magistrado. Depois outras normas determinam as regras do comportamento correcto do magistrado e determinam o processo que deve ser seguido nos tribunais»¹⁶.

Como reconhece o próprio Hart, num pós-escrito à sua obra, em resposta às críticas de Ronald Dworkin, «desejo agora confessar que no meu livro falei demasiado pouco do tema do juízo e do raciocínio jurídico, e, em particular, dos temas que os meus críticos chamam princípios jurídicos. Agora convenho que é um defeito deste livro ter tocado o tema dos princípios somente de passagem».

¹³ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *O caleidoscópio...*, op. cit: 104.

¹⁴ *Ibidem*: 101.

¹⁵ HERBERT L. A. HART, *Il Concetto di diritto*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2002: 321.

¹⁶ *Ibidem*: 36.

Prosseguindo, Hart mostra-se de acordo com Dworkin em duas características distintivas dos princípios: i) «os princípios são, em relação às normas, de amplo alcance, gerais ou não específicos, no sentido em que aquilo que amiúde seria considerado uma série de normas diversas, pode ser apresentado como o conjunto de exemplificações de um princípio particular»; ii) «os princípios, dado que se referem, mais ou menos explicitamente, a certos fins, metas, autorizações ou valores, são considerados de qualquer ponto de vista merecedores de serem conservados ou de receberem adesão, e por isso não só como orientados para fornecer as explicações ou as razões das normas que os exemplificam, mas também como orientados para pelo menos contribuir para a sua justificação»¹⁷

Todavia, em relação a uma terceira característica distintiva, é marcada a diferença entre os dois autores. Para Dworkin «os princípios têm uma dimensão que falta às normas: a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se interferem (a política de protecção aos consumidores de automóveis interfere com os princípios de liberdade de contratação, por exemplo), quem deve resolver o conflito tem que levar em conta o peso relativo de cada um. Nisto não pode haver, por certo, uma mediação exacta, e o juízo a respeito de se um princípio ou directriz em particular é mais importante do que um outro será com frequência motivo de controvérsia. Todavia, constitui parte essencial do conceito de um princípio que tenha esta dimensão, que tenha sentido perguntar que importância ou que peso tem. As normas não têm esta dimensão»; «se se dá um conflito entre duas normas, uma delas não pode ser válida»¹⁸.

Para os positivistas, que recorrem à subsunção, o sistema oferece mecanismos próprios para resolver as antinomias: a norma superior derroga a inferior; de acordo com a ordem hierárquica das fontes; a norma posterior derroga a anterior, segundo o carácter nomodinâmico do direito; a norma especial derroga a geral, ou seja, a que contempla na sua condição de aplicação um maior número de casos.

Para Dworkin, não existe qualquer razão para se preferir uma técnica de «tudo ou nada». No caso dos princípios, não se impõe a aplicação exclusiva de um e a exclusão do outro, antes importa ponderar o diverso peso que cada um tem na resolução do caso.

Ora Hart não vê qualquer motivo para aceitar que a ideia de que se uma norma válida é aplicável a um dado caso, ela deva, diversamente de um princípio, determinar sempre a solução do caso. As normas podem entrar em conflito

¹⁷ *Ibidem*: 332-333. Recorde-se que Dworkin distingue ainda *principles* de *policies*. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as *policies* são medidas ou programas políticos que descrevem escopos.

¹⁸ RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2019: 77-79.

com os princípios e um princípio pode às vezes vencer e outras vezes perder em competição com uma norma. É tudo uma questão de grau¹⁹.

O debate Hart-Dworkin ainda não chegou ao fim. Cabe concluí-lo a quem o começou: aos cultores da filosofia do direito. Só o futuro nos poderá dizer, como prognostica Shapiro, qual dos dois tem o direito de proclamar vitória.

3. Os princípios são normas jurídicas multiuso

Eis um dos aspectos mais importantes da cultura jurídica moderna: todos nos sentimos rodeados de princípios.

Como diz Dworkin, os princípios estão em todo o lado: «são ensinados pelos professores, são citados pelos textos, são celebrados pelos historiadores de direito»²⁰.

Mas nem sempre foi assim. Durante muito tempo, a discussão em torno dos princípios foi suscitada quase exclusivamente pela presença, em alguns códigos civis, de normas que indicavam os princípios como remédio para a incompletude do ordenamento jurídico.

Na Itália, por exemplo, o artigo 3.º, § 2, das disposições preliminares do código civil de 1865 dispunha que «sempre que uma controvérsia não se possa decidir com uma precisa disposição de lei [...] decidir-se-á de acordo com os princípios gerais do direito»²¹.

Já no nosso caso, o artigo 16.º do Código Civil de 1867, «o artigo mais transcendente e filosófico do nosso código» no dizer de Cabral de Moncada²², preceituava que «se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididos pelos princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso».

É interessante constatar o paralelismo de posições assumidas pela doutrina de ambos os países perante textos legais literalmente tão díspares. Enquanto na

¹⁹ Hart dá como exemplo o caso *Riggs versus Palmer* citado por Dworkin, no qual foi mantido o princípio que veda que uma pessoa retire vantagem de um acto ilícito, não obstante a clara expressão da lei relativa aos efeitos do casamento conduzir a um resultado contrário a esse princípio, op. cit.: 335.

²⁰ *Los derechos en serio*, op. cit.: 80.

²¹ Sobre a utilização dos princípios gerais em Itália enquanto instrumentos destinados a dotar o sistema de uma completude sistemática, e a discussão em volta dos mesmos, desde o Código Civil de Sabóia de 1837 até ao Código Civil de 1942, ALBERTO SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002.

²² LUÍS CABRAL DE MONCADA, “Integração de Lacunas e Interpretação do Direito”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano VII (1954), n.º 3: 163.

Itália a expressão «princípios gerais do direito» dividiu a doutrina entre aqueles que a identificavam com os princípios de justiça que se supõem comuns a qualquer ordenamento, isto é, com os princípios de direito natural, e aqueles que nela viam ao contrário uma remissão para os princípios do ordenamento positivo²³, em Portugal, apesar da lei falar expressamente em «princípios de direito natural», três coisas diferentes se entenderam por ela: «ou o mesmo que *princípios gerais de direito*, ou alguma coisa além do direito algo de metajurídico, como o chamado *direito natural*, no sentido da escola jusnaturalista clássica, ou finalmente, o livre critério do juiz, como se este fosse o legislador»²⁴.

Esta situação não muda com o Código Civil de 1966. O artigo 10.º, 3, ao prever que, na falta de um caso análogo, a lacuna seja preenchida através da chamada regra hipotética, vincula a construção do aplicador à observância do espírito do sistema. Também, neste caso, se traduziu a remissão para este espírito como sendo para o direito natural, ao passo que outros passaram a identificar esta categoria com os princípios gerais do direito, ou ainda com um *tertium genus*²⁵.

Esta situação só muda verdadeiramente com a Constituição republicana de 1976 e com a focalização da doutrina e da jurisprudência, mormente do Tribunal Constitucional, sobre as disposições de princípio naquela contidas.

Ruben Ramião, num estudo recente, procurou demonstrar que as modernas correntes que propõem uma diferença estrutural entre regras e princípios não têm fundamento, quer sejam aquelas que sustentam uma separação a que chama fraca das regras dos princípios (teses do nível de abstração, generalidade ou vaguidade das normas; tese da importância das normas jurídicas; tese da resolução de conflitos normativos), quer as que diferentemente propugnam uma separação forte (tese da abertura ou fechamento das condições de aplicabilidade; tese das normas hipotéticas *vs.* normas categóricas; tese da dimensão axiológica das normas; tese de Robert Alexy (princípios enquanto *imperativos de optimização*); tese de que os princípios contêm uma previsão estruturalmente diferente da previsão das regras²⁶.

O autor sai em defesa do positivismo e afirma que «as tentativas de edificação de uma teoria estrutural edificativa dos princípios falharam por com-

²³ RICCARDO GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998: 286.

²⁴ LUÍS CABRAL DE MONCADA, op. cit.: 167, e PAULO FERREIRA DA CUNHA, “Do direito natural positivo. Princípios, valores e direito natural nas constituições e nos códigos civis portugueses e espanhóis”, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, 2002: 886.

²⁵ PAULO FERREIRA DA CUNHA, idem, e FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1982: 59.

²⁶ *Ibidem.* 16 ss.

pleto»²⁷, que «o conceito de princípios é uma construção moral» irrelevante, porquanto sempre se pode justificar a posição aplicativa do Direito com base nesses princípios²⁸.

Não me parece demasiado ousado aproximar esta posição da de Emilio Betti, que defendia que os princípios não eram normas, mas «orientações e ideias de política legislativa»²⁹, caracterizados por um *excesso de conteúdo deontológico* (ou, se se quiser, *axiológico*) em confronto com as normas singulares, também reconstruídas no seu sistema³⁰.

Não partilho desta posição tão radical. Entendo, ao contrário, na linha de Norberto Bobbio, que os princípios são verdadeiras normas. Nem todas as normas são princípios, mas os princípios são, na verdade, normas, se esta palavra for empregada com o significado genérico de «*norma agendi*, abrangendo então qualquer directriz de comportamento, qualquer que seja o seu conteúdo e como quer que se apresente a sua modalidade preceptiva»³¹.

«Para sustentar que os princípios são normas, os argumentos», diz N. Bobbio, «são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraída da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma da exercida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso»³².

²⁷ *Ibidem*: 71.

²⁸ *Idem*.

²⁹ EMILIO BETTI, *Interpretazione delle legge e degli atti giuridici*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1949: 208. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, por sua vez, chama a atenção para o carácter mítico dos princípios, sustentando que estes «aparecem como uma espécie de talismã jurídico, capazes de resolver, qual *Deus ex machina*, todas as aporias que se suscitam no interior do sistema de fontes dos ordenamentos jurídicos contemporâneos», *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011: 226 ss. e 12.

³⁰ E. BETTI, *Ibidem*: 211.

³¹ «Só no sentido específico de regra com factispécie, estruturada sobre a previsão de um evento e sobre a prescrição de uma acção condicionada à verificação do evento, a norma se contrapõe ao princípio». ANGELO FALZEA, “I principi generali del diritto”, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmática giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1999: 339/340, ID, *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, 455 ss. e in *Atti dei Convegni Lincei*, Roma, 1992, 11 ss. Este autor faz a distinção entre *regra jurídica*, *norma ordinária* e *princípio* (*ibidem*).

³² NORBERTO BOBBIO, “Principi generali del diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Utet, Torino, 1968: 887-896, ID., *Teoria Generale del Diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993: 271, ID., *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10.ª ed., Editora UnB, Brasília, 1982: 158.

Além disso, os princípios têm o seu conteúdo especificado em textos legislativos, muitas vezes com destaque sistemático, e não constituem apenas categorias da linguagem doutrinária ou do instrumentário moral.

Para R. Ramião, os princípios não servem para nada, e a teoria que os promove é um simples chavão. Dito melhor: servem apenas para «afirmar um tipo específico de jusnaturalismo, o idealismo jurídico ou o neoconstitucionalismo»³³.

Ora sem pôr em causa esta função ideológica dos princípios, penso que a estes cabem ainda, outras funções.

Claudio Luzzati explica que os princípios podem desempenhar várias funções jurídicas. Uma vez a sua acção orienta-se num sentido extensivo, expansivo, analógico ou associativo-generalizante. É o que acontece quando desempenham uma *função directiva*, típica dos princípios programáticos da Constituição, uma *função integradora* ou uma *função unificadora* ou *sistemática* do ordenamento. Outras vezes, os princípios agem num sentido limitativo-negativo, dando lugar a dissociações conceituais, a distinções ou a discriminações de noções. Então podem individualizar-se uma *função interpretativa*, uma *função limitadora* do poder estadual ou regional, uma *função modificadora* de todo um sistema jurídico e uma *função derogatória* quando os princípios são utilizados para introduzir ou para justificar excepções ao teor “literal” das disposições em determinados casos particulares³⁴.

Salvatore Patti assevera também que o *princípio* «serviu historicamente sobretudo para erguer barreiras ao legislador ordinário que não pode ultrapassar as regras fundamentais em que baseia o ordenamento jurídico e também para iluminar o intérprete acerca do significado a atribuir às normas que disciplinam a matéria a que o princípio se refere»³⁵.

4. Critérios de distinção entre regras e princípios

Se os princípios não são regras e destas se separam, quais os critérios que nos permitem a distinção?

Norberto Bobbio indicou cinco categorias:

- i) os princípios são *mais gerais*, isto é, valem para uma matéria inteira (negócio jurídico, propriedade, família, responsabilidade civil), para

³³ RUBEN RAMIÃO, *Estudos sobre Direito*, op. cit.: 11.

³⁴ CLAUDIO LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Dott. Giuffrè Editore, Milano, 1990: 268.

³⁵ SALVATORE PATTI, *Ragionevolezza e Clausole Generali*, op. cit.: 111.

- um inteiro ramo de direito (civil, penal, financeiro, administrativo, constitucional) ou até para uma inteira esfera das relações jurídicas;
- ii) são normas *fundamentais* ou normas-base do sistema, no sentido em que sem eles o sistema não pode subsistir como ordenamento efectivo das relações de vida de uma determinada sociedade;
 - iii) são normas *directrizes* ou princípios-guia, no sentido em que indicam a orientação ético-política em que determinado sistema se insere, servindo assim para o caracterizar do ponto de vista ideológico;
 - iv) são normas *indefinidas*, que comportam uma série indefinida de aplicações;
 - v) são normas *indirectas*, isto é, são normas cuja função «constitutiva ou conectiva» consiste em determinar e sintetizar o conteúdo de outras normas ³⁶.

Recentemente Giovanni D'Amico formulou 8 (oito) proposições como contributo para a construção de uma «dogmática de princípios»:

- 1.^a *Os princípios (jurídicos) são normas jurídicas;*
- 2.^a *Os princípios (jurídicos) aplicam-se sempre;*
- 3.^a *As «regras legislativas» são formas de realização dos princípios;*
- 4.^a *Um princípio não pode (em geral) aplicar-se «imediatamente» (para poder servir de critério de valoração das acções dos cidadãos deve primeiro ser transformado numa «regra» mais específica);*
- 5.^a *A «regra» que é individualizada em sede de «aplicação» de um princípio, determina-se através de um «balanceamento» com outros princípios pertinentes ao caso;*
- 6.^a *Na presença de uma «regra» específica determinada pelo legislador, não é possível ao juiz efectuar um novo (e diverso) «balanceamento» entre princípios relevantes (salva a possibilidade de levantar a questão da legitimidade constitucional, no caso de um prudente, insuperável contraste com um princípio constitucional);*
- 7.^a *O balanceamento pode operar (só) entre princípios dotados da mesma força normativa;*
- 8.^a *O balanceamento não pode operar entre princípios que não são «concorrentes» (na medida em que opere entre eles um critério de «competência» com base no qual seja definido o âmbito de aplicação dos diversos princípios)³⁷.*

³⁶ NORBERTO BOBBIO, “Principi generali del diritto”, op. cit.: 890/891. Elencando algumas características dos princípios assinaladas pela doutrina, JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit.: 628.

³⁷ GIOVANNI D'AMICO, “Appunti per una dogmática dei principi”, in Giovanni D'Amico-Stefano

Estes critérios distintivos são ainda hoje alvo de críticas, algumas delas bem afiadas. Os princípios não constituem realmente uma categoria simples, continuando a usar-se a mesma palavra para significar coisas bastante diferentes.

Para isso nos adverte, entre tantos outros, Riccardo Guastini, quando afirma que «a questão se uma norma tem ou não o valor de “princípio” não é uma questão de facto, e a resposta a ela é, por isso mesmo, sempre discutível»³⁸; que não existe um conceito único de princípio; que a uma pluralidade de conceitos corresponde uma pluralidade de classes; que há princípios que pertencem a mais do que uma classe³⁹.

Na linguagem corrente, o termo princípio é usado como *noção de base* para significar o começo ou a origem de uma pessoa, de uma coisa ou de uma entidade; como *preceito moral* ou *valor fundamental*, quando se afirma por exemplo que «aquele é um homem com princípios...»; mas também como máxima ou *razão* que o espírito admite sem justificação, porquanto assente em regras de conhecimento prático e comum⁴⁰.

No âmbito jurídico, princípio pode ser definido de uma maneira mais complexa e perspicua como, por exemplo, em Riccardo Guastini e Claudio Luzzati.

R. Guastini classifica os princípios em três categorias – princípios de nível constitucional ou legislativo, princípios gerais ou sectoriais, e princípios expressos ou implícitos –⁴¹ e traça a linha divisória entre as *normas de princípio* e as *normas de detalhe* através das seguintes características: os princípios são normas com *factispécie aberta* ou *normas «derrotáveis»*, de *carácter genérico* e *fundamentais*⁴².

«A factispécie (o antecedente) de uma norma é “fechada”, quando a norma enumera exhaustivamente *quer* os factos em presença dos quais se produz a consequência jurídica que ela mesma dispõe, *quer* as eventuais excepções, ou seja os factos na presença dos quais a consequência não se produz”; por sua vez, “a factispécie (o antecedente) de uma norma é “aberta”, quando a norma *não* enumera exhaustivamente os factos em presença dos quais se produz a relativa

Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordenamenti dell' Unione europea tra principi e regole*, Studi, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018: 1-33.

³⁸ RICCARDO GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998: 283.

³⁹ RICCARDO GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004: 200.

⁴⁰ FRANCESCO DE VANNA, *Il Ruolo dei Principi nelle Teorie Neocostituzionaliste, Un percorso interpretativo*, Mucchi Editore, Modena, 2019: 22 ss.

⁴¹ R. GUASTINI, *L'interpretazione...*, op. cit.: 205.

⁴² *Ibidem*: 200 ss.

consequência, ou *não* enumera exaustivamente as excepções em presença das quais a consequência não se produz»⁴³.

«Uma norma é “inderrotável” quando *não* admite excepções ou, melhor dito, *não* admite outras excepções se não aquelas expressamente estatuídas pela própria norma ou por outras normas do ordenamento»; «uma norma é “derrotável” quando admite excepções implícitas, não estatuídas pela norma em questão, nem por qualquer outra norma do ordenamento, e portanto de todo indeterminadas»⁴⁴.

De acordo com um segundo modo de ver os princípios, são *normas genéricas* as quais, «por um lado, (i) exigem a emanção de outras normas para lhe darem actuação e concretização, mas, por outro lado, (ii) podem ser actuadas e concretizadas por modos diversos e alternativos»⁴⁵.

Por fim, uma terceira categoria é constituída por *princípios enquanto normas fundamentais*, quer no sentido em que «dão fundamento e/ou justificação a outras normas (em geral, cada princípio constitui o fundamento de uma multiplicidade de outras normas)», quer no sentido em que «não exigem, por sua vez, fundamento ou justificação: porquanto – mal ou bem – são perceptíveis como óbvios, autoevidentes, ou como intrinsecamente justos»⁴⁶.

Claudio Luzzati, repropoando uma definição de princípio de circulação corrente na doutrina italiana, diz que «*um princípio é o pretenso fundamento justificativo, ou uma das razões fundantes, de uma norma ou de um conjunto de normas*

⁴³ *Ibidem*: 200.

⁴⁴ *Iidem*: Guastini dá como exemplo de uma norma derrotável com factispécie aberta a do artigo 3.º, § 1.º, da Constituição italiana, correspondente ao nosso artigo 13.º da Constituição. Por um lado, este princípio de igualdade admite excepções – não é de excluir, sem que tal signifique violar o princípio, que se discriminem os cidadãos, por exemplo, em razão do sexo, perante situações objectivamente diversas – e tem uma factispécie aberta, pois não veda que uma lei discrimine segundo critérios diversos dos enunciados, *v.g.* em razão da idade, se tal for tratar igualmente situações objectivamente iguais.

⁴⁵ *Ibidem*: 202. É dado como exemplo de um princípio genérico o do artigo 139.º da Constituição que dispõe que a «forma republicana do estado não pode ser objecto de revisão constitucional», o que significa que só está excluído da revisão qualquer tipo de organização política na qual o chefe do estado não seja eleito e cujo mandato não esteja limitado no tempo, mas já não a modificação da duração do mandato ou o modo de eleição do presidente da República.

⁴⁶ *Ibidem*: 204. São princípios fundamentais, de acordo com o primeiro sentido, por exemplo, o princípio da confiança, enquanto funda e justifica as disposições sobre erro enquanto causa de anulação do contrato, as disposições sobre os efeitos da simulação em relação a terceiros e aos credores e as disposições que limitam a oponibilidade a terceiros da modificação ou revogação da procuração; de acordo com o segundo sentido, são princípios fundamentais, no direito constitucional, o princípio da soberania nacional ou da divisão dos poderes, no direito civil, o princípio da autonomia privada, no direito administrativo, o princípio do procedimento equitativo, em direito penal, o princípio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», etc.

já aprovadas ou ainda por criar»⁴⁷. Para este autor, os princípios são metanormas, não existem por si: os princípios são sempre princípios de alguma coisa. É pela função e não pela estrutura que os princípios se diferenciam das outras posições normativas; finalmente, princípio e regras só se distinguem ao nível pragmático, no próprio estilo ou técnica argumentativa.

Como se compreende, muitos são os aspectos que não podem ser explorados, mesmo que de fugida, num artigo com estas dimensões e propósitos. Apenas me interessa enquadrar o tema em estudo numa base conceitual e terminológica aceitável e que sirva para desenvolver as questões consideradas essenciais, então já voltadas para o âmbito processual.

Uma das questões que aquele tema não dispensa é que diga também alguma coisa sobre a mudança de paradigma que fez com que o problema dos princípios se tenha apresentado como um problema completamente novo.

5. O neoconstitucionalismo e a *Drittwirkung*: novos paradigmas para novos princípios

O papel dos princípios não seria o mesmo sem a corrente chamada de *neoconstitucionalismo* e sem a *Drittwirkung*.

Enquanto o constitucionalismo oferecia como instrumentos de limitação jurídica do poder a teoria da separação dos poderes, o *checks and balances*, e a declaração dos direitos e liberdades, o neoconstitucionalismo foca a sua atenção sobre o conteúdo e a conotação ética dos postulados constitucionais com o propósito de incrementar ao máximo os direitos fundamentais.

Em que realmente difere o modelo clássico de *Estado legislativo de direito* do *Estado constitucional de direito* da nova corrente?

De acordo com Luis Prieto Sanchis⁴⁸, o neoconstitucionalismo apresenta as seguintes novidades:

- i) *o reconhecimento da indiscutível força normativa da Constituição*, isto é, o reconhecimento de que a Constituição é uma norma e uma norma suprema, e não um exercício de retórica política ou um catálogo de boas intenções⁴⁹;

⁴⁷ CLAUDIO LUZZATI, *Principi e Principi, La Genericità nel Diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012: 126.

⁴⁸ LUIS PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismi. Um catalogo di problema e di argomenti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017: 7 ss.

⁴⁹ *Ibidem*: 7.

- ii) *a rematerialização constitucional*, ou seja, «a incorporação no texto não só de normas formais, de competência ou de procedimento destinadas a regular o exercício dos poderes e das relações entre si mesmos, mas também e sobretudo de normas substanciais que pretendem traçar limites negativos e vínculos positivos àquilo que aqueles poderes estão em condições de decidir legitimamente»⁵⁰. Este fenómeno de rematerialização constitucional realiza-se através da positivação de princípios e especialmente de direitos fundamentais cuja aplicação exige o recurso a conceitos de ordem moral.
- iii) *a garantia jurisdicional e a aplicação directa da Constituição*, quer dizer, como consequência do referido em i), superar o procedimento de inconstitucionalidade junto dos Tribunais Constitucionais enquanto prolongamento do procedimento legislativo, a favor da aplicação directa da Constituição, quer mediante a técnica da interpretação conforme, quer mediante o controlo difuso e concentrado da constitucionalidade das leis a cargo dos juízes ordinários⁵¹.
- iv) *a rigidez constitucional*, ou o reforço da força da Constituição perante os poderes constituintes, com a criação de obstáculos à revisão do texto fundamental e a incorporação neste de cláusulas de intangibilidade, com a ideia de impedir que as actuais gerações atem as mãos das gerações futuras⁵².

Em resumo: «Perante um constitucionalismo retórico, programático ou de catequismo político, se impõe a convicta afirmação da força normativa e vinculante da Constituição. Perante um constitucionalismo meramente formal que julgava que a Constituição só podia falar da “política” e dos seus protagonistas porque do “mundo” já tinha falado o legislador, se impõe a afirmação de uma Constituição dotada de uma extraordinária força normativa que fornece razões justificativas (e na verdade, às vezes contraditórias) em todos os domínios da vida social e nos seus insuspeitados conflitos. Perante uma Constituição “sequestrada” por um especialíssimo tribunal encarregado somente de pronunciar a invalidade das leis com total abstracção dos seus casos de aplicação e a pedido unicamente daqueles sujeitos particulares que intervêm na sua produção, se impõe o desenvolvimento de fórmulas de “legislação-jurisdição”

⁵⁰ *Ibidem*: 8.

⁵¹ *Ibidem*: 11.

⁵² *Ibidem*: 15.

positiva, e, sobretudo, a afirmação de uma Constituição directamente aplicável a todos os operadores jurídicos»⁵³.

O neoconstitucionalismo produziu um *desbordamiento* constitucional, isto é, um transbordar da Constituição, como norma suprema e dirigente, para todo o ordenamento jurídico⁵⁴.

Fala-se hoje com o maior à vontade, por exemplo, da teoria constitucional do processo, ou seja, do desdobramento da força normativa da Constituição especificamente canalizada para o campo de actuação do processo civil, penal, do trabalho, etc.

Mas também de constitucionalização do direito civil, uma etapa iniciada em 1954 por Hans Peter Ipsen, que cunhou a fórmula *Drittwirkung* («eficaz para o terceiro») a que outros dedicaram grande parte das suas energias⁵⁵.

Está em causa saber se os direitos fundamentais têm a sua eficácia limitada às relações entre o Estado e os cidadãos ou se devem também valer para as relações dos privados entre si, e, caso a resposta seja a última, se se afirma a vigência directa ou indirecta para aquelas relações e para as normas que as regem.

A doutrina distingue a *unmittelbare Drittwirkung* (aplicação directa) da *mittelbare Drittwirkung* (aplicação indirecta).

Tem-se reconhecido Hans Carl Nipperdey como fundador da doutrina da *unmittelbare Drittwirkung*, para quem os direitos fundamentais têm uma *eficácia absoluta* peculiar, valendo não só nas relações indivíduo-Estado mas também nas recíprocas relações entre sujeitos de direito privado: «Como suporte da eficácia absoluta dos direitos fundamentais está o facto de o ordenamento jurídico ser uma unidade, qualquer direito vale apenas sob fundamento e no âmbito da Constituição. Também o direito civil, sobretudo o BGB, continua a valer de acordo com o art. 123, parágrafo 1, GG, somente na medida na qual “não contradiz a *Grundgesetz*”. A vigência dos direitos fundamentais, quais normas objectivas para o direito privado, não necessita de qualquer “*medium*”, de qualquer “ponto de rotura”, como devem ser as cláusulas gerais (§§ 138, 242, 826, BGB). A eficácia jurídica, ao invés, é uma eficácia directa normativa que modifica ou recria as normas de direito privado, sejam elas cogentes ou dispo-

⁵³ *Ibidem*: 15-16.

⁵⁴ ANTONIO ENRIQUE PEREZ LUÑO, *El desbordamiento...*, op. cit.

⁵⁵ Pasquale Femia, “*Drittwirkung*. Una dogmatica di transizione”, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati...*, op. cit.: VII. Encontram-se nesta compilação as principais posições que, a partir dos anos cinquenta de novecentos, defrontaram, na Alemanha, o problema da *Drittwirkung* dos direitos fundamentais da Constituição.

sitivas, cláusulas gerais ou normas jurídicas determinadas, sejam elas proibições, comandos, direitos subjectivos, leis de protecção ou razões justificativas»⁵⁶.

A esta corrente opõe-se a chamada doutrina da *mittelbare Drittwirkung*, defendida, entre outros, por Günter Dürig.

Segundo este autor, «a “eficácia absoluta” dos direitos fundamentais é relativizada por um direito fundamental a favor da autonomia individual e da responsabilidade pessoal. A relação jurídica dos privados entre si – e na verdade também o direito de defender os próprios direitos das agressões de outros sujeitos privados (enquanto não intervém o direito penal) – está subordinada, por isso, justamente por causa da Constituição, ao direito especial (isto é ao “direito privado”). Os instrumentos normativos adoptados para a defesa das agressões provenientes da *Drittrichtung* (da acção de sujeitos terceiros privados) são *as suas cláusulas gerais capazes e necessitadas de integração axiológica*, as quais vêm em socorro em caso de ausência de normas civilísticas especiais de protecção; o direito privado objectivo cumpre assim o seu dever de protecção (cfr. Art. 1,

⁵⁶ HANS CARL NYPPERDEY, “Diritto fondamentali e diritto privato”, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati...*, op. cit.: 64. Este autor adverte para o facto de que o reconhecimento da eficácia absoluta dos direitos fundamentais não significa que qualquer direito fundamental deva valer nas relações entre privados, devendo levar-se em consideração o conteúdo, a essência e a função de cada um daqueles direitos.

Como exemplos perante os quais os direitos fundamentais devem ser aplicados nas relações de direito privado, Nypperdey destaca: i) quando uma associação ou sociedade quer infligir uma sanção a um seu associado (*nulla poena sine lege*); ii) o mesmo vale para o princípio jurídico «*ne bis in idem*»; iii) promessa de celibato ou de matrimónio fundada na vontade de um outro; iv) promessa do marido de não viajar sozinho; v) promessa de mudar ou de não mudar de religião ou acordo sobre vantagens na mudança de religião; vi) aceitação de uma prática religiosa como juridicamente vinculante; vii) promessa de uma pena contratual como garantia das obrigações matrimoniais; viii) promessa de um respectivo por uma disposição testamentária ou por renúncia à objecção de consciência; ix) contrato a título oneroso para perder uma competição desportiva; x) venda do silêncio perante um delito (todos os casos por violação da dignidade humana); xi) publicação não autorizada, mas também a realização não autorizada de uma imagem, quando a isso se oponham interesses jurídicos do lesado, não sendo estes oponíveis quando se tratar de uma representação proveniente do âmbito da história contemporânea ou da reprodução de colectâneas, extractos ou manifestações públicas de acontecimentos ou de localidades nas quais o representado aparece exclusivamente como figura secundária (direito à imagem); xii) captação e divulgação não autorizada, através de meios técnicos, de comunicações de terceiros (direito à palavra); x) procura e comunicação não autorizada a terceiros de um segredo de que tenha tido conhecimento (direito ao segredo); xi) obtenção e divulgação não autorizada de declarações de terceiro, compreendendo as actividades de vigilância e investigação através de informadores e *reporters* (direito ao respeito da esfera privada); xii) exclusão arbitrária de um trabalhador do recebimento de subsídio de natal concedido pela entidade patronal aos restantes (direito de igualdade); xiii) despedimento com fundamento nas convicções políticas do trabalhador (direito à liberdade de expressão).

I, § 2, GG). O caminho para a sua actuação, por um lado, tutela a *autonomia do direito privado*, tornada necessária pela *lógica e sistemática jurídica* depois do reconhecimento jurídico da liberdade privada de dispor das relações jurídicas com sujeitos terceiros e, por outro, tutela a *unidade*, obviamente necessária, *do ordenamento na moral jurídica*⁵⁷.

A questão fundamental presente nestas diferentes posições teóricas reside em saber se se devem proteger os direitos dos particulares mediante a introdução nas recíprocas relações de princípios constitucionais com efeito cogente, ainda que à custa de alguma perda de autonomia privada, ou se, em contraste, com aquela intrusão não se está a estadualizar ou a socializar o direito privado, sendo, por isso, preferível uma aplicação indirecta de normas primárias mediante a actuação de princípios e cláusulas gerais constantes de leis objectivas

58 59 60

6. A génese dos princípios jurídicos no processo civil moderno

A doutrina processual contemporânea fixa à ciência do direito processual civil um período certo de nascimento: em 1748, na sua obra *Systema elementare universale iurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornarum*, Daniel Nettelbladt, discípulo de Wolff, dá a seguinte definição do processo: «*processus iudiciarius civilis est ordo, secundum quem singuli actus in tractatione causae*

⁵⁷ GÜNTER DÜRIG, “Diritti fondamentali e giurisprudenza civile”, *Drittwirkung...*, op. cit.: 95/96.

⁵⁸ *Ibidem*: 103.

⁵⁹ Num estudo recente, CARLO CASTRONOVO fala de «eclipse» do direito civil, devido ao encobrimento provocado pela Constituição, pela jurisprudência e pelo direito europeu: «Partindo da Constituição, vimos, segundo a imagem pirandelliana, o *uno* do código civil quebrar-se e voltar a quebrar-se nos direitos invioláveis sem conta de que a Constituição se parece ter tornado fonte inesgotável para uma jurisprudência apaixonada por um sujeito, dantes privado de contornos até se ter tornado *ninguém* de maneira conforme à sociedade líquida. Propensão amplificada e dramatizada com a irrupção sempre mais poderosa e embaraçante dos dois tribunais europeus, do Luxemburgo e de Estrasburgo», *Edissi del diritto civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2015: 287. Para Castronovo, à excepção do artigo 3.º da Constituição italiana, todos os restantes artigos são de aplicação mediata, *ibidem*: 39.

⁶⁰ Em Portugal, são a favor da aplicação directa dos direitos fundamentais, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional, Teoria da Constituição*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1999: 1206/1207 e ANA PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*; a favor da aplicação mediata, LUCAS PIRES, *Uma Constituição para Portugal*, 1975: 89/90, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005: 71 ss. Reservando a aplicação directa para as relações entre desiguais, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001: 254 ss.

civilis contentiosae iurisdictionis obvencientes se invicem subsequi vel iuxta se invicem collocari debent»⁶¹.

Na opinião de Nörr, pertence a Nettelblatt o conceito de acto processual (correspondente ao *actus* da definição precedente), elaborado em paralelo com o conceito de acto ou negócio jurídico, que, nos séculos seguintes, se tornará uma noção fundante da ciência jurídica processual⁶².

Segundo o mesmo autor, Nettelblatt deve ser assinalado por um ulterior motivo: a tendência para construção do sistema, conducente à exposição das «partes gerais» do direito processual, análogas às partes gerais do direito privado.

Na visão de Nörr, «o período do jusnaturalismo introduziu na teoria processo civil dois tipos de conceitos. De um lado, conceitualizou, sob a forma de máximas processuais, as forças criadoras que se crê entrarem em jogo no processo: acima de tudo a *Verhandlungsmaxime*, elaborada por Gönner em 1800; sucessivamente as máximas serão colocadas no contexto mais amplo das bases racionais do processo (Canstein). Por outro lado, individualizou em determinadas manifestações processuais um carácter comum que foi sintetizado num conceito que – segundo o método de Christian Wolff – pode servir de metro de medida de um sistema e isto de acordo com a característica alternância entre a (frequentemente tácita) indução e a (manifesta) dedução».⁶³ O acto processual é um conceito que pertence à categoria por último assinalada.

O período jusnaturalístico do processo civil encerra com as obras de Grolman e Gönner.

Karl Grolman é autor de um manual – *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen entworfen*, (1800) –, considerado por Christoph Martin, em 1805, uma obra que «faz época na história da elaboração da teoria do processo como ciência», o que põe em causa a ideia, muito difundida, de que foi Oskar Bülow quem, em 1868, deu início à ciência do direito processual civil⁶⁴.

⁶¹ VITTORIO DENTI, *Sistemi e Riforme, Studi sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 1999: 47 e Knut Wolfgang Nörr, *Verso il processo civile moderno*, Dal diritto naturale al Novecento, Aracne, Roma, 2013: 37.

⁶² *Ibidem*: 38.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Ibidem*: 67/68. Aquela ideia encontra-se, por exemplo, em ADELINO PALMA CARLOS, *Linhas gerais do processo civil português*, Edições Cosmos, Livraria Arco-Íris, Lisboa, 1991: 29, nota 34, e encontra-se reproduzida em CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, Vol. I, AAFDL, Lisboa, 1973: 3, e em MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, cfr. prefácio ao meu estudo, *Direito Processual Civil: As origens em José Alberto dos Reis*, Quid Juris, Lisboa, 2002: 5. Bem sei que que JAMES GOLDSCHMIDT inicia o seu famoso trabalho, *Der Prozess als Rechtslage*, com a seguinte afirmação: «A partir do célebre trabalho de Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* de 1868, a cuja aparição se

Por outro lado, a N. T. Gönner, autor de um importante *Hanbuch des Deutschen gemeinen Prozesses* (1801) é atribuída a elaboração de duas importantes máximas – *Verhandlungsmaxime* e *Untersuchungsmaxime* – que lançaram as bases da distinção entre os poderes das partes e do juiz na direção do processo.

Nörr distingue duas fases na elaboração daqueles princípios. Uma primeira, de reformulação do aforisma, derivado do direito comum, «*nemo iudex sine auctore*», à luz da filosofia de Kant: a *Verhandlungsmaxime* assenta na concepção kantiana de «liberdade» e de «vontade»; uma segunda fase de transposição deste princípio para a substância dos factos: segundo Gönner chega-se à *Verhandlungsmaxime* quando «em todas as partes do procedimento» se observa o princípio «segundo o qual qualquer cidadão está autorizado a dispor dos próprios direitos de acordo com a sua discricionariedade»⁶⁵.

Andrea Panzarola observa que «o *Maximenmethode* de Gönner exerceu uma influência notável e durável nos anos seguintes. Um instrumento relevante utilizado pela Escola Histórica para o confronto entre o moderno e o antigo procedimento civil foram justamente os chamados “*principi di procedura*”⁶⁶.

Mas a verdade é que, afora alguns ecos, o período do jusnaturalismo esgota-se rapidamente como corrente autónoma da ciência jurídica no primeiro quartel do século XIX, depois do apogeu conseguido por Grolman, Gönner e alguns dos seus seguidores, e o direito natural é depressa recusado como fonte formal do direito, mesmo antes de a escola histórica atingir o processo civil⁶⁷.

Para isso terá contribuído uma política legislativa reinante em quase todo o século XIX, suficientemente preocupada em afastar-se do jusnaturalismo e do iluminismo e evitar os princípios.

Assim o *Code de procédure civile* de 1806, é «um código de regras, necessariamente completo, para o direito processual» ficando os princípios reservados para o direito substantivo⁶⁸.

Está dividido em duas partes, regulamentando a primeira a tramitação do processo perante os tribunais, de paz, inferiores e de apelação, e a segunda a

costuma fazer iniciar a idade moderna e dogmaticamente frutuosa da ciência processualística alemã, o processo, mesmo se se reconhece que se trata de um procedimento, é geralmente considerado como uma relação jurídica». Porém, de 1925 para cá muito se estudou e escreveu e as certezas de ontem converteram-se com naturalidade em dúvidas de hoje ou mesmo em narrativas ultrapassadas.

⁶⁵ KNUT NÖRR, *Verso il processo ...*, op. cit.: 68-70.

⁶⁶ ANDREA PANZAROLA, “Il processo civile tra regole e principi”, *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, (a cura di Francesco Ricci), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018: 265/266.

⁶⁷ KNUT NÖRR, *Verso il processo ...*, op. cit.: 77 ss.

⁶⁸ U. PETRONIO, *Introduzione, Il futuro há un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in N. Picardi e A. Giuliani (a cura di), *I Codici Napoleonici, I, Codice di procedura civile, 1806*, Milano, 2000, XXXIX.

dos processos diversos. O Código termina com capítulo sobre *disposições gerais* (artigos 1029.º a 1042.º).

Este modelo de sistematização inspirou os códigos mais importantes do século XIX, o *Código de Processo Civil Italiano* de 1865, a *Zivilprozessordnung* alemã (1877) e a ZPO austríaca (1895).

No código italiano, por exemplo, as disposições gerais do código napoleónico foram deslocadas para o Título I (artigos 35.º a 66.º) do Livro I, este intitulado *Da ordem e da forma do júízo*, tendo sido amplamente enriquecidas.

Giuseppe Pisanelli, então ministro da Justiça, na apresentação daquele livro do projecto ao Senado, explicou que se reputou oportuno reunir num título especial «*i canoni fondamentali dei giudizi*», os quais, nos códigos vigentes, ou estavam só pressupostos, ou insinuados em alguma peculiar disposição⁶⁹.

Os *cânones fundamentais das acções* encontram-se também reunidos no Livro I da ZPO alemã, que tem por rubrica precisamente *Allgemeine Vorschriften* (Disposições Gerais), o mesmo acontecendo, *mutatis mutandis*, com a ZPO austríaca, cuja primeira parte é encimada pela expressão *Allgemeine Bestimmungen*.

Esta técnica consistente em abrir o Código de Processo Civil com uma «parte geral», onde são reunidas as disposições aplicáveis a todas as modalidades de processos ou procedimentos – normas relativas à capacidade e legitimidade das partes, aos seus representantes, às formas dos actos processuais, aos prazos, às nulidades dos actos, etc. – tornou-se tradição nos sistemas de *civil law* e encontra-se na maioria dos códigos dos primeiros três quartéis do século XX [v.g., código de processo civil brasileiro de 1939, código de processo italiano de 1940, código argentino (federal) de 1967, código grego de 1968, código colombiano de 1970]⁷⁰.

Em 1932, o Professor francês René Morel publicou a 1.ª edição do *Traité élémentaire de procédure civile*⁷¹.

O capítulo II da 4.ª parte versa sobre «*les principes directeurs de la procédure française*»⁷², expressão utilizada pela primeira vez na processualística francesa.

⁶⁹ N. PICARDI e A. GIULIANI (a cura di), *Codice di procedura civile del Regno D'Italia, 1865*, Milano, 2004: 20.

⁷⁰ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano”, *Studi in Onore di Vittorio Denti*, Vol I, Cedam, Padova, 1994: 2/3.

⁷¹ Publicada pela Sirey em Paris.

⁷² *Ibidem*: 462–467. Sobre a génese dos chamados *principes directeurs de la procédure française*, e sobre os autores que mais contribuíram para o seu desenvolvimento e consagração legislativa em França, ETIENNE VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire, Étude d'une catégorie juridique*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 2000: 10 ss., disponível na internet, 28.07.2020, e KNUT NÖRR, *Verso il processo...*, op. cit.: 83–93.

Esses princípios, aplicáveis a todos os processos independentemente da jurisdição, são: 1.º «*La direction du procès est abandonnée aux parties*»; 2.º «*la procédure est contradictoire*»; 3.º «*la procédure est tout à la fois orale et écrite, avec prédominance de l'un des deux caracteres suivant les cas*».

A expressão *principes directeurs du procès* provém directamente da influência que teve na Europa continental a obra de Robert W. Millar, *The formative principles of civil procedure*⁷³ e indirectamente da expressão alemã *Grundprinzipien*, ou, melhor dito, da expressão *Prinzipien der Gestaltung* usada na Alemanha por Von Bar⁷⁴.

Como observa Luis Patricio Muñoz, pese embora o carácter já mítico da obra de Millar, este não criou nenhuma exposição nova dos princípios, somente os sistematizou em número de oito: 1.º Bilateralidade; 2.º Aportação de parte e investigação judicial; 3.º Impulso dispositivo e judicial; 4.º Ordem consecutiva, preclusão e acumulação; 5.º Prova formal e racional; 6.º Oralidade e escrita; 7.º Imediação e mediação; 8.º Publicidade e segredo⁷⁵.

A Morel costumam-se associar os nomes de Henry Vizioz, Henri Motulsky e Gerard Cornu como responsáveis pela consagração dos princípios directores no Código de Processo Civil de 1975.

A Vizioz atribui-se a consolidação da nova terminologia no domínio do processo civil, especialmente focada nos princípios do dispositivo e do contraditório⁷⁶. Da pena de Motulsky saíram os estudos que serviram de inspiração

⁷³ Publicado em Northwestern University Press, 1923, *reprinted from Illinois law review*, (1923) Vol. 18, I, 25 ss. De origem escocesa, Millar nasceu em 10 de abril de 1876 e emigrou para os Estados Unidos quando só tinha 10 anos. Os seus primeiros estudos de direito foram realizados na Universidade de Northwestern onde exerceu a docência durante 27 anos e obteve a qualidade de professor emérito. Apesar de viver e ensinar num país de *common law*, foi um interessado estudioso dos sistemas de *civil law* e manteve uma intensa ligação com juristas e instituições europeias. Esteve várias vezes em Itália por motivos de estudo. A primeira aparição dos *Formative principles* foi objecto de uma recensão por PIERO CALAMANDREI, em *Rivista di diritto processuale civile*, 1924, I, 125, e a segunda pelo mesmo na *Rivista*, 1928, I, 67. V. ainda F. CARNELUTTI, “Robert Winess Millar”, *Rivista diritto processuale*, 1959, 436, T. Carnacini, “Robert Winess Millar”, *Rivista trimestrale diritto civile*, 1959, 283 ss, e Franco Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, Giuffrè, Milano, 1991: 256, 269, 275, 311, 323 e 324.

⁷⁴ ROBERT W. MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Ediciones Oljnik, Santiago-Chile, 2019: 42. Sobre esta influência, GEORGES ROUHETTE, “L'influence en France de la science allemande du procès civil et du code de procédure civile allemand”, *Colloque de Passau*, 15-15 out. 1989: 217 ss.

⁷⁵ LUIS PATRICIO RIOS MUÑOZ, “Estudio preliminar a Los principios formativos del procedimiento civil de Robert W. Millar”, em Robert W. Millar, *Los principios formativos...*, op. cit.: 11.

⁷⁶ HENRY VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, 1955: 441.

na redacção do novo código na parte relativa aos princípios directores, e da de Gerard Cornu a redacção final do projecto⁷⁷.

Em 1966, Motulsky publicou um estudo intitulado *La réforme du code de procédure civile par le Décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*⁷⁸.

Nesse estudo o autor considera como *fundamentais e intangíveis* três princípios:

«a) As partes são as donas do litígio no sentido em que só elas podem *iniciar e fazer cessar* a instância.

b) As partes são donas da *matéria* litigiosa no sentido em que só os *materiais por elas levados* podem ser utilizados no julgamento: consiste nisso o significado do famoso princípio dito *dispositivo*, cujo corolário é a *neutralidade do juiz*.

c) O processo é enfim dominado pela mais importante das regras às quais se deve inclinar a actividade jurisdicional: a de que qualquer justiça digna desse nome exige o respeito dos *direitos da defesa*⁷⁹.

O autor explica a razão pela qual prefere a expressão «respeito dos direitos da defesa» a «princípio do contraditório»: considera que aquele princípio tem o valor de um «imperativo universal» e se funda no direito natural, ao passo que só podem pretender ao epíteto de «fundamentais» os princípios do dispositivo e da liberdade de iniciar e de abandonar o processo. Por sua vez, os princípios da publicidade, oralidade, iniciativa no decurso da instância, carácter contraditório por oposição ao carácter unilateral são, em grande parte, problemas de *organização* do processo, defendendo, para acomodar esses princípios um critério de *dosagem* e não de exclusão pelos princípios contrários (*v.g.* carácter secreto do processo, processo escrito, ou não contraditório) e o critério, algo ambíguo, de «imperativo de justiça»⁸⁰.

⁷⁷ Em 1969, por iniciativa do Ministro da Justiça René Capitant, foi criada uma comissão encarregada de redigir um novo Código de Processo Civil. Essa Comissão era constituída por 40 membros, de entre os quais 6 professores de Direito: Jean Foyer (presidente), Motulsky (falecido em 1971), Perrot, Giverdon, Terré e Cornu, tendo sido este o relator do projecto final. Sobre o *nouveau Code de procédure civile* de 1975, CÉCILE CHAINAIS, FRÉDÉRIQUE FERRAND, LUCIE MAIER, SERGE GUINCHARD, *Procédure Civile, Droit interne et européen du procès civil*, 34.ª ed., Dalloz, Paris, 2018: 33 ss.

⁷⁸ Publicado em *Juris-Classeur Périodique*, 1966.I.1996; id. HENRI MOTULSKY, *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010: 130-183.

⁷⁹ HENRI MOTULSKY, *ibidem*: 131/132. Sobre os princípios directores, especialmente à luz do pensamento de Motulsky, veja-se *Les principes directeurs du procès en droit compare à l'aune de la pensée de Motulsky (sous la direction de Vincent Bolard et Myrian Pierat)*, Dalloz, 2019.

⁸⁰ *Ibidem*. 132. Defendendo que os direitos da defesa são direito natural, MOTULSKY, “Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la defense em procédure civile”, *Ibidem*: 60-84.

Tomando por base os estudos de Motulsky, uma parte da doutrina francesa identifica quatro princípios essenciais do novo processo civil: o *princípio da iniciativa*, aplicável ao começo e ao fim da instância, o *princípio dispositivo*, correspondente à primeira parte do adágio – *Da mihi factum* –, o *princípio da jurisdição*, correspondente à segunda parte do adágio – *dabo tibi jus* –, e o *princípio do contraditório*⁸¹.

Um dos propósitos de Motulsky foi analisar se e em que medida o novo regime do decreto de 13 de outubro de 1965 que regulou de nova forma as actuações dos chamados, a partir de então, *juge des mises en état* e *juge rapporteur*, violava os princípios dispositivo e do respeito devido aos direitos da defesa.

Ora, o autor conclui que a resposta a tal questão deve ser negativa. Para ele, «a admissão de uma iniciativa do juiz em matéria jurídica não [é] em nada incompatível com o princípio dispositivo entendido de uma forma saudável»; «é evidente que a missão confiada agora de uma maneira clara ao magistrado será ainda mais delicada de desempenhar pelo magistrado se além de poder suscitar de ofício *moyens de droit*, puder pedir *esclarecimentos de facto*, e se a sua tarefa de averiguação tiver de se conciliar com um outro aspecto da neutralidade, que é a interdição para o juiz de se fazer auxiliar por uma das partes. Mas basta, parece, dar-se conta deste obstáculo para se estar quase seguro de poder evitá-lo.

Em qualquer caso, o legislador teve o cuidado de eliminar ele-mesmo o risco mais grave, que consistiria em soluções de *surpresa*: a grande garantia da parte, insistimos mais uma vez, reside na protecção dos direitos da defesa⁸² e, quanto a essa protecção, Motulsky mostrava-se sossegado.

Como afirma Cécile Chainais, o Novo Código de Processo Civil de 1975 «está atravessado por um sopro, que lhe é dado pelos seus 24 primeiros artigos, consagrados, no título do capítulo I do seu livro I, aos “princípios directores do processo”⁸³.

Esta noção de princípios directores do processo contencioso é moderna e mostra uma nova maneira de arrumar as matérias. Os franceses consideram esses princípios e o seu lugar primeiro no diploma, o frontão do código, a quintessência do processo, “a imagem de marca do novo Código”, “o traço permanente que os redactores legaram à posteridade”⁸⁴.

Talvez haja nisto algum exagero. Mas a verdade é que esta técnica se encontra adoptada em muitos códigos ulteriores dentro e fora da Europa. Além das

⁸¹ VINCENT BOLARD, “La philosophie des principes directeurs du procès”, Les principes directeurs..., op. cit.: 10 ss.

⁸² *Ibidem*: 180/181.

⁸³ CÉCILE CHAINAIS *et alli*, *Procédure civile*, op. cit.: 36.

⁸⁴ *Ibidem*: 318.

Civil Procedure Rules inglesas de 1998 com os seus «*overriding objectives*», podemos mencionar o *Código General del Proceso* do Uruguai de 1988 (artigos 1.º-11.º), o *Código de Procedimiento Civil* venezuelano de 1990 (artigos 1.º-27.º), o *Código Procesal Civil* peruano de 1993 (artigos 1.º-10.º), o *Código de Processo Civil da Albânia* de 1996 (Parte I, Título I), o *Code de procédure civile, commerciale et sociale* do Mali de 1999 (Título I, Capítulo I, artigos 1.º-17.º), o *nouveau Code de procédure civile* da República Federal Islâmica das Comores de 2001 (Livro I, Título I, Capítulo I, artigos 1.º-29.º), o *Code de procédure civile* de Madagascar de 2003 (Primeira parte, Disposições preliminares, Capítulo I, artigos 1.º-24.º), o *Código de Processo Civil* brasileiro de 2015 (artigos 1.º-12.º) e o *nouveau Code de Procédure civile* do Luxemburgo de 2018 (I.^a Partie, Livre 1.º, Titre II), e, ainda, o *Código de Processo Administrativo italiano* de 2010⁸⁵ e o *Código de Processo Civil português* de 2013.

7. Os princípios na codificação do direito processual civil português

Sendo embora um jusnaturalista, Alexandre de Seabra não deixou marcas desta doutrina no Código de processo cujo projecto elaborou.

Em perfeita sintonia com os códigos de processo civil do seu tempo, o Código de Processo Civil de 1876 está dividido em IV livros, contendo o primeiro as regras aplicáveis ao processo em geral (disposições gerais, competência, actos e termos do processo, cartas de ordem, precatórias e rogatórias e mandados, requerimentos, articulados, alegações, despachos e sentenças, custas e multas, nulidades, confissão ou desistência do pedido e transacção, caso julgado), e acompanhando os restantes três o desenvolvimento do processo nos três graus de jurisdição (do processo nos tribunais de primeira instância, do processo nas relações, do processo no supremo tribunal de justiça).

⁸⁵ O Código estabelece no Título I, Capítulo I, os «princípios gerais» da jurisdição administrativa: o princípio da efectividade (artigo 1.º: a jurisdição administrativa assegura uma tutela plena e efectiva de acordo com os princípios da Constituição e do direito europeu), do justo processo (artigo 2.º: paridade das partes, contraditório, e prazo razoável), e da motivação e sinteticidade dos actos (artigo 3.º). O artigo 39.º acrescenta que «em tudo não disciplinado pelo presente código aplicam-se as disposições do código de processo civil, desde que compatíveis ou expressão dos princípios gerais». Para PAOLO GROSSI, o chamado Código de processo administrativo italiano de 2010 não é verdadeiramente um código, antes «consiste sobretudo numa espécie de grande moldura, um desenho de princípios, que, enquanto princípios e não regras vinculantes no seu detalhado conteúdo, acabam implicitamente por conceder amplo espaço ao intérprete, em particular ao juiz chamado a fornecer conteúdos específicos em relação ao carácter concreto do caso», *Oltre la legalità*, Editori Laterza, Bari, 2020: 94.

A evolução do pensamento jurídico entre nós, na segunda metade de oitocentos e primeira metade de novecentos, da escola da exegese à jurisprudência dos conceitos, passando pelo naturalismo jurídico e pelo krausismo, não criou um ambiente cultural propício ao incremento de qualquer «principiologia».

O Código de 1939 está dividido em quatro livros: Livro I – *Da acção*; Livro II – *Da competência e das garantias de imparcialidade*; Livro III – *Do processo*; Livro IV – *Do tribunal arbitral*.

Este plano de exposição das matérias mereceu desde cedo a preferência de José Alberto dos Reis. Seguidor da obra de Chiovenda, Alberto dos Reis estudou a famosa prelecção de Bolonha de 1903 – «A acção no sistema dos direitos».

Desde as suas lições universitárias sobre teoria do processo de 1904, José Alberto dos Reis passou a adoptar um plano de estudos para o processo civil assente na tríplice distinção entre *acção*, *competência* e *processo*⁸⁶.

De tal maneira se arreigou no seu espírito a bondade deste plano que José Alberto dos Reis o irá transpor para a sistematização que preside à estrutura do Código de Processo de 39.

Explicando o seu pensamento, escreve o autor: «A justificação das três primeiras divisões [do Código] e do seu conteúdo é fácil de fazer. O processo põe em contacto e em movimento três figuras, três entidades: o *autor*, o *réu* e o *juiz* (as partes e o tribunal). [...] Antes de se cuidar de saber como se propõe a acção e qual o andamento dela depois de proposta, matéria de que se ocupa o livro *Do processo*, importa determinar quem há-de propor a acção (capacidade e legitimidade do autor), contra quem há-de ser proposta (capacidade e legitimidade do réu) e em que tribunal deve ser intentada (capacidade e legitimidade do juiz)»⁸⁷.

É duvidoso que se deva vincular a ordem de exposição das matérias de um código a uma visão tão fortemente doutrinária. Acresce que, enquanto Chiovenda sublinhava a importância do estudo da relação processual e dos respectivos pressupostos processuais, José Alberto dos Reis destaca, de entre estes, a competência, o que é uma reminiscência da importância lectiva da matéria respeitante à organização judiciária e do peso do magistério do seu mestre, Manuel Oliveira Chaves e Castro, que dedicou precisamente à competência dos tribunais a sua obra maior⁸⁸.

Importa agora dizer algo sobre as *características* do Código. O Código de 39, de acordo com o próprio Alberto dos Reis, foi configurado na base de três

⁸⁶ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Theoria do Processo*, Coimbra, 1904: 50.

⁸⁷ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, «O novo Código...», op. cit.: 81.

⁸⁸ Refiro-me à obra *A organização e competência dos tribunais de justiça portugueses*.

princípios fundamentais: o princípio do *juiz forte, activo e informado*; o princípio da *oralidade* e o princípio da *concentração*.

Contudo, estes princípios são essencialmente princípios ideológicos, três ideias-força onde se fez assentar o novo edifício processual, mas sem serem erigidos em normas sobre normas e destacados enquanto tal no código, como aconteceu no novo código de processo francês.

Compulsando o Código de 39, facilmente se constata que é também um código de regras tendencialmente completo para o direito processual, deixando os princípios reservados para o direito substantivo, como se disse acima a propósito dos códigos de processo de oitocentos.

O Código abre com um capítulo dedicado às disposições gerais, não de todo o processo, mas da acção, no qual sobressai o artigo 3.º, onde a necessidade do pedido e da contradição não são transmutados, não por acaso, em princípios directores.

De resto, Alberto dos Reis, o qual, diga-se de passagem, tirando o livro *Processo Ordinário, Civil e Comercial* de 1907, nunca escreveu uma obra que versasse sobre os principais temas do processo civil declarativo, também nunca se debruçou *ex professo* sobre a categoria dos princípios, o que eram e representavam no sistema de direito.

Tal perspectiva só surge pela primeira vez nas lições de Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*⁸⁹, como elemento de estudo da disciplina cuja regência assegurou a partir de Janeiro de 1934, em substituição de Alberto dos Reis, quando este foi incumbido de efectuar os estudos necessários para a reforma do Código de Processo Civil.

Manuel Andrade enuncia, sem carácter taxativo, XIII princípios fundamentais do processo civil, com especial referência ao processo declaratório, a saber: I. Princípio dispositivo; II. Princípio da auto-responsabilidade das partes; III. Princípio do contraditório (audiência contraditória); IV. Princípio da igualdade das partes; V. Princípio da eventualidade ou da preclusão; VI. Princípio da livre apreciação das provas; VII. Princípio da aquisição processual; VIII. Princípio da imediação; IX. Princípio da concentração, da oralidade e da identidade do juiz; X. Princípio da legalidade das formas processuais; XI. Princípio da economia processual; XII. Princípio da celeridade processual; XIII. Princípio segundo o qual a inevitável demora do processo, ou ainda a necessidade de recorrer a ele, não deve ocasionar dano à parte que tem razão.

Deve-se a Manuel de Andrade ter sido ele «quem abriu as portas que deitam directamente da ciência jurídica nacional sobre a ampla e rica literatura

⁸⁹ Publicada pela última vez em 1976 pela Coimbra Editora.

processual germânica», influência que se nota precisamente, entre outros aspectos, na formulação dos princípios fundamentais do processo civil⁹⁰.

Estavam, como estão ainda, abertas as portas da doutrina nacional, quando em 2013 se reformou, uma vez mais, o Código de 39. O Código passou a estar composto por seis livros, a saber: Livro I – *Da acção, das partes e do Tribunal*; Livro II – *Do processo em geral*; Livro III – *Do processo de declaração*; Livro IV – *Do processo de execução*; Livro V – *Dos processos especiais*; Livro VI – *Do tribunal arbitral necessário*, sendo que o Título I do Livro I é intitulado *Das disposições gerais e dos princípios fundamentais*.

Sem rasgo ou originalidade, os redactores da reforma quiseram enunciar algumas linhas essenciais que configuram o processo.

Estão agora elencados os seguintes dez princípios, encastoados de resto na tela original do diploma:

- Art.º 1.º: Princípio da prevalência da heterotutela sobre a autotutela;
- Art.º 2.º: Princípio do acesso a uma justiça efectiva, tempestiva e adequada;
- Art.º 3.º: Princípios do pedido e do contraditório;
- Art.º 4.º: Princípio da igualdade das partes;
- Art.º 5.º: Princípio da averiguação judicial;
- Art.º 6.º: Princípio da gestão processual;
- Art.º 7.º: Princípio da cooperação;
- Art.º 8.º: Princípios da boa-fé e lealdade processuais;
- Art.º 9.º: Princípio da recíproca correcção;
- Art.º 9.º-A: Princípio da utilização de linguagem simples e clara.

A lei considera estes princípios *fundamentais*. Os estudiosos costumam também chamar a estes princípios, caracterizados por serem legislativamente enunciados, na forma de lei escrita, princípios «expressos». Como realça Angelo Falzea, «a exigência da solene evidenciação nos textos legislativos é conatural à supremacia a eles atribuída em todo o contexto do direito positivo e ao papel condicionante que daí deriva a respeito de qualquer outra regra do ordenamento; uma exigência, essa, que explica como, além da solenidade do escrito, se recorra na ocorrência a uma distinta colocação topográfica, num espaço textual expressamente destinado a reunir o conjunto destes princípios»⁹¹.

A lista legal dos princípios fundamentais não esgota, porém, o elenco dos princípios expressos. A lei processual considera ainda como princípios (não

⁹⁰ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, “Manuel de Andrade e o ensino do processo civil”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXXV (1959): 52/53 e 55.

⁹¹ ANGELO FALZEA, *I principi generali del diritto...*, op. cit.: 358.

fundamentais) o princípio da limitação dos actos (art.º 130.º), o princípio da fundamentação das decisões (art.º 154.º), o princípio da estabilidade da instância (art.º 260.º), o princípio do inquisitório (art.º 411.º) o princípio da audiência contraditória (art.º 415.º), o princípio da plenitude da assistência do juiz (art.º 605.º) e o princípio da publicidade e continuidade da audiência (art.º 606.º).

Não acho curial proceder a um alargamento da lista, designadamente a coberto da defesa da existência de princípios implícitos. O perigo de uma tal operação consiste em ampliar em excesso o número de princípios do processo e de afogar na massa aqueles que o próprio legislador quis eleger enquanto tais.

Como diz Jacques Héron, «acontece com os princípios o mesmo que com os direitos fundamentais: quanto mais são em número, menos valem. Quando tudo se torna fundamental tudo deixa de o ser e quando tudo nos pretende conduzir mais depressa nos perdemos. Pensando bem, com um pouco de imaginação, é fácil ver princípios em todas as coisas e deles fazer a quintessência de quaisquer mecanismos jurídicos»⁹².

Realmente, o que impede, por exemplo, *com um pouco de esforço e de imaginação*, que os nossos juízes deduzam de um conjunto de proposições normativas ou inventem com recurso a elementos de heterointegração outros princípios, além dos legalmente expressos, tais como, por hipótese, os princípios da coerência, do diálogo, da ética conversacional, da não dispersão da prova ou, ainda, como tem acontecido com a jurisprudência brasileira, princípios chamados de identificação dos documentos anexados por via electrónica, para com esse fundamento rejeitar recursos, de moderação, na fixação das custas e de honorários, da transparência, para sanar actos nulos, etc., etc.⁹³?

Importa, por isso, evitar e contrariar o subterfúgio de mascarar e fazer passar sob a capa de princípios meras construções oportunistas de espíritos irrequietos.

Voltando ao elenco legal. O que desde logo salta à vista é que os designados princípios fundamentais não se encontram ao mesmo nível. O princípio do contraditório e da igualdade das partes mais do que um princípio é, como dizia Motulsky, um «imperativo universal», a essência do processo. Como afirma

⁹² JACQUES HÉRON/THIERRY LE BRAS, *Droit judiciaire privé*, 3.ª ed., Montchrestien, Paris, 2006: 193/194. André de la Oliva Santos sublinha também que «é erróneo e perturbador denominar “princípios” todos os critérios gerais em virtude dos quais se opta por regular de um modo ou de outro o processo ou certos aspectos ou actuações deste»; “*cuando tudo são princípios, nada é princípio*”, *El papel del juez en el Proceso Civil, Frente a ideologia, prudentia iuris*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2012: 18.

⁹³ IGOR RAAZ, “Ausência de um estatuto epistemológico dos princípios no direito processual brasileiro e o projecto instrumentalista de recrudescimento do poder jurisdicional”, disponível em empododireito.com.br/leitura/11.

Girolamo Monteleone, «o processo jurisdicional é a organização jurídica do contraditório: o processo é o contraditório no seu desenvolvimento. Portanto, jurisdição, juízo, processo e contraditório nada mais são do que sinónimos, as várias faces ou projecções de um único fenómeno»⁹⁴.

Por outro lado, o princípio da cooperação, como já analisei noutro lugar⁹⁵, vive à sombra do inquisitório e da averiguação judicial, ou, segundo outro ponto de vista, é um biombo que mal serve para aquele se esconder⁹⁶.

Quanto ao princípio da gestão processual, também demonstrámos ser um princípio filho do *esprit du temps*, do neoliberalismo e da Troika, que significa, no fim de contas, três coisas: direcção formal do processo pelo juiz, economia processual e sanção dos pressupostos processuais⁹⁷.

Além da morte, e não só simbólica, do dispositivo, dos «princípios» directores da reforma, pouco mais resta: o sancionamento da má-fé e dos abusos processuais e a obrigação de cariz deontológica de se ser correcto no trato. Até a parnasiana proclamação de que o conceito, ainda que fundo, seja entendido por todo o mundo, não escapa à crítica de se tratar de pouco mais do que uma mera recomendação de estilo, se não for acompanhada de uma profunda mudança de hábitos e de sistema⁹⁸.

8. Os princípios internacionais, europeus e constitucionais do processo

Os acontecimentos históricos que conduziram às duas guerras mundiais estão na origem da criação, em 1945, da Organização da Nações Unidas.

A Carta das Nações Unidas, entrada em vigor em 24 de outubro de 1945, estabelece como órgão principal das Nações Unidas o Tribunal Internacional de Justiça (artigo 7.º) adiante abreviadamente designado TIJ.

O Capítulo XIV da Carta dedica a esse tribunal cinco artigos (artigos 92.º a 96.º) dispondo o artigo 92.º que o TIJ será o principal órgão judiciário das Nações Unidas, que funcionará de acordo com os Estatutos em anexo, que

⁹⁴ GIROLAMO MONTELEONE, *Manuale di diritto Processuale Civile*, Vol. I, settima edizione, Wolters Kluwer, CEDAM, Padova, 2015: 17.

⁹⁵ Ver o meu artigo “A cooperação processual civil entre um novo modelo e a sombra do inquisitório”, *O Direito*, 151 (2019), I, 9-53.

⁹⁶ JOSÉ LUÍS RAMOS, “Cooperação: Novidade ou Biombo do Aumento dos Poderes do Juiz?”, *O Direito*, 151(2019), I, 55-64.

⁹⁷ Ver o meu artigo “Juizes Gestores”, *O Direito*, 151 (2019), IV, 731-769.

⁹⁸ Sobre a experiência belga em ordem a assegurar uma linguagem jurídica clara, DIDIER KETELS e FLORENCE COLS, “Le langage juridique clair dans le monde judiciaire belge”, *Et si on parlait du juticiabele du 21.º Siècle?*, (sous ladirection de Soraya Amrani-Mekki), Dalloz, Paris, 2019: 189 ss..

é baseado no Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da Carta.

O TIJ tem competência contenciosa e consultiva: decide, de acordo com o direito internacional, os litígios de natureza jurídica que lhe forem apresentados pelos Estados, e dá pareceres consultivos sobre questões jurídicas, a pedido dos órgãos das Nações Unidas ou de agências especializadas.

A regulamentação do processo perante o TIJ consta no essencial do Estatuto acima referido e do Regulamento do TIJ adoptado no dia 14 de abril de 1978.

Perante um regime bastante fragmentado que consta daqueles dois instrumentos, a jurisprudência do TIJ foi levada a integrar as lacunas detectadas com recurso aos princípios gerais do processo e à elaboração de regras práticas neles inspiradas.

Por outro lado, a doutrina produziu já um manancial de trabalhos analíticos que permitem prognosticar que o direito processual internacional se possa transformar num ramo do direito internacional público.

O processo internacional distingue-se dos processos internos, em dois pontos marcantes: em primeiro lugar, na justiça internacional os sujeitos processuais, a quem é reconhecida plena legitimidade processual, são essencialmente os Estados (artigo 34 Estatuto); em segundo lugar, no ordenamento interno, a jurisdição é obrigatória ao passo que na ordem internacional o processo é facultativo, dependendo da vontade dos Estados.

Este último aspecto confere ao processo internacional características próprias de um processo arbitral e também por isso, pese embora a tendência do TIJ para a «jurisdicionalizar» cada vez mais o processo, é apropriado dizer-se, com Stefania Negri, «que o processo elaborado perante o Tribunal internacional de justiça apresenta os caracteres típicos tanto da função judiciária como do regulamento arbitral»⁹⁹.

Esta autora, num trabalho de análise da jurisprudência do TIJ¹⁰⁰ ao longo de mais de 70 anos de actividade, explica que os princípios de direito processual internacional são autónomos em relação aos princípios gerais dos processos de derivação estatal – o que não significa, bem entendido, que estes não tenham tido influência-, e que, em matéria de processo, o TIJ nunca fundamentou qualquer decisão em qualquer um dos «princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas» previstos no artigo 38.º, 1, c) do Estatuto, e

⁹⁹ STEFANIA NEGRI, *I principi generali del processo internazionale nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia*, 2.ª ed., Edizioni scientifiche Italiane, 2020: 74/75.

¹⁰⁰ Mas também da jurisprudência de outros tribunais internacionais permanentes, tais como o Tribunal internacional do direito do mar, do Tribunal de justiça centro americana e o tribunal interamericano.

demonstra que o TIJ não se limitou a dar relevância e a aplicar normas já consagradas no plano internacional, antes «desempenhou um papel determinante na reconstrução do núcleo fundamental dos princípios gerais do processo judiciário de matriz seguramente internacional»¹⁰¹, tendo contribuído para o fenómeno chamado de *cross-fertilization* (fertilização cruzada) desses princípios.

Stefania Negri destaca e analisa os seguintes princípios do processo internacional, uns derivados do Estatuto e Regulamento, outros da *praxis* do TIJ:

- *Princípio do consenso* (artigo 36.º, 1, Estatuto): só o acordo de todos os Estados envolvidos é idóneo para instituir a jurisdição do TIJ e para lhe conferir a necessária competência para examinar e resolver as controvérsias;
- *Princípio compétence de la compétence* (artigo 36.º, 6, Estatuto): qualquer controvérsia sobre a jurisdição do TIJ será resolvida por decisão do próprio TIJ;
- *Princípio juris novit curia* (artigo 38.º Estatuto): o juiz internacional procede autonomamente à identificação, interpretação e aplicação das normas internacionais pertinentes ao caso, sem estar vinculado à indicação por parte dos Estados;
- *Princípio da liberdade do juiz em matéria de aquisição e valoração das provas* (artigos 58.º, 61.º, 62.º e 67.º do Regulamento);
- *Princípio onus probandi incumbit actori*: pertence ao autor o ónus de provar de forma adequada e suficiente os fundamentos da sua pretensão;
- *Princípio da livre colaboração das partes no julgamento de facto* (artigo 49.º Estatuto) – como decorrência do princípio da soberania, o juiz internacional não pode impor aos Estados a obrigação de produzirem meios de prova que o tribunal entenda necessários;
- *Princípio do livre convencimento do juiz na apreciação das provas*;
- *Princípio non ultra petita*: o TIJ só se pode pronunciar sobre as questões ou pontos de direito compreendidos nas pretensões expressamente deduzidas pelos Estados, estando vedadas a extrapetição, a ultrapetição e a omissão de pronúncia;
- *Princípio res judicata*: (artigos 59.º e 60.º, Estatuto) respeitante aos efeitos, formais e materiais, vinculantes produzidos pela sentença internacional no caso concreto, no que tange às partes no processo, em obséquio ao brocardo *res inter alios judicata neque nocet neque potest*;
- *Princípio da igualdade das partes*: por muitos considerado um princípio de «direito natural do processo» e com absoluta relevância e primazia sobre

¹⁰¹ *Ibidem*: 240.

qualquer disposição contrária, «destina-se a assegurar às partes o gozo de iguais direitos de natureza processual e traduz-se no dever do juiz garantir a todos os Estados envolvidos no processo a chamada “igualdade de armas” parte integrante do direito a um processo equitativo (*fair trial*), que por sua vez constitui uma exigência ditada pelo direito internacional consuetudinário (“*a requirement of customary international law*”)¹⁰². O princípio impõe «ao juiz internacional que diligencie a fim de que nenhuma das partes se encontre em condições de vantagem na apresentação do caso e, eventualmente, que neutralize qualquer vantagem gozada por uma delas»¹⁰³. Na prática, «a igualdade das partes substancia-se na garantia de gozar das mesmas “oportunidades” oferecidas pelo processo contencioso e de exercer os mesmos direitos processuais; ter a possibilidade de submeter ao juiz as próprias argumentações; apresentar escritos defensivos e provas nos mesmos termos; praticar o mesmo número de actos processuais; dispor do mesmo tempo útil e expor o próprio ponto de vista no decurso da fase oral, em contraditório com a contraparte; ter igual direito de réplica; pretender a observância rígida das regras de processo e das “*rules of debate*”¹⁰⁴.

Ao princípio da igualdade liga-se o *princípio do contraditório* considerado um seu corolário, com ampla consagração no Estatuto e no Regulamento (artigos 31.º, 35.º, 4, 36.º, 2, 53.º, 55.º, 56.º, 2, 58.º, 2, 66 e 67.º, 1, 79.ºter, 4, 80.º, 3, 84.º, 2, Regulamento).

Um outro nível que importa averiguar é o do direito europeu. Num rasgado elogio aos juízes do Tribunal de Justiça da União Europeia, diz Paolo Grossi: «o colégio judicial de Luxemburgo apresenta-se como uma laboriosa oficina, onde prestigiosos juristas procuram *valores* para com base neles construir *princípios* capazes de dar adequada fundação a situações jurídicas vitais para a existência do cidadão europeu»¹⁰⁵.

O direito europeu constitui uma ordem jurídica complexa, com uma estrutura composta por vários estratos que se erguem a partir de «uma camada profunda, radical, onde os valores se tornam princípios e os princípios consentem o reconhecimento de direitos fundamentais»¹⁰⁶.

¹⁰² *Ibidem*: 173.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*: 173/174.

¹⁰⁵ PAOLO GROSSI, *Oltre la Legalità*, op. cit.: 52.

¹⁰⁶ PAOLO GROSSI, *Oltre le Legalità*, op. cit.: 49.

Paolo Grossi realça o carácter jurisprudencial do direito europeu e o carácter tipificador da sua mensagem cultural e técnica e dá como exemplo três acórdãos do Tribunal de Justiça (sentenças *Stauder*, *Internationale Haldelsgesellschaft* e *Nold*, respectivamente de 12 de novembro de 1969, 17 de dezembro de 1970 e de 14 de maio de 1974), dos quais sobressai a existência de uma imbricação entre direitos fundamentais/tradições constitucionais comuns aos Estados-membros que logo se tornou «um recurso teórico para a satisfatória identificação de situações subjectivas vitais para o cidadão europeu»¹⁰⁷.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 6.^º¹⁰⁸, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 47.^º¹⁰⁹, consagram ambas o direito a um processo equitativo¹¹⁰.

Tanto o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) como o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) têm assegurado, na respectiva esfera de competências, as garantias oferecidas por aqueles artigos.

¹⁰⁷ *Ibidem*: 49/50. No segundo desses acórdãos, na versão portuguesa, pode ler-se: «A invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na Constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado.

No entanto, o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. A salvaguarda desse direito, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da comunidade».

¹⁰⁸ «1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça».

¹⁰⁹ Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal.

Qualquer pessoa tem direito a que a causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Qualquer pessoa tem a possibilidade de fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

¹¹⁰ O Tratado da União Europeia enuncia um conjunto de princípios (da leal colaboração: artigo 4.º, atribuição, subsidiariedade, proporcionalidade: artigo 5.º), além de conter um Título dedicado às “Disposições relativas aos princípios democráticos” (artigos 9.º-12.º), e o Tratado sobre o funcionamento da União Europeia contém, também, uma primeira parte intitulada “Princípios”, além de enunciar alguns deles em matéria de ambiente (artigo 191.º), mas que aqui não serão tratados.

Em que medida os princípios da iniciativa, do dispositivo, da jurisdição e do contraditório têm sido afirmados e elaborados pelos tribunais europeus, ao assegurar o respeito das referidas garantias, foi o que indagou Georges Ravarani, juiz no TEDH, em recente estudo¹¹¹.

Ora, tendo percorrido a jurisprudência dos dois tribunais europeus, o autor pôde concluir que «se o princípio do contraditório está claramente afirmado e elaborado, os três outros princípios – o princípio da iniciativa, o princípio dispositivo e o princípio da jurisdição – não estão mencionados por estes nomes, ainda que se possa detectar uma aplicação desses princípios num certo número de arestos»¹¹².

Porém, como «em casa de ferreiro, espeto de pau», «fazendo voar em estilhaços as regras processuais relativas à reparação equitativa e mais geralmente, minando os alicerces do regulamento do tribunal apesar da importância e da razão de ser das regras de processo» (cfr. voto de vencido dos juízes Raimondi, O'Leary e Ranzoni), a Grande Chambre do TEDU, em manifesta violação do princípio *non ultra petita*, não viu especial impedimento em, por Acórdão de 30 de Março de 2017, no *Affaire Nagmetov c. Russie* (requête n.º 35589/08), arbitrar ao requerente, ex artigo 41.º da Convenção, a quantia de 50 000,00 € a título de indemnização por danos morais, apesar de não ter sido indicado o tipo de dano sofrido nem o montante pedido.

Vejamos agora o nível constitucional. No *Estado legislativo de direito*, os princípios não se procuravam na Constituição, mas na lei, sobretudo nos códigos, porque só ali continham força dispositiva.

Porém, o que caracteriza a nossa época, além da diversidade de regimes políticos, é, ao invés, a atribuição à Constituição da qualidade de norma jurídica, detentora da força normativa suprema, capaz de disciplinar, como nenhuma outra fonte, as relações entre os cidadãos e destes com o Estado, e, portanto, de fundar e tutelar os direitos.

Como defende Maurizio Fioravanti, «aquilo que caracteriza sob um plano histórico as democracias contemporâneas, as que nasceram – no que se refere à Europa – por volta da metade do século XX, da derrocada dos precedentes regimes totalitários, é a tentativa de confiar a resolução do histórico problema da garantia dos direitos à Constituição, através do mecanismo do controlo da constitucionalidade. Tal mecanismo desenvolveu-se no concreto da experiência daquelas democracias valorizando sempre mais o papel dos Tribunais, não

¹¹¹ GEORGES RAVARANI, “Les principes directeurs du procès en droit européen”, op. cit.: 47-78.

¹¹² *Ibidem*: 51.

só dos supremos, mas também dos ordinários, que viram assim mudar radicalmente [...] o sentido do seu operar, do seu papel, do exercício da sua função»¹¹³.

Esta tentativa de construir um eficaz sistema de garantia constitucional dos direitos representou, segundo o autor, uma relevantíssima mudança no plano histórico: não foi só um aperfeiçoamento da anterior forma de Estado, mas antes uma mudança profunda, uma autêntica *Verfassungswandlung*, que resultou numa nova forma de Estado: o *Estado constitucional*¹¹⁴.

Não admira que, neste ambiente cultural, com o passar dos anos, se tenha consolidado na doutrina a ideia de que o direito processual não é mais do que *direito constitucional aplicado*¹¹⁵.

Fala-se hoje abertamente de teoria constitucional do processo que se debruça *v.g.* sobre as inconstitucionalidades do processo, os princípios constitucionais do processo, sobre a existência ou não de uma matriz ou de um modelo constitucional de processo ou ainda sobre os conceitos de acção e de jurisdição¹¹⁶.

Neste plano, foram elevados a nível constitucional, por respeitarem a direitos considerados fundamentais, o direito de acesso a tribunais, imparciais e independentes, por meio de acção ou de defesa (artigo 20.º, 1, da Constituição), o princípio do processo equitativo, na sua vertente de contraditoriedade e de igualdade de armas (artigo 20.º, 4), o princípio do prazo razoável (artigo 20.º, 4), o princípio da tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º, 5), o princípio da legalidade (artigo 203.º), o princípio do dever de fundamentação (artigo 205.º, 1) e o princípio da publicidade das audiências (artigo 206.º).

¹¹³ MAURIZIO FIORAVANTI, *La Costituzione Democratica, Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 51.

¹¹⁴ *Ibidem*: 52.

¹¹⁵ N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974.

¹¹⁶ JOÃO DE CASTRO MENDES, “Art. 206.º (Função jurisdicional)”, *Estudos sobre a Constituição*, 1.º Vol., Petrony, Lisboa, 1977; OLIVEIRA ASCENSÃO, “Reserva constitucional de jurisdição”, *O Direito*, 123(1991), II-472; CARLOS LOPES DO REGO, “Acesso ao Direito e aos Tribunais”, *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, “O Direito fundamental do acesso aos Tribunais e a reforma do Processo Civil”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra, 2001; PAULO CASTRO RANGEL, *Reserva de jurisdição – Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*, Porto, 1997, *Repensar o Poder Judicial*, Universidade Católica do Porto, Porto, 2001: 251-332; JORGE MIRANDA, “Tribunais, Juizes e Constituição”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 59(1999); JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil (antes da revisão de 1995-1996)”, *Estudos sobre o direito civil e processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002: 11-25; ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Constituição e Processo Civil”, *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007: 543-567; JOSÉ LEBRE DE FREITAS e CRISTINA MÁXIMO DOS SANTOS, *O processo civil na constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

Não creio que se possa dizer com consciência cultural e política que o modelo de processo configurado no Código de Processo Civil se encaixa com facilidade naquele conjunto de garantias e princípios¹¹⁷.

Com efeito, enquanto as sucessivas reformas democráticas do processo civil se têm preocupado, fundamentalmente, em aumentar e reforçar os poderes do juiz e diminuir os das partes¹¹⁸, esquecendo ou não querendo saber que as necessidades da justiça ficam melhor satisfeitas se aos interessados for deixada a liberdade de demarcar o objecto do processo civil e de nele intervir, conforme os seus interesses, a Constituição preocupa-se, sobretudo, em proteger e tutelar os direitos da pessoa humana e conceber o juiz como um órgão do processo que é o instrumento incumbido de ministrar justiça a quem a pedir.

9. Cinco argumentos contra o jusmoralismo «pós-moderno»

Quer a legislação, quer a decisão por princípios, defendidas por Rodotà, aqui estão, no meio de nós, aparentemente irremovíveis. O direito está dissolvido, como observa Agostino Carrino, «no mar sem limites dos princípios que geram princípios, dos valores fundados em valores, das sentenças que se erguem, neste ponto necessariamente, por cima dos interesses concretos dos particulares e da comunidade»¹¹⁹.

Para Paolo Grossi, o novecentos jurídico é um século longo, um século «pós-moderno». Ao contrário, por exemplo, de Hobsbawm que, no seu conhecido livro *The Age of Extremes* considera o novecentos um século curto, encaixado entre a Primeira Guerra Mundial e a implosão da União Soviética (1914–1991), Grossi considera que já nas últimas décadas de oitocentos se começam a sentir «germinações pós-modernas», que irrompem com a crise do Estado de direito, com a crise da lei e das fontes e com a função tradicional do intérprete

¹¹⁷ Não me parece que o «apagão» do dispositivo, que nem sequer o processo autoritário consagrado pela ditadura militar de 26 e depois mantido em 39 ousou afastar, seja aceitável à luz do respeito pela autodeterminação e pela dignidade de qualquer cidadão individualmente considerado.

¹¹⁸ É para mim claro que sendo o espaço processual um espaço limitado onde se praticam actos em sequência, a atribuição nesse espaço de mais poderes ao juiz só se pode fazer à custa das partes. A menos que se amplie «a torta», o que não é provável que aconteça em tempo de simplificação e economia processuais, será sempre assim.

¹¹⁹ AGOSTINO CARRINO, *La Costituzione Come Decisione, Contro i giurimoralisti*, Mimesis, Milano, 2019: 128. Este autor, que define Constituição, em sentido moderno, como a *decisão política fundamental em forma de lei que um povo, enquanto ente de cultura, assume sobre a modalidade e os conteúdos da própria existência estadual presente e futura*, procura superar a alternativa clássica entre decisão e norma por meio de uma visão unitária, inspirada em Schmitt e Kelsen.

da lei, para depois brotarem nas Constituições rígidas do pós-guerra, no direito jurisprudencial dos tribunais constitucionais e eurounitários e no direito global numa evolução constante ainda inacabada¹²⁰.

Porque me considero mais próximo de Hobsbawm e dos ecos da Marsehesa, não posso deixar de me inquietar com muitas destas germinações que conduziram ao agora chamado Estado constitucional de direito.

Esta época em que nos encontramos, de prevalência do neoconstitucionalismo, da principiologia e da teologia dos direitos, caracteriza-se por cinco diferentes mas complementares características, a saber: *desaparecimento da factispécie*; *incalculabilidade do direito*, *absolutismo axiológico*, *balança inexistente e espada esquecida* e, por fim, *activismo judiciário*.

9.1. *Desaparecimento da factispécie*

Emilio Betti, o introdutor em Itália do conceito e do nome *fattispécie*, explica desta forma o mecanismo interno de qualquer norma jurídica: « [...] preceito hipotético, ou seja condicionado, o qual consta de uma previsão (condição) e de uma correspondente disposição ou estatuição. Isto significa que nela a) se prevê em abstrato e em geral uma dada hipótese de facto ou fatispécie, b) se dispõe um correlativo tratamento jurídico. Isto é, estatui-se que, cada vez que se verifique tal factispécie, deve haver lugar para um correspondente e determinado efeito»¹²¹.

O direito para regular os factos futuros tem de dispor sobre eles, seleccionando-os e ensaiando reduzir a imprevisibilidade desses eventos. Para essa redução ser operativa e porque tais eventos são desprovidos de qualquer determinação, o direito necessita de os tipificar, de os considerar de modo geral e abstracto. «Mediante a factispécie, o direito “pensa” o futuro»¹²².

Ora, as normas-princípio surgem como normas sem factispécie ou com factispécie indeterminada, normas que não satisfazem o esquema hipotético «se A, então B», «mas atribuem direitos não condicionados, enunciando princípios e regras de convivência e tutelando interesses e bens colectivos»¹²³. Segue-se, na sua tarefa applicativa, o recurso pelo juiz a critérios meta ou supra-positivos, a passagem da lei ao direito e deste, ou em sua substituição, directamente

¹²⁰ PAOLO GROSSI, *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, 2011.

¹²¹ EMILIO BETTI, *Diritto Romano*, I, Padova, 1935: 4, citado por Natalino Irti, *Un Diritto Incalcolabile*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016: 21.

¹²² NATALINO IRTI, *Idem*: 21.

¹²³ *Ibidem*: 26.

aos valores, que não precisam de factispécie, porque tudo abrangem e a tudo respondem¹²⁴.

9.2. *Incalculabilidade do direito*

Segue-se ainda que o direito se torna incalculável. «*A calculabilidade só é garantida por factispécies abstractas de normas estáveis*»¹²⁵.

Os direitos ocidentais actuais foram engendrados a partir das necessidades e dos interesses que a actividade prática dos homens reveste nas estruturas sociais e económicas correspondentes.

Max Weber observa que o cálculo é o instrumento de precisão da racionalidade económica e do capitalismo ocidental. O capitalismo moderno foi posto a funcionar através de disposições legais racionais, em cuja duração se pode confiar, e calculáveis, portanto, no seu alcance e aproveitamento económicos¹²⁶; «as exigências de *calculabilidade* e de confiança no funcionamento da ordem jurídica e da administração da justiça são uma necessidade vital do capitalismo racional»¹²⁷; ou, dito de outro modo: «a *calculabilidade* é indispensável para o desenvolvimento do capitalismo, do funcionamento da organização estatal que lhe oferecem as normas racionais da moderna administração burocrática»¹²⁸.

O cálculo previsional, explica Nicos Poulantzas, «só pode ser satisfeito se o direito responder aos caracteres da abstracção, generalidade, formalismo e fixação em regras estáveis e duráveis. Só assim o direito poderá ser concebido de antemão como aplicável à grande maioria possível de casos. Só através da sua abstracção se poderá erigir em normas compreendendo casos específicos cada vez mais numerosos, só pela sua generalidade poderá adquirir uma autonomia em relação às particularidades de cada caso concreto, só pelo seu formalismo ele poderá realizar efectivamente uma independência em relação a um “conteúdo” sujeito às flutuações imponderáveis da economia, só pela sua regulamentação “sistemática” poderá assegurar uma fixidez durável, base de qualquer cálculo a respeito do futuro»¹²⁹.

¹²⁴ *Idem*: 36 e 50.

¹²⁵ *Ibidem*: 35.

¹²⁶ MAX WEBER, *Economia Y Sociedad, Esbozo de sociologia comprensiva*, Fondo de Cultura Economica, Madrid, 1993: 192.

¹²⁷ *Ibidem*: 238.

¹²⁸ *Ibidem*: 833.

¹²⁹ NICOS POULANTZAS, *Nature des Choses et Droit, Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, LGDJ, Paris, 1965, 258/259.

Poulantzas registava já, em 1965, uma tendência inversa, que se manifestava paralelamente nos direitos ocidentais, consistente numa regulamentação flexível e em fenómenos como os da arbitragem ou dos casos de não-direito¹³⁰.

Era, na altura, tarefa difícil suspeitar da dimensão que aquela nova tendência acabou por ter e muito menos avançar uma explicação para o facto de o capitalismo poder desfazer-se do direito formal e poder funcionar na base de um direito líquido, que dispensa as factispécies e os juízos subsuntivos¹³¹.

Para N. Irti, esta nova tendência presta-se a diferentes leituras: ou o capitalismo enfrenta outros poderes com capacidade para introduzir outros princípios materiais de decisão (consumidores; classes «débeis», etc.); ou o capitalismo não tem mais necessidade do direito estadual, das normas e das factispécies abstractas, porque conta com o seu próprio direito, a *lex mercatoria*, dos grandes escritórios de advogados, das arbitragens internacionais e dos acordos planetários; ou porque aposta na desregulação, na pirataria financeira e num capitalismo de aventura e especulativo¹³².

O que interessa aqui não é optar por qualquer uma destas leituras, mas sublinhar que o regresso a um *direito incerto*, apenas tornado certo com a sentença «criadora» do juiz, baseada, não numa regra preexistente, mas em considerações morais produzidas pelo próprio, pode converter o juiz burocrata num profeta e satisfazer os interesses de alguns negócios, mas não torna a vida segura para a maioria dos que anseiam por uma decisão previsível¹³³. Como por várias vezes tem realçado o nosso filósofo José Gil, «ninguém pense que se pode viver em estado instável. Só se vive com continuidades»¹³⁴.

9.3. *Absolutismo axiológico*

Comecei este trabalho com a distinção entre regras e princípios. Está agora na altura de acrescentar um terceiro conceito, o de valores.

O artigo 16.º, 2, da nossa Constituição preceitua que «os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpreta-

¹³⁰ N. IRTI, *Ibidem*, nota 18.

¹³¹ Karl Mannheim, por sua vez, correlacionava lei formal com capitalismo concorrencial e irracionalismo jurídico com capitalismo monopolista, N. IRTI, op. cit.: 16 e 39 ss.

¹³² *Ibidem*: 15 e 37.

¹³³ Contra o que chama a «lógica monística da factispécie», considerada de todo inadequada aos nossos dias, PAOLO GROSSI, op. cit.: 79 ss.

¹³⁴ JOSÉ GIL, “O futuro não me parece bom”, *Expresso*, 1 de agosto de 2020.

dos e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem»¹³⁵.

Quer isto dizer que, com esta regra, se pretendeu impregnar os direitos fundamentais «dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da ideia de Direito, à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensadas e postas em prática»¹³⁶.

Por outro lado, o artigo 1.º do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 dispõe que «o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código»¹³⁷.

Dois bons exemplos de profissão de fê nos valores e princípios supralegais, ideologia nova que impregna o neoconstitucionalismo e o jusmoralismo (pós) modernos.

Os princípios positivam valores, mas nem todos os princípios têm um conteúdo ético. Não se descortina que sentido ético subjaz ao actual artigo 9.º-A

¹³⁵ Na linha da Declaração francesa de 1789, a Assembleia Geral da ONU aprovou, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que enuncia em 30 artigos uma série de direitos fundamentais, a partir de um ideário de liberdade, de dignidade e de igualdade, imbuído de um espírito de fraternidade entre os homens (artigo 1.º). Ao lado das tradicionais liberdades – de pensamento, de associação, de tutela da liberdade pessoal contra medidas restritivas do poder –, da presunção de inocência, do direito a uma justiça imparcial, do princípio da legalidade das penas, do direito de propriedade, a Carta reconhece outros direitos: direito à privacidade (artigo 12.º), o direito a uma nacionalidade (artigo 15.º), direito ao casamento e de constituir família (artigo 16.º), direito à plena liberdade religiosa e à liberdade de culto (artigo 18.º), direito à informação (artigo 19.º), direito à segurança social (artigo 22.º), ao trabalho (artigo 23.º), ao repouso (artigo 24.º), a um adequado nível de vida (artigo 25.º), à educação e ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º). Acrescem ainda outros direitos políticos, designadamente a liberdade de circulação das pessoas dentro e fora do próprio país (artigo 13), o direito de asilo para quem seja perseguido por motivos políticos (artigo 14.º), e o direito de participar directamente através de eleições por sufrágio universal no governo do seu próprio país (artigo 21.º).

¹³⁶ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005: 140. Para Jorge Miranda, a função do artigo 16.º, 2, da Constituição consiste em situar os direitos fundamentais no contexto mais amplo da Declaração Universal, em vincar que os direitos conferidos pela Lei Fundamental não estão à mercê do Estado-poder e que, pelo menos, os direitos, liberdades e garantias pessoais não são direitos criados, mas direitos reconhecidos pelo Estado, por terem o seu fundamento na consciência jurídica dos homens e dos povos. Trata-se de uma concepção jusnaturalista dos direitos do Homem, não sendo, porém, imediata a eficácia da Declaração, “A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição” (artigo 16.º), *Estudos sobre a Constituição*, I, Livraria Petrony, Lisboa, 1977: 59-61.

¹³⁷ Sobre o artigo 1.º do CPC brasileiro, por todos, FREDIE DIDIER JR, *Curso de Direito Processual Civil*, I, 21.ª ed., Editora Juspodium, Salvador, 2019: 54.

do Código de Processo Civil, e assim será para quem veja no inquisitório uma regra meramente técnica.

De todo o modo, depois de integrados no sistema normativo, os valores não mantêm o seu *status* originário, sofrendo uma mutação semântica.

O processo de moralização do direito não é fenómeno novo. A ciência jurídica alemã no segundo pós-guerra encontrou na filosofia dos valores, mais do que no direito natural tomístico, considerado pouco moderno e científico, um instrumento de recuperação da legitimidade perdida. Partindo de uma ética material dos valores, alguns juristas procuraram «converter a actuação da Constituição de uma actuação de normas e decisões numa actuação de valores»¹³⁸.

Não cabe aqui indagar se esta conversão foi conseguida e o que aconteceu de novo de então para cá. Importa, no entanto, saber o que acontece e o que pode acontecer quando se vai à procura de superar a actual crise da lei e da política no arquivo da filosofia dos valores.

Os valores não têm um ser, mas uma validade; um valor não é, mas vale¹³⁹.

Os valores, ao contrário das normas, valem *em si* e *por si*, são independentes das coisas, dos bens e das factispécies.

Como bem explica P. Femia «os valores não estão nem dentro nem fora: são o outro do sistema. *Não estão fora* – não há um conteúdo, um cosmos, um sistema fundamental do qual depende ou brota o direito – na moral ou alhures. De outro modo o sistema jurídico seria colonizado por outros sistemas; ou então o argumento do exterior (“há um direito celeste, uma moral superior, etc.) é apenas um modo para actuar sobre o interior do sistema jurídico vedando adaptações para impedir respostas inoportunas às solicitações (irritações) do ambiente. *Não estão dentro* – porque, se estivessem dentro, seriam absorvidos pelas operações do sistema normativo, que em seu agir acaba por nivelar todos os conteúdos, eliminando as diferenças – já que, se cada diferença encontrasse uma resposta, uma prestação do sistema, então as diferenças não existiriam mais, mas haveria apenas prestações do sistema. *O estar sempre em outro lugar* dos valores, a sua alo-topia, determina-lhes a função de contestação do existente: não haverá jamais um ser adequado ao dever ser, porque qualquer que seja a realidade, sempre será possível imaginar um estado de mundo diverso, no qual os valores encontrariam uma realização maior»¹⁴⁰.

¹³⁸ CARL SCHMITT, *La tirania dei valori, riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Adelphi Edizioni, 2008: 32.

¹³⁹ *Ibidem*: 46.

¹⁴⁰ PASQUALE FEMIA, “Segni di valori”, *Civiltistica.com*, Rio de Janeiro, a.3,n.º 1, jan.-jun./2014:4, disponível em: <http://civiltistica.com/segni-di-valori/>. Data de acesso: 20.07.2020.

Neste estimulante estudo, que não é aqui possível sintetizar, o autor deixa claro que não é viável sistematizar valores, mas sim proposições, sinais, significados, normas, e que não é correcto falar-se *em aplicação de* valores como se fossem normas: os valores não constroem nem fundam regras, antes as destituem e lhes contestam a vigência¹⁴¹.

Não admira pois que as decisões judiciais fundamentadas exclusivamente em valores não estejam senão apoiadas no vazio ou em si mesmas e possam ser vistas como resultado do subjectivismo do intérprete e dos seus «pontos de ataque»¹⁴².

9.4. *Balança inexistente e espada esquecida*

A jurisprudência principialista, como vimos, serve-se do método interpretativo chamado «balanceamento dos princípios», percorrendo incansavelmente sobre pesos, pesagens e pratos da balança «sem pensar na figura que ergue no punho a balança, ou seja a justiça verdadeira e própria, que de princípios assim entendidos sabe bem pouco, tanto assim que no outro braço empunha de modo bem firme a espada»¹⁴³.

A designação dada a esta característica parte, como é manifesto, do símbolo da justiça que se encontra em todos os tribunais, e o presente número segue de perto o terceiro capítulo da obra de Claudio Luzzati, *Principi e Principi*.

O autor divide este capítulo em duas secções: a primeira – *La bilancia inesistente ovvero la dinamica dei principi* – é dedicada à balança que não existe, ainda que muitos se comportem como se existisse; a segunda – *La spada dimenticata ovvero la ricomparsa della politica* – é dedicada à espada que, ao invés, existe, ainda que muitos finjam que não existe¹⁴⁴.

Não sendo este o lugar para entrar em detalhes sobre a densa análise de Luzzati, importa, no entanto, reter a proposta do autor para a construção de um método efectivo para actuar uma mensuração dos princípios, tendencialmente rigorosa e indiscutível.

O autor descarta duas técnicas extremas e igualmente imprestáveis: «a primeira abordagem é *demasiado exigente* (ou demasiado pouco compreensiva). Retem que para se estar autorizado a falar de “balanceamento” é preciso não só construir um *sistema de medida* organizado *quantitativamente* mas também ter à

¹⁴¹ *Ibidem*: 42.

¹⁴² CARL SCHMITT, *Ibidem*:53 e N. Irti, op. cit.: 27.

¹⁴³ AGOSTINO CARRINO, *La Costituzione...*, op. cit.: 117.

¹⁴⁴ CLAUDIO LUZZATI, *Principi e Principi*, op. cit.: 122.

disposição *instrumentos* de precisão idóneos a determinar o peso dos princípios. É óbvio que assim o balanceamento dos princípios nunca se salvará; a segunda abordagem é *demasiado pouco exigente* (ou demasiado compreensiva). Para se poder falar de “balanceamento” como método praticável, esta abordagem contenta-se em exigir que os princípios a “ponderar” sejam *simplesmente tomados em consideração para compará-los no raciocínio justificativo*. Esta aproximação é tão débil e tolerante que bem pouco exclui: deste modo o balanceamento dos princípios salva-se quase sempre»¹⁴⁵.

Em alternativa ao que os juristas costumam chamar de balanceamento, isto é, a uma comparação feita caso a caso, com critérios variáveis e confusos e, na maioria das vezes, confortada nos precedentes dos tribunais constitucionais¹⁴⁶, o autor propõe um modelo normativo de balanceamento assente em três requisitos: i) *requisitos preliminares* (exigência de que os elementos a balancear sejam *do mesmo tipo e do mesmo nível*)¹⁴⁷; ii) *requisitos definitórios* (para que o balanceamento possa ser controlável e replicável, é preciso preencher determinadas condições de base, a saber: entre os elementos sujeitos a ponderação deve haver uma relação de um «ter igual peso» ou «pesar mais»; a preferência deve ser transitiva: se A pesa mais do que B e B pesa mais do que C, então A deve pesar necessariamente mais do que C; dados dois princípios em ponderação, só podem existir três possibilidades, que se excluem reciprocamente, e cuja relação não muda consoante o contexto: ou pesam o mesmo, ou o primeiro pesa mais do que o segundo ou vice-versa; deve utilizar-se um *único critério* para avaliar se um princípio pesa mais ou menos ou tem o mesmo peso de um outro princípio)¹⁴⁸; iii) *requisitos de estabilidade* (tal como na experimentação científica, as operações de balanceamento devem poder ser reproduzidas à vontade e darem sempre o mesmo resultado, em igualdade de condições)¹⁴⁹.

Não sei se este modelo evita que o balanceamento se transforme numa mesquinha negociação, própria de um «mercado de gado», como, sem grande

¹⁴⁵ *Ibidem*: 168.

¹⁴⁶ *Ibidem*: 182.

¹⁴⁷ Com efeito, a «pesagem só faz sentido entre elementos homogêneos e quando não se saiba já que uma medida, ainda que mínima, do valor X é superior a uma qualquer medida, mesmo que grande, do valor Y. Por um lado, é preciso que haja qualquer coisa em comum que torne comparáveis os valores pesados, e a procura desta “qualquer coisa” pode exigir análises subtis e bastante controversas; por outro lado, a existência de uma prioridade absoluta, o lexical, cria *de per se* incomensurabilidade: uma semelhante escala preconstituída de valores está numa relação de exclusão a respeito de qualquer ponderação», *Ibidem*: 174.

¹⁴⁸ *Ibidem*: 175 ss.

¹⁴⁹ *Ibidem*: 181.

entusiasmo, Luzzati espera que ocorra¹⁵⁰. Mas sei que, por detrás da espada que a figura da justiça empunha, está sempre outra espada – a do poder político –, e que, por mais afiada que aquela esteja e espadeire as factispécies concretas com o vigor dos princípios, não pode remediar o actual deficit de iniciativa democrática das forças políticas¹⁵¹.

9.5. *Activismo judiciário*

O activismo judiciário constitui actualmente uma realidade global.

Este activismo não se confunde e nada tem que ver com o papel criador da jurisprudência, quando se assevera que a interpretação dos textos normativos é uma operação não cognoscitiva de uma norma preexistente, mas produtiva de uma norma nova, o que, em sede de teoria geral, há muito se reconhece aos juízes, além da hipótese mais óbvia de integração do direito lacunoso¹⁵².

¹⁵⁰ *Ibidem*: 169. A. CARRINO afirma, por seu lado, que «a chamada “técnica do balanceamento” é a negação declarada da norma como regra, o abandono consciente de uma tradição jurídica em nome de uma banal retórica jusumanista que põe em circulação uma *específica ideia* de razão como a razão *tout-court*, atirando para a escória dos retrógrados e dos “irracionalistas” quem não aceita este método de comerciante», op. cit.: 316/317.

¹⁵¹ Valorizar o papel do político, isto é, da decisão, ao lado da norma, foi o que fez Agostino Carrino no trabalho que tenho citado. Diz-nos ele que: «*Decisão e norma* são portanto os dois momentos necessários de uma compreensão do direito como mecanismo de estabilização, embora temporário. Ter deslocado tudo para a norma de princípio contraposta à norma entendida como regra positiva produto de uma decisão política quer dizer imaginar uma sociedade caótica, onde todavia de quando em vez alguém está em posição de decidir “com justiça” criando uma lei a partir de um caso singular que não é a factispécie, mas só o pretexto para um “balanceamento” de princípios segundo princípios», op. cit.: 99.

¹⁵² Sobre a criação do direito pelos juízes, por todos, RICCARDO GUASTINI, *Teoria e dogmática...*, op. cit.: 99 ss. Antunes Varela, falando da integração de lacunas e falhando a analogia, diz que, por meio do artigo 10.º, 3, do Código Civil, o juiz «é alçado ao plano dos *órgãos criadores do Direito*», «não para agir com a *liberdade criativa* própria do legislador, cujo poder apenas se subordina, em princípio aos *ditames básicos* da lei *constitucional*, mas para actuar com a *autonomia limitada* do colaborador num empreendimento de carácter colectivo», “O papel do jurista na sociedade portuguesa contemporânea, discurso de 1983 na Igreja de São Roque, Lisboa”, ANTUNES VARELA, *O político e o cidadão, do Estado Novo ao Portugal de Hoje*, Almedina, Coimbra, 2019: 116. Contra o excessivo subjectivismo do juiz na interpretação e aplicação da lei, o que não invalida, porém, inevitáveis colorações pessoais das valorações materiais e da decisão de vontade, KARL ENGISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 234 ss. Cfr. também KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994: 345, que alerta para a tentação do juiz, na procura da solução justa do caso, deixar de lado «o complicado e nem sempre satisfatório caminho relativo à interpretação e aplicação da lei».

Como explica Robert H. Bork, «os juízes activistas são aqueles juízes que proferem sentenças sem qualquer conexão plausível com a lei que declaram aplicar, ou que deformam e até contradizem o significado de tais leis chegando a conclusões baseadas em princípios nem de longe contemplados por aqueles que as escreveram e votaram»¹⁵³.

Uma das tendências mais notadas nas democracias ocidentais consiste em transformar temas morais e políticos em questões jurídicas que, em vez de serem resolvidas através da dinâmica democrática por órgãos representativos, são relegados para os tribunais, que não são directamente responsáveis perante os eleitores.

Por outro lado, a lista dos direitos (sem deveres) não cessa de aumentar. Fala-se até no direito a ser preso, e um dos últimos livros do recentemente falecido civilista S. Rodotà, co-autor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (note-se que com «o mesmo valor jurídico dos Tratados»), tem significativamente o título *Il diritto di avere diritti*¹⁵⁴.

Os tribunais supremos dos EUA, Canadá e de Israel têm sido considerados os chefes de fila deste *imperialismo judiciário*¹⁵⁵, fenómeno que está longe de se circunscrever a estes países¹⁵⁶.

Sendo assim as coisas, pede-se, por exemplo, ao poder judicial – e não só nos referidos países ou na América Latina, onde o neoconstitucionalismo é uma corrente particularmente pujante – que obrigue um presidente da República a usar máscara protectora de uso obrigatório geral, que proíba ao governo a injeção de capital numa companhia aérea por se discordar do plano de serviços mínimos dessa companhia; vêem-se tribunais arbitrar indemnizações por danos não patrimoniais que ninguém pediu, fixar tarifas eléctricas, telefónicas ou ferroviárias de um país, ordenar que o Estado proceda à demolição de uma penitenciária e construa no seu lugar um museu, ou que as partes num contrato efectuem determinadas prestações para obras sociais não previstas naquele contrato, ou ainda que, com fundamento no princípio da solidariedade, corrijam

¹⁵³ ROBERT H. BORK, *Il giudice sovrano, Coercing virtue*, Liberilibri, Macerata, 2007: 18/19. Constituem também manifestações deste activismo a jurisprudência *consequence-oriented* pela qual os tribunais impõem sem cobertura legal limites, temporais e outros, aos seus julgados. Para uma crítica deste consequencialismo, VALENTINA CAPASSO, *Giudici consequenzialisti, La modulazione temporale degli effetti delle pronuncie tra eficácia ultra partes ed effettività della tutela*, Edizioni Scientifiche Italiane, Bari, 2020.

¹⁵⁴ Já Baudelaire: «On a oublié deux droits dans la Déclaration des Droits de l'Homme: celui de se contredire et celui de s'en aller», ALBERT CAMUS, *Camets I*, Folio I, Gallimard, 2019:142.

¹⁵⁵ *Ibidem*: 26.

¹⁵⁶ Sobre o activismo do Tribunal Constitucional português em época de crise, GONÇALO ROCHA PEIXOTO, “Activismo judicial nas decisões do Tribunal Constitucional?”, *O Direito*, 149 (2017), II, 403-439 e bibliografia aí citada.

a relação entre as prestações económicas devidas por uma parte do contrato à outra, etc. etc.¹⁵⁷.

10. Conclusão

Numa recente obra, com o título provocador *Oltre La Legalità*, Paolo Grossi insurge-se contra aqueles a quem chama prosélitos do iluminismo e do jacobinismo que continuam a defender os pilares do Estado de direito – princípios da separação de poderes e da legalidade –, porquanto o conceito setecentista de legalidade é hoje um fóssil longínquo incapaz de invocar a complexidade jurídica que estamos a viver.

No seu entender, é necessária uma visão renovada da ordem jurídica que ultrapasse o *incantamento verticistico* e *monodico* da experiência jurídica moderna e que se adapte ao pluralismo jurídico da complexa realidade *pós-moderna*. Tal só é possível através de uma centralidade focada nos princípios e nos direitos fundamentais e na *invenzione* do direito por parte do corpo de juristas¹⁵⁸.

Ou, dito de outro modo: através de um modelo com os seguintes traços: «realização de uma unidade jurídica no respeito da sua diversidade interior; relação intensamente dialéctica entre unidade jurídica e diversidade particular; valorização dos juristas na produção do direito (já que o direito é coisa dos juristas e não de políticos) e sobretudo da ciência jurídica pela sua capacidade de mostrar princípios harmonicamente acomodados e tendencialmente ilimitados»¹⁵⁹.

Ora, por mais que se diga o contrário, este modelo é, no essencial, o modelo medieval, o modelo do *ancien régime*, que a Revolução Francesa quis derrubar.

Há pouco mais de duzentos anos, a Revolução Francesa inventou a melhor divisa que a humanidade poderia ter arranjado para resumir o sistema de valores do mundo moderno: *Liberté, Egalité, Fraternité*.

¹⁵⁷ Estes exemplos são retirados de casos recentes dos tribunais portugueses, brasileiros e argentinos e ainda do caso *Nagmetov c. Russie* acima referido.

¹⁵⁸ PAOLO GROSSI propôs este novo conceito – *invenzione* – numa recolha de estudos, *L'Invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2017, querendo significar não qualquer coisa que se cria por parte do poder político, mas qualquer coisa que se deve procurar e encontrar (nas raízes de uma civilização), de acordo com o significado do termo latino *invenire*.

¹⁵⁹ PAOLO GROSSI, *Oltre La Legalità*, op. cit.: 38.

Actualmente, o melhor elogio que poderemos fazer à nova visão do mundo criada pelos iluministas é mostrar que a riqueza do seu conteúdo está longe de se ter esgotado, o que é exactamente o contrário de um *avenir à reculons*¹⁶⁰.

Expus atrás as razões pelas quais não me parece de seguir o caminho indicado por este historiador do direito, autor de uma famosa obra sobre a ordem jurídica medieval – *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995 – e antigo presidente do Tribunal Constitucional italiano.

Só quero acrescentar mais uma observação: nenhum pluralismo justifica o actual activismo judiciário que acarreta um perigo duplo: por um lado, que o Estado de direito se transforme cada vez mais num Estado dos juízes; por outro lado, que provoque uma reacção contrária, que pode levar, como se assiste já hoje, na Hungria e na Polónia, à restrição das garantias judiciárias¹⁶¹.

Como o combate à pandemia de Covid-19 veio demonstrar, o Estado continua a ser o mais eficaz instrumento de que uma sociedade organizada pode dispor para perseguir os fins colectivos e garantir a todos os cidadãos a tutela dos direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei.

Só a utilização de regras compartilhadas que limitam o subjectivismo do intérprete pode permitir a previsibilidade das decisões jurisprudenciais e garantir a igualdade de tratamento de casos objectivamente iguais¹⁶².

Sem dúvida que a história acabou por dar razão a S. Rodotà quando, na sua prelecção de 66, apontou a técnica de legislar por princípios como a mais adequada para responder aos desafios da vida moderna.

Aquele civilista, cuidou, porém, de alertar para que tal posição «só à custa de graves mal-entendidos podia referir-se a matérias como a penalística ou a processual» e muito menos ainda em relação às liberdades civis nas quais se «substancia já a defesa das razões mais profundas do indivíduo». Quanto a essas, «a cristalização em fórmulas jurídicas rígidas é o destino mais desejável»¹⁶³. Não temos outra saída.

¹⁶⁰ SAMIR AMIN, *L'eurocentrisme, Critique d'une idéologie*, Anthropos, Paris, 1988, *passim*. ANTONIO PADOA SCHIOPPA encontra, na Carta dos Direitos da União Europeia, «a pegada permanente da Revolução Francesa, com o trinómio da liberdade, igualdade e fraternidade», *Storia del diritto in Europa, Dal medioevo all'età contemporanea*, 2.ª ed., Il Mulino, Bologna, 2016: 711.

¹⁶¹ A. CARRINO, op. cit.: 230/231.

¹⁶² VALERIO SPEZIALE, "Il "declino" della legge, l'"ascesa" del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale", *Costituzionalismo.It*, Fascicolo 1/2018 – Commenti – Parte III: 220; GIOVANNI D'AMICO, "L'insostituibile leggerezza della fattispecie", *Giustizia Civile*, 1, 2019: 42.

¹⁶³ STEFANO RODOTÀ, "Ideologie...", op. cit.: 89.

Hostilidade e discursos de ódio nas redes sociais

VICTOR CORREIA*

SUMÁRIO: Introdução. Os comentários entre os usuários. O assédio virtual. Os discursos de ódio. O problema da liberdade de expressão. Epílogo.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo falar sobre os comentários desrespeitosos, o assédio virtual e os discursos de ódio, tendo como pretexto as redes sociais, e mostrar que nos tempos de hoje as redes sociais são um dos maiores veículos dessas atitudes. Pretende-se ver como as redes sociais são por um lado uma consequência dessa atitude no dia a dia, e por outro lado como as redes sociais tendem a aumentar essas atitudes, devido à especificidade da forma de comunicação feita através da Internet. Distinguimos comentários, assédio virtual de outras formas de assédio, e discursos de ódio, mostrando os pontos em comum e o que os distingue. Finalmente é apresentado o argumento do direito à liberdade de expressão, em nome do qual atuam os protagonistas dessas atitudes, e discutimos os prós e os contras da justificação do direito à liberdade de expressão, terminando por defendermos e justificar a intolerância para com essas atitudes, que devem aliás ser penalizadas.

PALAVRAS-CHAVE: redes sociais, comentários, assédio virtual, discursos de ódio, liberdade de expressão

* Victor Correia frequentou a Pontifícia Universidade de São Tomás de Aquino, em Roma (formação em Filosofia). Concluiu a licenciatura em Filosofia, na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, é pós-graduado em Formação Educacional, na mesma Faculdade, e tem o Mestrado em Estética e Filosofia da Arte, na Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa (formações obtidas antes do Processo de Bolonha). É doutorado em Filosofia Política e Jurídica, na Universidade da Sorbonne, em Paris, onde foi orientado pelo filósofo francês Yves Charles Zarka. É pós-doutorado em Ética e Filosofia Política, na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa. Tem exercido funções de docência na sua área de formação.

Introdução

Assim que muitas pessoas perceberam que ao dizerem mal de alguém ou de algo numa conversa de café para determinadas pessoas, o podiam fazer para toda a gente, através das redes sociais, foi fácil passarem a fazê-lo. O tamanho do público recetor de comentários e críticas, a facilidade de acesso à Internet, a rapidez com que as mensagens se espelham, o alcance nacional e internacional dos textos colocados por qualquer indivíduo nas redes sociais, a possibilidade do anonimato, a impunidade a cobro do chamado “direito à liberdade de expressão”, permitem que muita coisa que dantes não se dizia em público agora seja dita. A fala nunca foi tão livre e menos intermediada como nos tempos de hoje. Dantes as pessoas escreviam coisas para os jornais, que eram previamente visionadas pelos diretores e chefes de redação dos jornais. Agora não é assim, praticamente não há controle, e a democratização da comunicação permite que todos possa dizer o que sentem e pensam, e que o possa fazer para toda a gente ler. Nos jornais não entra qualquer pessoa, nos estúdios da televisão e da rádio também não, mas nas redes sociais, sim. Qualquer pessoa com acesso à Internet pode criar um perfil, escrever, comentar, anunciar, criticar, sem que seja requerida grande habilidade tecnológica.

Além da proteção de que os computadores parecem servir de escudo, os usuários das redes sociais têm a sensação de que não é preciso reflexão sobre o que estão prestes a fazer. Eis então que entram pelas redes sociais adentro, navegam livremente, escolhem as páginas que querem, e sentem que estão numa arena livre, que é de todos, para fazerem e dizerem que quiserem. Sempre houve atos de violência verbal, intolerância e discriminação a longo da História, mas nunca como nas redes sociais. No anonimato permitido pelas redes sociais, há poucas possibilidades das normas sociais verificarem e deterem as hostilidades, o assédio, os discursos de ódio, através do ostracização ou da vergonha públicas. O indivíduo esconde-se, não se sabe onde ele vive, nem quem é, não há o medo da retaliação, e então tudo diz. Durante o dia o ser humano curva-se perante as regras da sociedade, mas entrar nas redes sociais é como entrar dentro de outro mundo, não o mundo do dia a dia, mas um mundo através de uma caixa, em que se pode estar e participar sem se ser visto. As redes sociais possibilitam uma alternativa às normas da sociedade do dia a dia, e longe do olhar do outro as pessoas soltam-se, de forma hostil, assediante, obsessiva, e por vezes violenta. Toda a gente se acha uma autoridade numa matéria, toda a gente acha que tem razão, toda a gente se acha no seu direito de fazer o que quer, de dizer o que quer, quando quer, como quer, a quem quer, conforme veremos de seguida.

Os comentários entre os usuários

É muito habitual os usuários das redes sociais falarem sobre temas políticos, económicos, morais, religiosos, urbanísticos, estéticos, ou sobre temas banais (carros, gastronomia, álcool, tabaco, etc.), ou até mesmo por exemplo sobre a forma como uma pessoa está vestida, nas fotos colocadas nas redes sociais, ou ainda sobre a fotografia e a imagem do usuário (por exemplo o seu chapéu), que provocam por vezes muitos comentários entre os leitores, e determinadas formas de fazerem esses comentários. Referimo-nos aqui a comentários de usuários anónimos entre si, isto é, entre cidadãos comuns, ou entre conhecidos e amigos, uns reais e outros virtuais, sobre aquilo que uns e outros dizem nos textos que cada um deles coloca, ou sobre os comentários uns dos outros.

Esta situação é comum em pessoas que tendem sistematicamente a desestabilizar uma discussão, atrapalhar o que o outro diz, e a provocar e a enfiar outros usuários das redes sociais. Há várias formas de o fazer: lançar a isca (uma pequena mensagem incendiária, para provocar uma discussão polémica, mas não se envolver na discussão); colocar notícias ou outro tipo de texto que sejam polémicos, apenas para observar a reação dos membros de uma determinada página das redes sociais; envolver-se nas discussões; levar a pessoa a perder o bom senso na discussão, fazendo-a descer a um nível baixo e conseguir que a pessoa se auto difame; repetir um conjunto de comentários provocantes que leve o seu interlocutor à exaustão e a sair vencido da discussão, por já não aguentar mais comentários; um comentador fazer uso do seu bom nível intelectual em determinada matéria diante dos usuários de uma determinada página, exibindo referências e contradizendo os argumentos de outros comentadores, expondo-os ao ridículo de modo a fazer notar a sua falta de conhecimentos em determinadas matérias; levantar questões pertinentes ao tema, onde se esteja melhor preparado, mesmo que isso implique desviar-se do cerne da questão, para continuar a exibir os seus dotes intelectuais; repetir um conjunto de falácias que distorçam a argumentação; dizer que o outro usuário disse coisas que ele não disse; distorcer os comentários, fazendo ver determinadas coisas que o outro interlocutor não disse ou que não tinha a intenção de dizer; fazer afirmações descontextualizadas; acusar o ofendido de ser aquilo que esse ofensor é ou faz, considerando que é um erro ser ou fazer isso, como se ele também não o fosse ou não o fizesse, de modo a que, portanto, quem faz esse comentário tire de si a identificação como tal; ludibriar os leitores, colocando textos ou fotografias enganadoras, e material de natureza duvidosa, etc., etc.

Os comentários muitas vezes estão cheios de mal entendidos, pois o usuário queria dizer uma coisa e foi mal interpretado. Muitas vezes os comentadores querem apenas chamar a atenção, causar apenas polémica, e semear a discór-

dia. Muitos comentadores desafiam-se uns aos outros a fazerem determinadas “proezas” e o objetivo é superar e elevar a fasquia da provocação lançada pelo outro comentador. Nestes casos, os comentadores testam os seus próprios limites, havendo uma busca constante de adrenalina, de aprovação e de valorização por parte dos outros comentadores, principalmente quando estão perante amigos, com o objetivo de demonstrarem que são “destemidos”, “poderosos”, “inteligentes”, que para eles tudo é possível e que nada de mal lhes acontece mesmos quando ultrapassam esses limites. Assim, recorrem a apreciações descaídas, despropositadas, a nenhuma argumentação (por exemplo quando colocam um boneco irónico), ou a argumentação fraca.

Entre os comentários dos usuários das redes sociais, encontra-se muita argumentação falaciosa. Nesta argumentação uma das técnicas mais usadas é a chamada falácia *ad hominem* (contra o homem). Assim, em vez de se atacar ou refutar a tese do comentador, ataca-se o próprio comentador que a defende, por não se ter ou já não se ter mais argumentos. Trata-se de alusões ou de referências diretas a características pessoais do outro indivíduo, que poderão centrar-se por exemplo na sua classe social, no seu partido político, na sua religião, na sua profissão, na sua orientação sexual, etc. Muitas vezes os objetivos desses comentários consistem em desviar a atenção daquilo que está a ser discutido. Assim, por exemplo nos comentários entre usuários que se conhecem entre si, ou sobre outros usuários que não se conhecem pessoalmente mas cuja vida pessoal o comentador conhece, ou que é conhecida publicamente, podem aparecer determinados comentários desvalorizando ou ridicularizando aquilo que o outro comentador diz, chamando a atenção para o facto de o outro comentador ou da pessoa visada ser um ex presidiário, um ex toxicodependente, etc., mesmo que o outro comentador ou a pessoa visada tenha razão naquilo que disse.

Outra técnica é, quando um dos interlocutores não consegue argumentar, levar a discussão para a ironia. Alguns textos são irónicos, mas há muitos tipos de ironia, que uns poderão considerar ofensiva e outros não, considerando-a uma mera brincadeira. O outro comentador poderia também entrar no jogo, e brincar também, mas não o faz, e fica muito ofendido. Alguns comentadores não acatam as ironias, e ofendem-se facilmente. Por vezes alguns textos ou comentários que são uma mera brincadeira, são imediatamente sentidos pelo outro comentador como agressivos. Portanto, por vezes o problema não está apenas nas pessoas que fazem os comentários, mas também nas pessoas que são alvo desses comentários, ou nas pessoas que não sendo alvo desses comentários se apressam a atacar quem os fez. Tanto os usuários visados como os que leem os comentários são demasiado suscetíveis, e por vezes acontece mesmo que as pessoas que não têm nada a ver com a discussão, e que portanto não são visadas,

se metem na discussão, pois também se ofendem demasiado facilmente com tudo, por vezes por serem demasiado moralistas, ou por não serem nada moralistas. Outros comentadores são demasiado suscetíveis por considerarem que há determinadas matérias que são intocáveis, e que é uma falta de respeito criticá-las. Assim, por exemplo em discussões sobre religião, muitos crentes sentem-se imediatamente ofendidos, já que é uma das estratégias que costumam utilizar para não se confrontarem com as ideias contrárias. Muitos crentes religiosos puxam o “argumento” da ofensa: “sinto-me ofendido”, por se tratar da crença religiosa, como se as ideias religiosas não pudessem ser discutidas e criticadas, ao contrário de outras como por exemplo as ideias políticas.

Até mesmo em páginas cujos usuários têm interesses comuns, e que foram criadas para esses usuários, se nota uma enorme falta de respeito uns pelos outros. Seria de esperar que nessas páginas, em que existem pessoas com os mesmos gostos, e as mesmas formas de estar na vida, essas pessoas não fossem tão agressivas umas com as outras, mas por vezes acontece precisamente o contrário, como por exemplo páginas nas redes sociais para pessoas da mesma ideologia política, da mesma crença religiosa, ou da mesma orientação sexual. Há uma enorme insegurança na parte dessas pessoas, como por exemplo nos homossexuais, que libertam as suas frustrações e a sua homofobia internalizada, e se atacam uns aos outros, trazendo para dentro dessas páginas a hostilidade vinda da sociedade, ou uma imaginária hostilidade, prontificando-se a atacar-se a si próprios por tudo e por nada, dando um mau exemplo dessa comunidade sexual aos que a ela não pertencem.

Alguns dos comentários dos usuários das redes sociais, sejam quais forem os temas, são insultuosos, vergonhosos, agressivos, os ânimos ficam muito exaltados, e os comentadores não são capazes de manter a serenidade nem de terem uma conversa séria. São discussões em que cada pessoa diz o que quer, aquilo que aleatoriamente lhe apetece, ou que lhe convém dizer, sem pensar no que diz, apenas estando ali para ganhar a discussão, para descarregar as suas frustrações, a sua raiva, ou para se exibir, nada a fazendo mudar, mesmo que a argumentação do outro interlocutor seja uma boa argumentação e tenha lógica aquilo que o outro interlocutor está a dizer. Isso acontece por exemplo nas discussões sobre religião. Ainda que um ateu tenha bons argumentos contra a existência de Deus, nada fará mudar uma pessoa fanática religiosa, que se move não pela razão mas sim pelas emoções.

Em alguns casos o comentador age sozinho, mas também pode acontecer seguir-se um conjunto de comentários, uns atrás dos outros, em que acaba por se formar um grupo virtual, que ataca agressivamente aquilo que a outra pessoa disse, e a insultam e ridicularizam. Isso acontece por exemplo entre adolescentes, que acabam muitas vezes por ridicularizarem um colega de Escola nas

redes sociais, e sempre que ele aparece a comentar qualquer coisa numa página, o atacam. Em certos fóruns de discussão na Internet, para se ter “mais razão” (como se aquilo que é dito por mais pessoas faça com que seja mais razoável o que é dito), há técnicas em que o comentador obtém comentadores falsos, isto é, indivíduos forjados por uma única pessoa, respondendo o mesmo indivíduo através de vários comentadores, que são falsos, pois são a mesma pessoa (este recurso é conhecido por “clone”), fazendo as vítimas serem massacradas “por todos”, para dar mais peso aos ataques que um determinado indivíduo queira fazer.

Outra forma de comentário são aqueles que são feitos não entre anónimos ou entre pessoas que não são conhecidas pelos leitores das redes sociais, mas sim sobre figuras públicas (políticos, escritores, artistas, músicos, cantores, futebolistas, etc.). Temos assim por exemplo um cantor que tenha feito uma cirurgia plástica ao nariz, e que coloca as suas fotos nas redes sociais. Temos também por exemplo alguém do *Jet Set* que tenha feito uma operação plástica. Ao colocar fotos do seu novo visual, chovem nas redes sociais imensas piadas, comentários depreciativos, desrespeitosos, que põem a pessoa a ridículo. No caso das redes sociais, a situação é muito pior do que se a divulgação tivesse feita por outros meios, pois os usuários vão partilhando uns aos outros essas fotografias, como por exemplo a presença de figuras públicas num determinado evento social, e dado que são de figuras públicas, a lei não penaliza a divulgação dessas imagens, muito menos quando foram as próprias figuras públicas que as colocou nas redes sociais.

Ainda sobre figuras públicas, um dos melhores exemplos são os comentários abusivos, depreciativos, e agressivos sobre o desempenho dos jogadores de futebol. Muitos jogadores de futebol famosos abandonaram as redes sociais, devido aos comentários ofensivos de adeptos do clube onde jogavam, ou de adeptos de clubes rivais, mas pior do que isso foi alguns jogadores terem abandonado o próprio futebol, devido aos comentários ofensivos nas redes sociais. Isso aconteceu por exemplo com o jogador Josh Hope, da Tamânia, na Austrália, que fazia parte da equipa Melbourne Victory, que decidiu abandonar a sua carreira. As redes sociais tinham muitos comentários agressivos sobre o seu desempenho desportivo, apesar dele ser um brilhante jogador. Este jogador passou pouco a pouco a ficar com ansiedade, medo de ir treinar, e medo de entrar em campo e poder cometer algum erro futebolístico (ou não necessariamente um erro, mas algum desempenho que não agradasse aos adeptos do seu clube ou dos clubes rivais). Os comentários nas redes sociais começaram a afetar não apenas o seu desempenho desportivo em campo mas a sua saúde mental em geral. Além disso, os comentários nas redes sociais passaram a ser não apenas sobre o seu desempenho desportivo, mas também sobre coisas pessoais:

a sua aparência física, nomeadamente sobre o seu penteado. Passou também a receber ameaças físicas, e algumas de morte, e não lhe restou outra alternativa senão deixar uma brilhante carreira no futebol.

Para esses usuários das redes sociais os comentários ou a reação aos comentários são considerados uma diversão, um divertimento, uma maneira de obterem prazer na indignação de outros usuários, ou de observarem a sua fragilidade mental e emocional. Isso não significa necessariamente que os usuários atingidos sejam pessoas frágeis no dia a dia, mas o conteúdo de determinados comentários nas redes sociais, a forma como são feitos esses comentários, a sua insistência, e as técnicas de ridicularizar acabam por os fragilizar. Uma forma de evitar isso é a vítima bloquear o comentador agressivo, mas por outro lado a pessoa atingida sente-se injustiçada e sente-se no seu direito de responder. Outra forma de evitar isso é a pessoa que é alvo desses comentários sair desse grupo na rede social, mas isso pode também ser interpretado como acatamento das acusações, ou como um ato de cobardia. Outra forma de proteção é a pessoa que possa ser alvo de comentários ofensivos não permitir que ninguém publique ou transfira nada para a sua página nas redes sociais, mas isso não impede que essa pessoa continue a ser alvo desses comentários em páginas temáticas nas redes sociais, ou nas páginas de outros usuários.

Em alguns casos, os comentários nas redes sociais, sobre textos que são colocados nas suas páginas, ou sobre os comentários feitos por outros usuários, ou sobre os usuários que colocam esses textos ou comentários, são crime: calúnias (imputar falsamente a prática de algum crime a terceiros); divulgação de informações pessoais (fotos e vídeos íntimos, fotomontagens, etc.); publicações que exponham factos da vida privada de outra pessoa, sem a sua autorização; informações falsas sobre uma pessoa, que sejam prejudiciais para a sua honra; difamação; injúrias; insultos graves.

O crime de difamação é um dos mais comuns, e é sempre feito de forma indireta, isto é, alguém é ofendido ou acusado por uma pessoa que se dirige não a si mas a terceiros. O Código Penal português, no seu artigo 180, no capítulo VI, intitulado: “Dos crimes contra a honra” afirma que de uma forma geral poderá ser culpado quem: se dirigir a terceiros e incriminar ou responsabilizar alguém, mesmo sob forma de suspeita, ofendendo dessa forma a sua honra; se dirigir a terceiros e formular juízos sobre alguém, ofendendo dessa forma a sua honra; reproduzir de alguma forma as ofensas à honra de alguém, mesmo que inicialmente feitas por outra pessoa. No caso da ofensa ser feita através de um meio que potencie a sua divulgação, como por exemplo a Internet, a lei considera essa situação mais grave, a criminalização e a penalização é mais elevada.

O assédio virtual

O assédio virtual designa-se também por *cyberbullying*, que é formada pelas palavras *cyber* (diminutivo de *cybernetic*, isto é, algo ou local que possui tecnologia avançada) e *bullying* (uma palavra originária da palavra inglesa *bully* que significa valentão, brigão). A palavra *bullying* significa intimidar, amedrontar, agredir verbalmente ou fisicamente, e aplica-se portanto também à palavra assédio.

O assédio ou *bullying* é presencial, isto é, tem os seus intervenientes juntos um do outro, e é praticado por um indivíduo ou mais indivíduos, contra outro indivíduo ou mais indivíduos, num espaço concreto, ao ar livre ou dentro de um edifício, podendo portanto acontecer no dia a dia, por exemplo entre alunos de uma Escola, ou entre colegas de trabalho. O assédio ou *bullying*, da parte do emissor caracteriza-se pela sua persistência, intenção e deliberação, e da parte do recetor, pela sua indesejabilidade.

As práticas do assédio consistem em perturbar, perseguir, incomodar, importunar, e tem as seguintes características: verbal (insultar, humilhar e apelidar alguém pejorativamente); moral (difamar, caluniar, difundir rumores); psicológica (perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, manipular, chantagear); física (agredir fisicamente); material (furtar, roubar, destruir os bens pessoais de outrem); sexual (assediar, induzir e/ou abusar).

Uma das formas de assédio é o moral, que é praticado por um supervisor, direto ou indireto, no local de trabalho, expondo o trabalhador a situações intimidantes e repetitivas, durante o tempo de trabalho, perante os colegas, ou em privado, por exemplo no escritório do chefe. Outra forma de assédio é o sexual, que se caracteriza por qualquer ação ou comportamento sexual que acontece sem o consentimento da outra pessoa. Esse tipo de assédio engloba uma série de comportamentos, que vão desde o contato físico até um comentário com conotação sexual. Existe também o assédio verbal, que pode acontecer em diversos contextos e pode envolver tanto pessoas próximas como desconhecidas. Esta forma de assédio caracteriza-se por atos em que ocorrem ridicularizações, vaias, insultos, provocações ou ameaças a uma pessoa.

O assédio virtual é uma extensão destas formas de assédio, e distingue-se delas por não ser presencial. Diferentemente das outras formas de assédio, o assédio virtual ou *cyberbullying* é feito através da Internet, nomeadamente através das redes sociais (exceto a agressão física e o dano a bens materiais), através de fóruns de discussão, blogues, correio eletrónico, ou através do telefone, principalmente através do telemóvel. Através do correio eletrónico ou do telefone/telemóvel geralmente não há público a assistir, e não está permanentemente disponível como nas redes sociais.

O assédio virtual através de correio eletrónico pode ser por exemplo uma pessoa enviar continuamente e-mails a outra, com motivos amorosos ou sexuais, em que o destinatário pode receber continuamente propostas de namoro, de casamento, ou de prática sexual. Podem ser também e-mails de ódio, intimidantes ou ameaçadores em relação ao destinatário, como forma de chantagem, em que por exemplo o autor do assédio diz à pessoa assediada constantemente que só parará de a contactar se ela lhe der dinheiro (neste caso os motivos podem ser passionais ou financeiros, ou os dois juntos). No entanto, os motivos financeiros também aparecem no assédio independentemente de outras motivações, como por exemplo nas rivalidades entre comerciantes, ou entre famílias, por exemplo devido a problemas de partilha de heranças. Existem também, por exemplo, motivos clubísticos: enviar mensagens de e-mail, ofensivas a jogadores ou a treinadores de futebol, por fãs de clubes rivais, e também pelos seus próprios fãs por estarem insatisfeitos com o desempenho do jogador ou do treinador.

O texto do correio de ódio muitas vezes contém palavras, ou pode simplesmente conter uma mensagem negativa ou desafiante. O remetente pode também enviar e-mails anónimos ou fazer-se passar por outra pessoa (seja um indivíduo diferente ou fictício) a fim de não ser identificado. Através do envio de e-mails contínuos, o remetente satura a caixa de correio eletrónico do destinatário, pressionando-o, e por vezes envia mensagens com vírus, danificando o software do destinatário. Diferentemente das redes sociais, estas mensagens são privadas, mas também são uma forma de assédio virtual.

O assédio que é feito através das redes sociais caracteriza-se pela facilidade e rapidez, tal como os e-mails, mas permite alcançar grandes audiências, pela possibilidade de anonimato do usuário agressor e dos outros usuários, e pelo facto de a vítima poder estar sujeita à agressão 24 horas por dia e em qualquer contexto em que se encontre. Enquanto no dia a dia as provocações e as agressões verbais podem ocorrer numa certa hora, e num certo espaço, o assédio virtual extravasa as barreiras geográficas, pois o agressor tem a possibilidade de perseguir o seu alvo quer ele se encontre na mesma zona geográfica, no mesmo país, ou num país diferente. Por outro lado, enquanto as agressões verbais do dia a dia podem acontecer ocasionalmente, no espaço virtual podem ser feitas de forma contínua por duas razões: por um lado devido à maior frequência com que o agressor o pode fazer, bastando-lhe recorrer à Internet, e por outro lado devido ao facto de ficar permanentemente disponível para o público. Em suma, o assédio ou *bullying* tradicional está restrito a um espaço determinado, acontece pontualmente, como por exemplo no espaço de convívio dentro de uma Escola, entre alunos, enquanto através da Internet quem o vê não são apenas os alunos dessa Escola, mas toda a gente, e fica visível durante o tempo todo.

Há também algumas situações em que o contacto, mesmo através das redes sociais, pode ser privado, como por exemplo um homem acompanhar uma mulher em todas as redes sociais e insistir em conversar com ela, através de mensagens privadas, através do envio e troca de mensagens de texto ou imagens com conteúdo sexualmente explícito. Este tipo de atitude é uma consequência do machismo da nossa sociedade, que tem como pressuposto a ideia de que as mulheres estão sempre disponíveis ou que devem estar sempre disponíveis para as solicitações dos homens. Por isso, muitas mulheres que recusam costumam receber respostas ofensivas dos homens, que insistem e não as largam.

Conforme referimos, os telefonemas contínuos a uma pessoa, ou o envio insistente de mensagens escritas através do telemóvel, são também uma forma de assédio virtual. Tanto o correio eletrónico, como o telemóvel, ou as mensagens através das redes sociais, geralmente são privados, mas os textos colocados nas redes sociais para que toda a gente os possa ler, é diferente. Muitas pessoas que participam também em fóruns de discussão na Internet vêem-se continuamente perseguidas por usuários que fazem comentários e rótulos pejorativos, tornando as vítimas alvo de ridicularização contínua e de declarações falsas com o objetivo de serem constantemente humilhadas. Muitos assediadores têm blogs na Internet, e divulgam mesmo dados pessoais das vítimas, como nome, endereço, ou local de trabalho ou de estudo, em sites ou fóruns de discussão, ou publicam material em seu nome, que as difama ou ridiculariza.

Assim, por exemplo muitos homens que não aceitam que uma mulher tivesse terminado o namoro ou o casamento, continuam a persegui-las, não apenas enviando-lhe e-mails, telefonemas ou mensagens escritas através do telemóvel, mas colocando fotos ou vídeos delas na sua página das redes sociais, ou nos seus blogs, violando claramente o direito à imagem das vítimas. Por vezes o homem ameaça a sua antiga namorada ou a sua antiga esposa, dizendo-lhe que colocará imagens íntimas dela, se ela não lhe der dinheiro. O agressor tem com objetivo vingar-se, envergonhar, perseguir, utilizando todos os pretextos, como por exemplo as características físicas pessoais da vítima, com o objetivo de enxovalhar a sua imagem e afetar a sua autoestima.

O assédio virtual acontece principalmente junto dos grupos mais vulneráveis nomeadamente para com pessoas do sexo feminino, conforme já referimos, mas também entre adolescentes. O diminuição da influência da socialização familiar, devido ao facto de nos tempos de hoje ambos os pais estarem todo o dia a trabalhar e passarem pouco tempo com os filhos, e de haver menos gente na família, com muitos avós vivendo nas suas casas ou em lares, traz consigo uma autonomia muito maior dos adolescentes. Entre adolescentes, estudantes e jovens em geral, esses conflitos são muito comuns, por fazerem também parte da afirmação da sua identidade.

Por outro lado, atualmente quase todos os jovens têm um computador, e não conseguem passar sem ele, por isso estão mais ligados às relações virtuais e mais vulneráveis ao assédio virtual. Para essa maior vulnerabilidade, contribui também o facto de os adolescentes apresentarem características específicas, como por exemplo o desenvolvimento rápido da sua identidade, da sua habilidade social, maior aptidão e destreza digital, e a maior escolaridade nos tempos de hoje.

A curiosidade e a necessidade de explorar múltiplos contextos sociais, não apenas sociais mas também virtuais, e diversos estilos relacionais, traz aos adolescentes uma maior exposição a diferentes relações interpessoais. Por conseguinte, a Internet participa cada vez mais da socialização dos adolescentes, que são o grupo etário que passa mais tempo nas redes sociais, e nelas expõe coisas pessoais. As redes sociais estão profundamente integradas no quotidiano dos adolescente, sendo cada vez maior o número de informações pessoais que são partilhadas entre eles.

Mas por outro lado, devido ao facto de serem ainda adolescentes, estes são os mais propensos não apenas a receberem mas também a cometerem atos de assédio. Se isso é particularmente visível na tendência tradicional dos adolescentes para o *bullying* escolar, isso acontece também na intimidação e humilhação através redes sociais, e por vezes por motivos fúteis. Assim, por exemplo foi muito falado há uns anos o caso de uma adolescente britânica de 14 anos, Hannah Smith, que partilhou nas redes sociais o facto de ter um eczema (inflamação na pele). Em vez de receber apoio, foi vítima de piadas, insultos, passou a ser continuamente incomodada devido a esse pormenor físico, as mensagens e piadas foram contínuas nas redes sociais, que a ridicularizavam, levando-a a cometer suicídio.

A lei sobre o assédio virtual, em Portugal, encontra-se definida pela lei tutelar educativa (*Lei n.º 166/1999, 14 de Setembro*) a nível jurídico relativo aos menores, e educacional através do Estatuto do Aluno e Ética Escolar (*Lei n.º 51/2012, 5 de Setembro*). A nível geral, o assédio virtual pode constituir um delito penal, tipificado no artigo 131 da lei 26.904, que entrou em vigor em 2013. Pode ter como consequência penas de prisão que vão de seis meses a quatro anos, e sanções de entre seis meses a 24 meses.

Existem no entanto muitas questões em aberto sobre a criminalização do assédio virtual. Nem sempre o remetente está identificado, pois é muito comum enviar e-mails anónimos ou fazer-se passar por outra pessoa, seja um indivíduo diferente ou fictício, a fim de evitar ser identificado, pois a natureza de determinadas mensagens, como por exemplo de e-mail, resultaria em acusações criminais se o remetente fosse identificado. Ora, existem determinadas técnicas informáticas, especialmente para quem sabe bem lidar com a Internet,

que fazem com que seja difícil ou impossível saber quem é o remetente dessas mensagens.

Outro problema que se coloca para criminalizar o assediador é o seguinte: se por um lado este fenómeno é entendido como um conjunto de comportamentos, por outro, lado existem dúvidas sobre a quantidade de comportamentos necessários, para que esses comportamentos se possam considerar assédio virtual. Embora a repetição desses comportamentos seja uma das características principais do assédio virtual, mantém-se a indefinição acerca da sua duração: esse comportamento deverá durar semanas? meses? anos? E quantos? É muito difícil perceber onde está o limite entre o lícito e o ilícito. Contudo, não será legítimo impor um limite temporal necessário para a experiência do assédio virtual, nem um número mínimo/máximo de comportamentos. Em vez disso, dever-se-á optar por uma definição suficientemente abrangente de modo a incluir todas as experiências de assédio virtual. A vítima é quem está mais apta a avaliar se a persistência, duração, intensidade e tipo dos comportamentos são suficientes para se sentir assediada, de modo a sentir medo, ansiedade, insegurança e ameaça, embora isso seja subjetivo e varie de vítima para vítima. No entanto, é sobretudo o seu carácter intrusivo e agressivo que deve permitir discernir o comportamento ilícito, independentemente da quantidade dos atos realizados.

Os discursos de ódio

O conceito de *discurso de ódio* assenta sobre os conceitos de *discurso* (declarações feitas em público), e *ódio* (uma emoção mais forte do que a raiva). Para se compreender melhor esse conceito, há que ver o conceito de *crime de ódio*. Este último é um crime motivado por preconceito que acontece quando aquele que o realiza tem como alvo uma vítima devido à sua filiação (ou suposta filiação) a um determinado grupo social. Também conhecido por *crime motivado por preconceito*, é um crime que acontece quando o agressor atinge a sua vítima devido ao facto de pertencer originariamente a um determinado grupo ou comunidade, ou de ter aderido a esse grupo ou a essa comunidade.

Esses grupos ou comunidade são por exemplo os estrangeiros, ou pessoas identificadas conforme a etnia, a raça, a cor da pele, a língua, os antepassados, a classe social, a crença religiosa, a convicção político-partidária, a convicção filosófica, o género, a orientação sexual, etc. No dia a dia é impossível agredir fisicamente a totalidade das pessoas destas comunidades, mas agridem-se indivíduos em particular, ou um número de indivíduos, por exemplo quando na rua vão a marchar num manifestação. Os incidentes cometidos contra pes-

soas por fazerem parte destes grupos podem envolver a agressão física, homicídios, danos à propriedade, como por exemplo riscar um carro, atirar pedras aos vidros de uma casa, pinturas de cruzeiros suásticas em sinagogas, insultos, arremesso de objetos, etc.

Os discursos de ódio podem ser ao vivo, por exemplo na rua indivíduos insultarem estrangeiros por serem estrangeiros, ou o discurso de uma pessoa contra uma determinada comunidade (por exemplo os discursos de Hitler contra os judeus). Os discursos de ódio podem ser também a transposição para os meios de comunicação social, dessas atitudes. Embora neste caso não existam agressões físicas, nem o arremesso de objetos, pois as pessoas não se encontram presencialmente umas junto das outras, há outras formas de exprimir esse ódio. Essas formas são qualquer comunicação verbal, através de qualquer meio que a permita: a imprensa, os meios audiovisuais, e a internet. Através destes meios são tudo o que incite, provoque, incentive, estimule, acentue ou chame outros a certas reações, marcadas pelo ódio para com esses grupos, tendo como origem preconceitos que levam não apenas à discriminação mas também a atitudes agressivas naquilo que se diz (chamar nomes, insultar, acusar, ameaçar, ridicularizar, humilhar, etc.). Portanto, os discursos de ódio são todos os comentários, declarações ou textos racistas, xenófobos, homofóbicos, antirreligiosos, antipolíticos, etc. Não são apenas ideias, informações ou meras críticas, mas expressões ou palavras abusivas e ameaçadoras, que originam conflitos sociais e a demonização desses grupos, muitas vezes encarados como bodes expiatórios dos problemas sociais, ou como escape psicológico para um indivíduo descarregar as suas frustrações. Não se trata apenas de uma discordância para com essas pessoas ou as ideias por elas defendidas mas ataques e ofensas por palavras, por essas pessoas serem quem são, pensarem no que pensam, acreditarem no que acreditam, etc. São discursos de intolerância, discriminação, segregação.

Alguns discursos podem ser ofensivos de duas maneiras: subjetivamente ofensivos, e objetivamente ofensivos, e daí decorrerá a noção de que se trata de um discurso de ódio. Os discursos ofensivos subjetivamente podem ferir os sentimentos de alguém, mas são apenas uma opinião, e não causam danos propriamente ditos. Os discursos ofensivos objetivamente causam danos à pessoa: contar falsidades, dizer mentiras, chamar nomes, insultar, chantagear, ameaçar com violência física, etc. Os primeiros podem desencadear raiva, mas não basta que desencadeiem raiva, pois só quando são de facto mentiras ou insultos, se podem denominar objetivamente ofensivos.

Os conteúdos variam muito, e é difícil determinar quais os discursos que são de ódio ou não. Por exemplo, o facto de alguém dizer que a homossexualidade é imoral e perigosa porque se opõe às crenças de alguém pode ser para alguns uma expressão legítima dos seus próprios valores aparentando-se

à liberdade de expressão, enquanto para outros trata-se antes de homofobia, que deveria ser considerada como um discurso de ódio em razão da orientação sexual. Certas piadas sobre as mulheres (como por exemplo o estereótipo da loira burra) podem ser uma mera brincadeira, enquanto para outros indivíduos essas piadas podem ser consideradas discursos de ódio. Para alguns indivíduos criticar as religiões, expor os seus erros teológicos, e defender a separação entre a Igreja e o Estado, pode também ser entendido como um discurso de ódio contra as religiões, enquanto para outros é apenas a legítima expressão de um debate filosófico, ou de uma opinião.

Há quem seja intolerante em público (por exemplo para dar nas vistas) mas não o seja em privado (devido ao facto de criar pouco impacto, ou estando entre amigos com ideias diferentes); há quem seja intolerante em privado, mas não em público (com receio de represálias). Há quem seja intolerante em privado e em público; há quem seja intolerante nas redes sociais mas não o seja nas relações presenciais no dia a dia, ou melhor, não mostre essa intolerância. No entanto, há uma relação entre o público e o privado e a intolerância nas relações presenciais e nas relações on-line, pois muitas vezes os atos de intolerância no dia a dia, como por exemplo a violência física, seguem-se à violência dos discursos de ódio nas redes sociais. Por outro lado, a violência física do dia a dia faz aumentar os discursos de ódio nas redes sociais, pois cria-se uma onda de violência que alastra a todos os campos, e por vezes os atacantes servem-se das redes sociais para reafirmar ou reagir às críticas de que são alvo, ou para prolongar a sua violência face a face com os indivíduos de que o seu ódio é alvo. Dados estatísticos e históricos abundantes indicam que há forte correlação entre discurso de ódio e violência física, e que a segregação e a discriminação social no dia a dia foram acompanhadas por discursos de ódio nas redes sociais, e vice-versa.

Há também o caso dos infiltrados, indivíduos que criam perfis falsos, percorrem essas páginas como “espias”, ou como bisbilhote e voyeurismo, para verem apenas o que se passa, ou indivíduos que não tendo nada a ver com a comunidade on-line, isto é, com um certo grupo de interesses nas redes sociais, estão nesse grupo apenas para destabilizar. Temos como exemplo, na política, um indivíduo de direita infiltrado numa comunidade de extrema esquerda, e vice-versa, ou um infiltrado numa página de apoio a um político, sem ser apoiante desse político; um religioso numa página de ateus, ou um ateu numa página de religiosos. Uns não se sabe que lá estão, e outros sim pelo tipo de comentários. Os infiltrados não se infiltram na privacidade das pessoas, pois são páginas públicas, e não de uma pessoa, mas podem andar infiltrados para espiar usuários que fazem parte dessas páginas. Uma estratégia de segurança é os novos

membros só serem admitidos no grupo através de proposta ou convite de outro membro, como acontece com clubes presenciais

Os administradores dessas páginas, assim como dos fóruns de discussão, têm portanto um papel importante a desempenhar, não deixando publicar discursos de ódio, ou expulsando dessas páginas esses indivíduos. O cidadão comum pode também denunciar aos administradores desses sites, desses fóruns de discussão, ou dessas páginas nas redes sociais, determinados discursos, ou apresentar mesmo queixa junto da Polícia, que investigará e colocará esses casos em Tribunal. Pode-se usar a plataforma *Serious*, criada pela *Renaissance Digital*, ou o aplicativo chamado *Bodyguard* que protege os usuários de comentários ofensivos no Youtube e no Twitter. Existem atualmente algumas ferramentas de proteção, no campo da linguística computacional, que consiste no recurso a listas pré-estabelecidas de palavras de ódio, mas essas listas dificilmente conseguem captar as formas mais subtis e implícitas da linguagem (ironias, sarcasmos, eufemismos, referências contextuais, subentendidos, jogos com onto-ortografia e cripto-linguagem reservada a iniciados, etc.).

O *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos* afirma que “qualquer defesa do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação hostilidade ou violência será proibida por lei” (artigo 20). A *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial* proíbe toda a incitação ao racismo (artigo 4.º). A *Convenção Americana de Direitos Humanos* afirma também que “a lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (artigo 13, parágrafo 7). A *Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio* condena a incitação ao crime de genocídio. A *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação sobre as mulheres* proíbe também toda e qualquer discriminação das mulheres.

Segundo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o artigo 10 da Convenção Europeia garante o direito à livre expressão, mas esse direito não é absoluto, devido à existência de outros direitos igualmente garantidos pela Convenção Europeia. O Tribunal declarou em vários julgamentos que “tolerância e respeito pela igual dignidade de todos os seres humanos constituem um dos fundamentos de uma sociedade democrática e plural. Sendo assim, por questão de princípio, considera-se necessário que certas sociedades democráticas penalizem e inclusive proíbam todas as formas de expressão que espalham, incitam, promovem ou justificam ódio baseado em intolerância (incluindo intolerância religiosa)”.

Desde 2002, com uma emenda à Convenção sobre Crimes Cibernéticos, a União Europeia obriga os Estados membros a punir como crime o discurso de ódio feito pela internet. Em 2003 o Facebook, sob pressão de mais de cem gru-

pos de defesa, incluindo o *Projeto Sexismo Quotidiano*, concordou em mudar as suas políticas de discurso de ódio após dados divulgados sobre conteúdos que promoviam a violência doméstica e sexual contra as mulheres. Em 2016 o Facebook, a Google, a Microsoft, e o Twitter, concordaram em proceder a um código de conduta da União Europeia, assinando um código de discurso de ódio, obrigando-os a rever “a maioria das notificações válidas para remoção de discursos de ódio” publicados nos seus serviços dentro de 24 h.

Os comentários que incitarem ao ódio e à violência devem ser apagados, em conformidade com a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 16 de Junho de 2015, e também os proprietários dos sites e dos blogues, assim como das redes sociais, respondem perante a Justiça por causa dos seus leitores que publicam discursos de ódio. Atualmente a maioria das democracias tem leis que restringem ou proibem os discursos de ódio. No entanto, os Estados Unidos não têm leis de discursos de ódio, dado que o Supremo Tribunal dos EUA decidiu que as leis que criminalizam os discursos de ódio violam a liberdade de expressão contida na Primeira Emenda da Constituição desse país. Sobre o problema da liberdade de expressão falaremos mais em pormenor seguidamente.

O problema da liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão está assegurado por vários tratados internacionais, entre eles por exemplo a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (ONU, 1948, artigo 19), a *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos* (OEA, 1969, artigo 13) e o *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* (ONU, 1966, artigo 19). Por seu turno, a *Constituição da República Portuguesa* afirma o seguinte:

“Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.” (artigo 37, 1-3).

Devido a estes tratados, e às constituições dos países onde o direito à liberdade de expressão é garantido, muitos setores da opinião pública acham-se no direito de publicarem o que quiserem nas redes sociais. Assim, por exemplo, em Janeiro de 2020 várias associações de defesa das liberdades digitais realizaram

um Fórum internacional para se oporem à adoção de leis que visam combater os discursos de ódio nas redes sociais. Segundo essas associações, a possibilidade de as plataformas das redes sociais terem de pagar uma multa por permitirem a publicação desses discursos leva-as a censurarem demasiado os textos que são colocados nas redes sociais, sem avaliarem realmente o mal desses textos. Segundo essas associações, a regulamentação das publicações nas redes sociais obedece a uma lógica de extra judicialização das decisões, pois são as próprias plataformas que se pronunciam sobre o caráter abusivo das publicações, e não os Tribunais. Para essas associações isto é uma forma de privatização do poder de censura e de condenação na Internet, em vez de se recorrer aos Tribunais, que era quem o deveria fazer.

Por seu turno, alguns estudiosos têm criticado também a prática de limitar os comentários e os discursos de ódio, pois segundo eles, as leis contra esses comentários e os discursos de ódio constituem uma discriminação de pontos de vista, e restringi-los baseia-se em bases conceituais e empíricas questionáveis. Segundo os seus defensores, permitir esses comentários e os chamados discursos de ódio fornece uma visão mais precisa da condição humana, oferece uma oportunidade para mudar a mente das pessoas e identifica certas pessoas que podem precisar de ser evitada em certas circunstâncias. Segundo eles, os valores iluministas como o da tolerância, que protegiam o direito à liberdade de expressão, estão sob ameaça.

Por exemplo o ex presidente dos Estados Unidos, Donald Trumpo utilizava muito as redes sociais, exercendo o seu direito à liberdade de expressão, mas depois da invasão do Capitólio pelos seus apoiantes, na sequência do discurso de exortação de Donald Trump para boicote da confirmação de nomeação do novo presidente dos Estados Unidos, a conta de Donald Trump na rede social Twitter foi apagada pelos seus dirigentes pois consideraram essa exortação um apelo à violência. Esta decisão dos gestores do Twitter foi alvo de muitas críticas, que a qualificaram como um atentado contra a liberdade de expressão.

Os defensores da liberdade de expressão defendem que um mercado livre de ideias certamente ajudará a promover a descoberta da verdade, conforme defende por exemplo o filósofo John Stuart Mill, na sua obra *Da liberdade*. No entanto, Stuart Mill defendeu também que certas condições tinham de ser estabelecidas para que realmente um mercado livre de ideias levasse à descoberta da verdade, pois segundo Mill, as pessoas tinham de ser maduras e educadas. Não tem sentido pensar que descobriremos a verdade permitindo que as pessoas expressem toda as opiniões que quiserem. Muitos defensores da liberdade de expressão defendem que o próprio discurso de ódio deve ser permitido, se não corre-se o risco de perder outras liberdades. Mas será que é assim ? pode-se muito bem concordar ou discordar de uma ideia, crença, ou forma de vida,

sem se cair em discursos de ódio. O objetivo dos contestatários da proibição dos discursos de ódio não é garantir a liberdade de expressão, isto é, o direito de expressar as suas opiniões sem censura ou penalização legal, mas sim garantir-lhes licença para falarem impunemente, e portanto, não se trata de liberdade de expressão, mas de liberdade das consequências dessa liberdade.

Um cidadão sentindo-se lesado por aquilo que se coloca nas redes sociais pode exercer o seu direito de resposta nas redes sociais, mas por vezes é difícil que a sua resposta apague o atentado contra o seu bom nome e a sua imagem (que nem em todos os países é crime, e que por outro lado é difícil de apreciar). Quem faz a gestão das redes sociais acaba por banir a conta de certos utilizadores, devido aos insultos, às falsidades, às difamações, e às ameaças, mas estas atitudes já foram consumadas, e mesmo que as redes sociais apaguem a conta desses usuários, os insultos ficaram feitos, as mentiras espalharam-se, as ameaças realizaram-se, levando a sua vítima a viver por vezes um clima de medo.

Ao permitirem publicar-se esses discursos de ódio e só resolverem o problema depois, as redes sociais agravam o problema. Se a liberdade de expressão for sem limites, espalham-se mentiras e insultos, e a sua difusão pode ter um impacto negativo na vida de uma pessoa. A liberdade de expressão não é um direito absoluto, e não pode ser permitida em casos de insultos, falsidades, ameaças, difamação, calúnias, e apelo à violência física. A proibição do discurso de ódio é uma forma de garantir a própria liberdade de expressão, pois o discurso de ódio não tem como objetivo o diálogo, busca apenas silenciar a voz das minorias. O discurso de ódio quer silenciar a vítima, não permitir que ela se expresse livremente, na sua crença religiosa, no seu ateísmo, na sua convicção política, na sua tradição cultural, etc., fazendo-se uso da liberdade de expressão, para atacar outra liberdade de expressão.

A liberdade de expressão deve ser limitada, conforme já a Declaração dos Direitos Humanos de 1789 afirmava: “Liberdade é ser capaz de fazer qualquer coisa que não prejudique os outros; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites, exceto aqueles que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. (...)“ A livre comunicação de pensamentos e opiniões é um dos mais preciosos direitos humanos; qualquer cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, excetuando o abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei”. (*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, artigos 4 e 11).

A propósito da liberdade de expressão colocam-se dois campos opostos. Um exige limites à liberdade de expressão, porque segundo os seus defensores uma liberdade só é real quando é limitada, e o outro quere-a ilimitada, dado que segundo os seus defensores devido ao facto de se limitar a liberdade de expressão podem-se cometer abusos. Este debate é muito atual. Por exemplo,

em Setembro de 2005 o jornal dinamarquês *Jyllands-Posten* publicou caricaturas do profeta Maomé, que foram republicadas mundialmente em alguns jornais. Essas caricaturas causaram indignação em várias comunidades muçulmanas, e originaram manifestações de protesto, algumas delas violentas. Por outro lado, houve também manifestações a favor da liberdade de expressão das caricaturas.

Sabemos que o direito à liberdade de expressão é limitado por outros direitos, como por exemplo o direito à privacidade ou pelo direito à honra pessoal. A liberdade cessa, como afirma o artigo 4 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, onde começa a dos outros (“A liberdade consiste em fazer tudo que não prejudique os outros”). O direito à liberdade de expressão é um facto, mas também existe o direito das pessoas de não serem invadidas por hostilidades, assédio virtual e discursos de ódio. O direito de criticar os outros, através da liberdade de expressão, não significa ridicularizá-los ou desrespeitá-los. Mesmo se discordarmos de certos atos ou de certas ideias dos outros indivíduos, essa discordância e a forma como é feita têm limites.

Pode-se pensar que se alguém defende a tolerância, deve ser tolerante até o fim, e não se impor restrições à liberdade de expressão, porque desde o momento em que coloca um limite na tolerância, quem o faz nega-se a si mesmo mostrando-se intolerante. Portanto, a tolerância à liberdade de expressão deveria ser absoluta, pois se assim não fosse não seria tolerância. Essa tolerância não poderia ter limites, sob pena de ser imediatamente destruída. A tolerância para com a liberdade de expressão deveria ser ilimitada, e portanto apenas a tolerância absoluta à liberdade de expressão seria realmente tolerância, e seria portanto ilegítimo opor-se à liberdade de expressão.

No entanto, a tolerância para com a liberdade de expressão pode pôr em perigo a liberdade dos outros, caso contrário, inevitavelmente seríamos levados a encontrar um indivíduo que considera louvável impor da forma mais brutal as suas opções e valores políticos ou religiosos. Ser intolerante para com a intolerância, para com quem não permite a liberdade de consciência e de crenças alheias, não é ser intolerante, é ser coerente. Isso implica que há pelo menos uma verdade que pode ser imposta, a saber, a tese de que os homens são livres. A tolerância tem limites, e o primeiro grande limite é não permitir a ausência de liberdade dos outros indivíduos.

A liberdade de expressão, pela qual devemos lutar, tem as suas limitações, caso contrário cairíamos no tolerantismo. A falta de senso moral pode legitimar a tolerância absoluta, incluindo o desrespeito pelos direitos dos outros. Se nenhuma liberdade de expressão estiver errada, então tudo é tolerável. A ausência de ideais, de convicções fortes, torna-nos indiferentes. Porém, quando toleramos tudo, não é preciso falar em tolerância, pois a tolerância para ser tolerância tem de atuar dentro de limites. A perda de referências torna a tolerância

sem sentido, pois deixa de se saber o que é e o que não é tolerável. A tolerância, assim, esquece os seus limites e torna-se um instrumento de opressão. Se tudo é tolerável, não há nada a tolerar, porque não há razão para tolerar certos atos em detrimento de outros. Em nome da tolerância aceitaríamos tudo, sem determinar o valor do que toleramos. A ausência de horizonte, a ausência de critérios nos quais basear os nossos julgamentos sobre o que deve ou não deve ser tolerado, significa indiferença. Porém, se houver indiferença, não se deve falar em tolerância, porque a tolerância pressupõe que há coisas com as quais não se concorda. Uma coisa é tolerância, outra coisa é tolerantismo; uma coisa é liberdade, outra coisa é o libertarianismo. Nem tudo é tolerável, justamente porque existem comportamentos que não devem ser tolerados e, portanto, não devemos cair no tolerantismo ou no libertarianismo.

Para não se cair no tolerantismo, delimitar o que se pode tolerar não é fácil, pois para algumas pessoas certas tolerâncias já são tolerantismo. Como delimitar? Segundo John Rawls, na sua obra *Liberalismo político*, a liberdade de consciência é limitada pelo interesse comum, pela ordem e segurança públicas. Mas esses limites, apresentados de forma tão geral, parecem muito abstratos e indefinidos, pela forma como cada Governo pode interpretar o interesse comum pela ordem e segurança públicas. Rawls afirma que se trata de limites razoáveis e que a manutenção da ordem e da segurança públicas é um direito do Governo, necessário para garantir com imparcialidade as condições de cooperação social. No entanto, a experiência histórica mostra-nos como governos autoritários e até democráticos têm usado esse argumento para negar ou limitar demais os direitos e as liberdades.

Para outros autores, a liberdade e a tolerância são limitadas pelo princípio de não prejudicar os outros indivíduos. Este princípio já foi definido por Stuart Mill, na sua obra *Da liberdade*, segundo o qual a única justificação para uma interferência na liberdade de uma pessoa é a prevenção de danos causados a outros indivíduos (para evitar prejudicar os outros). Este princípio é justificado pelo respeito que devemos ter pela liberdade dos outros indivíduos, para que eles possam livremente ter a oportunidade de escolher entre as diferentes opções. No entanto, o problema surge quando falamos sobre danos. Na verdade, o significado do conceito de *dano* não é claro. É um dano físico, psicológico, moral, cultural, social ou económico? Por outro lado, o que é considerado *dano* para algumas pessoas, para outras pessoas ou para outras culturas, não o é.

Podemos propor o critério da violação dos Direitos Humanos, como o limite mais elementar da tolerância, ainda que também nos tornemos intolerantes, mas neste caso devemos ser intolerantes, para preservar os direitos. Seguindo este princípio, é intolerável admitir a violação de direitos, pois pressupõe a violação do princípio do respeito pelas pessoas. Se por um lado a tole-

rância significa admitir e permitir o que se desaprova, por outro lado não se devem tolerar ações que envolvam a violação de direitos. Tolerância significa aceitar ações que reprovamos, mas que não violam direitos, inclusive quando acreditamos que o que está sendo alcançado é um equívoco ou um erro. Esses atos devem ser tolerados porque a pessoa tolerante decidiu isso após um período de deliberação. Em suma, só toleramos atos que não violem direitos, e porque mostramos respeito pelas decisões e objetivos de outro indivíduo.

Epílogo

De modo a estabelecermos a ponte entre o que até agora falámos, salientemos as características em comum entre os usuários das atitudes atrás referidas (os comentários entre os usuários, o assédio virtual, e os discursos de ódio). Os autores buscam emoções fortes, fazer drama, e atacam principalmente os mais vulneráveis, pois esses são mais suscetíveis. Outros acreditam que estão protegendo a sua comunidade (religiosa, étnica, etc.). Outros fazem-no como desejo de vingança, em resposta a insultos pessoais, e discursos de ódio. Esses utilizadores das redes sociais visam especialmente os membros de um grupo, nomeadamente nos discursos de ódio, mesmo que as vítimas atingidas não tenham feito nada de mal. No caso dos discursos de ódio, o mais comum são as razões ideológicas.

Eis algumas das principais características, comuns aos protagonistas das hostilidades, do assédio e dos discursos de ódio nas redes sociais: O narcisismo (a preocupação por ser notado e a necessidade de chamar a atenção). O maquiavelismo (a tendência de enganar e manipular). A psicopatia (com total falta de empatia). O sadismo (com o prazer de infligir dor ou humilhação no outro). A frustração perante as situações do dia a dia (por exemplo em questões financeiras ou amorosas). A invejado sucesso dos outros, ou de coisas que os outros alcançaram e que também gostariam de alcançar. Apesar de tanto criticarem, é de salientar que o comportamento dessas pessoas não é moralmente melhor do que o comportamento que elas criticam, e muitas vezes acontece que essas críticas são uma forma de compensação, ou para iludir o comportamento de quem critica.

Uma característica muito comum aos protagonistas de comentários hostis, de assédio virtual, e de discursos de ódio, é que raramente se encontrará um usuário capaz de expressar a sua verdadeira identidade e exibir uma imagem de perfil real. Na maioria das vezes eles escondem-se atrás de apelidos improváveis. Estes usuários encapuzados das redes sociais entregam-se então a todos os excessos com muito pouca chance de serem identificados ou mesmo punidos.

O argumento empregue é o do direito à privacidade, mas este direito está a ser mal usado. Estas atitudes causam danos individuais e sociais às pessoas visadas. Quando a identidade psicológica, social, cultural da pessoa é atacada, ocorrem mensagens de desumanização muito graves, que causam problemas emocionais. As pessoas que são vítimas dos comentários, do assédio virtual e dos discursos de ódio, ficam com problemas de autoestima, ansiedade, depressão, fobia social, insegurança, vergonha de não conseguir resolver os ataques e a humilhação. A vítima tem um sentimento de desamparo maior do que em outros tipos de agressão, pois o ataque pode atingir a pessoa a qualquer momento (devido ao facto de estar publicado nas redes sociais). Quando há depressão extrema o assédio virtual e o discurso de ódio, podem levar mesmo a vítima ao suicídio. A situação mais grave não é referente às figuras públicas ou aos adultos, mas aos jovens e adolescentes, que lidam mais dificilmente com o problema, devido ao facto de ainda terem pouca experiência de Vida, e que causa défice de atenção e desmotivação para os estudos. As consequências não são apenas psicológicas, nem individuais, mas sociais e políticas, pois por trás da aparência da diversidade e do pluralismo, estabelece-se um simulacro de democracia.

Como é sabido, existem conflitos entre os direitos (direito à liberdade de informação versus direito à privacidade; direito à liberdade religiosa versus direito à saúde em tempos de pandemia; direito à liberdade de expressão, versus direito às convicções políticas, religiosas, etc.). Não existe uma hierarquia de direitos em termos objetivos, nenhum deles é absoluto, e nas situações de conflito entre eles os direitos fundamentais em jogo devem ser geridos numa lógica de proporcionalidade, cuja avaliação é no entanto muito subjetiva de apreciar e de julgar pelos Tribunais.

Seja como for, o direito à liberdade de expressão não goza de uma preferência incondicionada, pois é suscetível de restrições devido à concorrência de outros direitos, como acontece quando há discursos discriminatórios. Nenhum comentário ou discurso, da arte, da religião, da política, da convicção filosófica, ideológica, é absolutamente protegido de limites, e precisa de restrições para respeitar outros direitos. Portanto, ao contrário dos que defendem a publicação desses comentários e discursos de ódio, sob o argumento do direito à liberdade de expressão, e baseados em leis como as dos Estados Unidos que não os penalizam, os mesmos não devem ser permitidos, e devem ser punidos.

Empreitada de concepção-construção no direito dos contratos públicos: função e pressupostos da definição colaborativa de obras públicas

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A empreitada de concepção-construção (ECC): caracterização, justificação e direito comparado: 1.1. Ideia geral e justificação da figura: a) Traços distintivos e razões justificativas da ECC como modo de execução de obras públicas; b) Uma figura com lugar no sistema jurídico; 1.2. Breve nota de direito comparado: a) França; b) Itália; c) Espanha. 2. A empreitada de concepção-construção no direito português: 2.1. Evolução histórica; 2.2. Direito português vigente: noção, pressupostos e requisitos da ECC: a) Aspectos gerais; b) Pressupostos materiais (alternativos): assunção de obrigações de resultado e complexidade técnica; c) Dever de fundamentação; d) Nível de programação da obra em sede de caderno de encargos; 3. Síntese conclusiva.

RESUMO: O presente artigo aborda a figura da empreitada de concepção-construção (ECC) no direito dos contratos públicos português. A ECC responde a necessidades reais e efectivas, e é, dogmaticamente, uma figura do maior interesse, já que através dela se procede à *definição colaborativa e progressiva do objecto do contrato de empreitada*. É também uma figura controversa, como se comprovou, mais uma vez, recentemente, no percurso seguido pela proposta de lei n.º 41/XIV/1.^a, que originou a Lei n.º 30/2021, de 21 de Maio. A adequada compreensão da função da ECC e dos pressupostos legais específicos (e limitados) que têm presidido à possibilidade de utilização desta modalidade contratual pelas entidades adjudicantes, hoje previstos no artigo 43.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos, é assim

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Investigador do Centro de Investigação de Direito Público (CIDP). Correio electrónico: miguelraimundo@fd.ulisboa.pt

fundamental para o reconhecimento do lugar que a figura ocupa no sistema. É esse o objecto do presente estudo, que atende ao direito português, e também aos importantes dados do direito comparado na matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Empreitada de obras públicas, concepção-construção, projecto de execução, obrigações de resultado, complexidade técnica

ABSTRACT: This paper approaches Design and Build contracts under Portuguese Public Contracts Law. Design-build contracts respond to real and effective needs, and present great interest from a theoretical standpoint, because they give rise to a form of collaborative and progressive definition of the scope of a public works contract. It is also a controversial figure, as was seen recently with the process regarding draft proposal law nr. 41/XIV/1.^a, which gave rise to Law nr. 30/2021, of 21 May. The proper understanding of both the function of design-build contracts, and the specific (limited) legal conditions which allow contracting authorities to use this contractual arrangement, provided for by article 43(3) of the Portuguese Public Contracts Code, is essential for the recognition of its place in the legal system. This is the purpose of this paper, which analyses Portuguese law, as well as the very relevant indications found in comparative law regarding this matter.

KEY WORDS: Public works contracts, design and build, works project, performance obligations, technical complexity

Introdução

1. Como é sabido, na iniciativa legislativa destinada a alterar o Código dos Contratos Públicos e a prever um regime especial de contratação pública (proposta de lei n.º 41/XIV/1.^a), que viria a dar origem à Lei n.º 30/2021, de 21 de Maio, o Governo propôs à Assembleia da República, entre outras alterações, aquela que teria sido uma alteração radical do regime da empreitada de concepção-construção (ECC).

A proposta de lei do Governo liberalizava os pressupostos da utilização da ECC, medida que o Governo, no chamado “Programa de Estabilização Económica e Social”, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de Junho, já tinha indiciado pretender adoptar, como forma de aceleração do investimento público na sequência da emergência da pandemia Covid-19. A intenção de liberalizar o recurso à ECC era concretizada por meio da proposta de revogação do n.º 3 do artigo 43.º do CCP, e inclusão, no n.º 1 do mesmo artigo, de uma menção à figura da ECC, mas colocada como uma

pura alternativa, à escolha do dono da obra, a par do modelo de empreitada de mera construção.

Na parte em que fazia tal alteração ao CCP, porém, a proposta não veio a ser acolhida pelo Parlamento, como resulta da Lei n.º 30/2021, de 21 de Maio, que concluiu o referido processo legislativo. A intenção de não dar sequência a essa parte da proposta do Governo foi, aliás, uma opção cedo manifestada nesse processo legislativo pelos Deputados, como o atestam o Decreto da Assembleia da República n.º 95/XIV, objecto de veto presidencial, e o Decreto da Assembleia da República n.º 133/XIV, que corresponde à reformulação do primeiro, e que já não contemplavam aquelas alterações ao artigo 43.º¹.

A eliminação pura e simples de um regime restritivo sobre a utilização da ECC, como regra geral, suscitava-nos reservas. Como procuraremos demonstrar adiante, a figura da empreitada de concepção-construção deve ser utilizada para fins específicos, e não fora deles. Ao mesmo tempo, é importante evitar que se crie a ideia de um qualquer desfavor legislativo agravado relativamente ao instituto, só pelo facto de a proposta de alteração não ter sido aprovada. Parece evidente que se um dado projecto reúne as condições para ser lançado como ECC, nenhum motivo válido existirá para obstaculizar essa acção. Como veremos, a empreitada de concepção-construção, como instituto jurídico, serve propósitos válidos e está hoje ao dispor das entidades adjudicantes, verificados os seus pressupostos. Não tendo sido aprovada a proposta de alteração ao artigo 43.º feita pelo Governo, esse preceito continua a valer nos termos em que isso vem sucedendo até aqui. Ainda assim (ou diríamos mesmo: exactamente por isso), é plenamente justificado abordar aqui a noção e os pressupostos de utilização da figura, compreendendo aquele que é o seu lugar no instrumentário ao dispor das entidades adjudicantes. Essa análise aprofundada permitir-nos-á, como veremos, ultrapassar alguns lugares-comuns por vezes afirmados sobre a figura, bem como abordar alguns aspectos que têm tido menos atenção por parte da doutrina.

¹ Para referências de enquadramento a esta iniciativa legislativa do Governo, ainda não considerando o Decreto n.º 133/XIV (posterior à publicação desses textos) nem, consequentemente, a Lei n.º 30/2021 entretanto publicada, RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões em torno do regime aplicável às empreitadas de concepção-construção no Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Contratos Públicos*, (25), 2021, pp. 95-129, pp. 126-128; JOSÉ DUARTE COIMBRA, “Dez boas razões para rever o CCP”, in MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (ORG.), *Concorrência e sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública – Actas das II Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de Setembro a 2 de Outubro de 2020, FDUL)*, Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 487-546, com referência à alteração proposta para o regime da ECC a p. 488, nota 2. E ainda, já publicado na vigência da Lei n.º 30/2021 e na fase final de redacção deste texto, PEDRO FERNANDEZ SÁNCHEZ, *A revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, 2021, com referência a pp. 175-177.

2. No que toca à sequência do presente estudo, num primeiro momento logo após esta Introdução, dedicar-nos-emos à caracterização da figura da ECC (1). Começaremos por apresentar a figura em geral e as razões que levam à sua utilização (1.1.), indicando também, em breves linhas, alguns dados de direito comparado (1.2.) a que a doutrina nacional, com honrosas excepções, não tem dado a devida atenção, e que são, a nosso ver, extremamente relevantes para a análise do direito português, quer para compreender o instituto, quer para compreender um aspecto negligenciado, que é a tendência para o aumento da sua utilização, pelo menos em determinados contextos.

Em seguida, iremos concentrar-nos na figura da ECC no direito português (2), começando por traçar a sua evolução histórica recente (2.1.), e dedicando depois toda a atenção ao direito vigente, essencialmente resultante das normas do CCP e regulamentação proferida ao seu abrigo (2.2.). Deve notar-se que o propósito do presente trabalho não é o da análise de todo aquele que pode designar-se como o *regime legal da ECC*, matéria que excederia os limites de um simples artigo. Centramos o essencial da nossa atenção no presente trabalho no regime do artigo 43.º, n.º 3, do CCP. Não devemos, porém, deixar de notar que a modalidade de empreitada que analisamos tem refracções, em particular, ao nível do regime de responsabilidade pelos trabalhos complementares destinados ao suprimento de erros ou omissões do projecto, e múltiplas questões por esse regime colocadas², mas também em outros aspectos onde aflora a especificidade da ECC.

Terminamos com uma breve síntese conclusiva (3).

1. A empreitada de concepção-construção (ECC): caracterização, justificação e direito comparado

1.1. *Ideia geral e justificação da figura*

- a) *Traços distintivos e razões justificativas da ECC como modo de execução de obras públicas*

3. Como a doutrina jus-administrativista aponta há muito, as obras realizadas pela administração pública para satisfação das necessidades colectivas podem

² Veja-se, para uma discussão aprofundada, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA/ANTÓNIO CADILHA, “O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto nas empreitadas de concepção/construção em face do Código dos Contratos Públicos”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69, (III/IV), 2009, pp. 869 ss. *passim*, ainda com pertinência; RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões”, pp. 117 ss.

ser levadas a cabo por diferentes formas, que o dono da obra seleccionará, de acordo com as suas necessidades e as funções e características dos vários modelos³.

Na chamada *administração directa*, a entidade que funciona como dona de obra vale-se de meios e do concurso de diferentes profissionais e trabalhadores, que actuam como meros fornecedores de mão-de-obra e materiais para uma obra cujas concepção e execução não é assumida, enquanto unidade, por qualquer outro sujeito externo ao dono da obra.

A execução de obras públicas pode, porém, ser assumida por um terceiro, por via contratual, através de um contrato de colaboração (cujas várias modalidades são consideradas tradicionalmente como *contratos administrativos*, em países como Portugal). Nesse caso, estaremos perante um *contrato de empreitada de obra pública*, se o modo de remuneração do co-contratante for o pagamento de um preço ou outra contrapartida pecuniária, liquidado à medida que a obra vai sendo realizada; ou, diferentemente, como um contrato de *concessão*, se a remuneração do co-contratante for associada à exploração ou disponibilidade da obra, normalmente ao longo de um período mais ou menos extenso: neste caso, poderemos ainda estar perante uma *concessão de obra pública*, situação mais comum, ou uma *concessão de serviços* que envolva a prévia construção. Como se vê, um elemento fundamental para a opção entre o uso da simples empreitada e o uso de qualquer uma das modalidades de técnica concessória prende-se com a *disponibilidade do financiamento* por parte do dono da obra: com efeito, a realização de uma empreitada pressupõe pagamentos por parte do dono de obra, que vão acompanhando a execução das prestações do empreiteiro (cf., hoje, os artigos 387.º e ss. do CCP), o que leva, portanto, a uma concentração forte da despesa com a realização da obra num período bastante reduzido de tempo (o da sua execução); já a concessão aplica-se nos casos em que não se dispõe dos fundos necessários para financiar toda a obra nesse único momento no tempo, ou naqueles em que, por qualquer razão, se antevê que esse modo de financiamento possa até ser mais eficiente para o dono da obra⁴.

³ Cf., com desenvolvimento, ANTONIO CIANFLONE/GIORGIO GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, t. I, 12.ª ed., Milano: Giuffrè, 2012, pp. 124 ss.; STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova: CEDAM, 2008, pp. 292 ss.

⁴ Indo a um nível de detalhe ainda mais fino, poderia acrescentar-se uma outra opção disponível no direito vigente, que complementa as anteriores, que seria a do recurso à metodologia de parceria público-privada – cf., sobre isso, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Regime de formação de contratos de concessão – a articulação entre o CCP e o Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23.05)”, *Revista de Contratos Públicos*, (25), 2021, pp. 5-72.

4. Optando o dono da obra pela execução da obra através de contrato de empreitada, diversas alternativas ainda se prefiguram. As mesmas estão associadas à amplitude da colaboração que o dono da obra solicita do empreiteiro. A compreensão dos termos desta alternativa é central para o presente trabalho.

Assim, em muitos casos – configurados pela lei como a regra, como veremos – o dono da obra dispõe, já, no momento em que lança o procedimento de formação do contrato de empreitada, de um *projecto de execução* da futura obra, solicitando ao mercado – normalmente, por procedimentos concursais, de público apelo à concorrência – que apresente as melhores condições de qualidade e preço para a execução de trabalhos que já foram cuidadosamente programados e projectados, ao detalhe, de antemão. Fala-se, neste caso, da metodologia “design, bid and build” (DBB), de empreitada tradicional ou de empreitada de mera construção, ou seja, o dono da obra projecta e coloca o projecto a concurso (*design, bid*) e o empreiteiro tem a seu cargo apenas a construção (*build*). A este método da empreitada tradicional ou de mera construção, assim descrito, contrapõe-se o modelo “design and build” (DB), em que o que é levado a concurso pelo dono da obra é apenas uma indicação, mais ou menos sucinta e preliminar, daquilo que pretende, e o empreiteiro tem as duas tarefas indicadas: projectar e construir⁵. Este segundo modelo corresponde genericamente ao que entre nós se tem designado como *empreitada de concepção-construção*⁶ (que neste texto vimos referindo pela sigla “ECC”⁷) e que em outras

⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas (decisão arbitral sobre a obra hidráulica Beliche-Eta de Tavira)*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 52-53. Cf. igualmente LINO TORGAL, “A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – breves notas sobre algumas das principais novidades”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, (64), 2007, pp. 55-69, p. 63; LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos do contrato de empreitadas de obras públicas no Código dos Contratos Públicos I”, in PEDRO GONÇALVES (COORD.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2010, pp. 345-415, p. 360; JOSE ANTONIO MORENO MOLINA/FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS, *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3.^a ed., Madrid: La Ley, 2010, p. 187; RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões em torno do regime aplicável às empreitadas de concepção-construção no Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Contratos Públicos*, (25), 2021, pp. 95-129, pp. 96 ss.

⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, p. 53; LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos..., I”, p. 361; LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas. O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 184, estabelecendo a equivalência entre os contratos *design and build* do direito britânico e a ECC do direito continental europeu.

⁷ Referir-nos-emos à expressão “empreitada de concepção-construção” utilizando o acrónimo

latitudes se tem também designado como contrato (de empreitada) integrada, ou semi-integrada⁸.

Pode dizer-se, seguindo a doutrina, que “a forma tradicional de realização de uma obra pública envolve (...) uma clara repartição dos papéis do dono da obra e do empreiteiro no que respeita à sua concepção e construção”, em que “o primeiro define o objecto do contrato de forma tão perfeita quanto possível no respectivo procedimento preparatório” e “o empreiteiro executa, depois, sob a fiscalização e a direcção do primeiro, a obra definida”⁹. Em contraste, na modalidade de concepção-construção “não [se] assiste à separação subjectiva, rígida, das missões de concepção e de construção”; “(...) a tarefa de construção da obra continua, naturalmente, a pertencer exclusivamente ao empreiteiro, sob a fiscalização e a direcção do dono da obra. Mas a concepção é partilhada pelas duas partes”¹⁰, já que o dono da obra “define, com suficiente precisão, num projecto com um grau de desenvolvimento ainda bastante vago, as necessidades que a obra a construir deve servir”; e o co-contratante desenvolve a partir daí o projecto, o que significa que “cumula (...) as facetas de projectista e de empreiteiro, prolongando-se a concepção pela fase de execução do contrato adentro”¹¹. Por este motivo, pode ainda acrescentar-se que o recurso à modalidade de concepção-construção configura um dos modos, resultantes da tradição e definidos pela lei, do que podemos chamar a definição progressiva do objecto do contrato: na ECC, o objecto do contrato não está integralmente definido à partida aquando do lançamento do procedimento, pois uma parte da

“ECC”, por uma questão de simplicidade e economia de meios, dado o elevado número de vezes em que essa expressão surgirá aqui e a extensão que a mesma ocuparia no texto, se fosse grafada por extenso.

⁸ É a designação adoptada em diplomas recentes do direito brasileiro – cf. MARCELO BRUTO DA COSTA CORREIA, “Empreitadas de obras públicas: problemas específicos da formação do contrato”, in ISABEL CELESTE FONSECA (COORD.), *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas. Para um crescimento da economia assente na contratação pública sustentável, inteligente e inovadora. Luanda – 16, 17 e 18 de novembro de 2016*, Braga: EDUM, 2017, pp. 295-303, pp. 293-295; em Itália, como veremos, também se fala em “appalto integrato”. Com ampla análise de direito comparado, referindo estas modalidades, LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada*, pp. 172-173, 184, 223-225, 248 ss.

⁹ DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, p. 51. Como se pode ver em GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code de la commande publique*, 2.^a ed., Paris: LexisNexis, 2021, p. 1150, a referência à repartição de papéis, nos termos indicados, surge, já de modo claro, no artigo 7.^o da importante *loi MOP*, de 1985, que em França regulou esta modalidade de empreitada até bem recentemente; cf. *infra*.

¹⁰ DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, pp. 53-54.

¹¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, p. 54.

prestação do co-contratante vai sendo concretizada já em sede de execução do contrato¹².

5. A primeira das metodologias apresentadas – “design, bid and build”, DBB, “design then bid”, correspondente à empreitada dita tradicional ou de mera construção – pode apresentar-se vantajosa sob diversos pontos de vista. Reconhecendo que este tipo de afirmações são meramente tendenciais, poderá admitir-se que esta modalidade confere maior capacidade de prever a despesa total com a obra *desde que não haja eventos significativos de erro de projecto*, maior facilidade de construção e aplicação do critério de adjudicação e de escolha entre propostas, por ser mais definida a prestação exigida, e maior facilidade de gestão, por parte do dono da obra, dos riscos associados aos actos de controlo prévio que incidem sobre o projecto, pois estes são colocados antes do concurso¹³, que explicam seguramente a preferência que o legislador lhe vota. Um outro aspecto normalmente mencionado seria a propensão para concorrência mais alargada potenciada pela adjudicação autónoma das prestações de projecto e construção¹⁴; e outros aspectos são por vezes mencionados, mas já suscitando mais reservas¹⁵.

Contudo, há que reconhecer igualmente que as mesmas características que permitem essas vantagens também podem, dependendo do contexto, reve-

¹² DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, p. 55; LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos... I”, p. 360; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 697, 698. Também assinalando este ponto, a propósito da figura do *appalto-concorso* no direito italiano (uma das figuras tradicionais desse direito que, na tradição portuguesa, se reconduziria à ECC), ANTONIO CIANFLONE/GIORGIO GIOVANNINI, *L'appalto*, t. I, p. 803.

¹³ Sobre este último aspecto, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “A Avaliação de Impacto Ambiental na Formação e Execução dos Contratos Públicos”, *O Direito*, ano 142.º, (I), 2010, pp. 197-226, publicado também na colectânea *Estudos sobre Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, 2010, pp. 201 ss., que aqui citaremos; IDEM, “Controlo prévio das operações urbanísticas promovidas pela Administração Pública – em particular, a questão do âmbito de aplicação”, *Questões Atuais de Direito Local*, (5), 2015, pp. 59 ss., agora a propósito dos actos de controlo prévio que relevam do direito do urbanismo.

¹⁴ Nesta linha, por exemplo, referindo que a ECC é “limitadora da concorrência, uma vez que a maior parte dos empreiteiros não está em condições de concorrer a concursos lançados nesta modalidade, por serem muito mais exigentes do ponto de vista técnico e dos meios a utilizar”, TContas n.º 153/2008, 1.ªS/SS. No mesmo sentido, TContas n.º 6/2012, 1.ª S/PL.

¹⁵ Parece, salvo o devido respeito, algo temerária, ou pelo menos, não fundamentada, a associação entre ECC e “degradação da qualidade da obra”, apresentada por PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 696, 698.

lar-se desvantajosas, e aconselhar o recurso a modelos diferentes¹⁶. Assim, a maior rigidez e muito detalhe do projecto de execução na empreitada de mera construção coarctam soluções potencialmente melhores do que as projectadas, que o mercado estivesse em condições de fornecer, o que significa que a obra poderia ser executada com vantagem e por menos preço, possibilidades que podem ser desperdiçadas¹⁷. A imputação do projecto ao dono da obra, inerente ao modelo “design, bid and build”, também traz consigo a assunção, pelo dono da obra, de responsabilidade por erros do projecto (cf., hoje, o regime do artigo 378.º do CCP)¹⁸, responsabilidade essa que, mesmo quando se recorreu a projectistas externos, pode não se conseguir repassar completamente aos mesmos¹⁹. Já no modelo “design and build” (ECC), o risco de projecto é passado para o empreiteiro²⁰, ficando o dono da obra mais protegido contra aumentos de preço da obra decorrentes de eventuais trabalhos complementares derivados de erros ou omissões do projecto²¹. Deste modo, em obras de grandes dimensões

¹⁶ De modo totalmente claro e certo, afirma STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, pp. 318-319, que “as garantias que habitualmente se associam à empreitada de mera construção podem transformar-se em *boomerang* para a entidade adjudicante, pelo facto de ter tomado para si a tarefa de fazer um projecto de detalhe que, como se viu, não deverá deixar espaço a qualquer incerteza”.

¹⁷ Em sentido próximo, utilizando o exemplo de diferentes técnicas construtivas aceitáveis, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 700. Salientando a utilidade da figura do *appalto-concorso* para a “resolução de problemas especiais, técnicos, científicos ou artísticos, conexos com a obra a executar, ou que admitiriam mais de uma solução”, ANTONIO CIANFLONE/GIORGIO GIOVANNINI, *L'appalto*, t. I, pp. 803-804.

¹⁸ Como é evidente, trata-se de uma afirmação proferida em geral, que não dispensa uma avaliação de maior pormenor sobre os exactos contornos dessa assunção de risco – cf., em especial, a análise de JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA/ANTÓNIO CADILHA, “O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto nas empreitadas de concepção/construção”, *cit.*

¹⁹ Sobre esta última dificuldade, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Erros e omissões das peças do procedimento e posição do co-contratante, ou a *vida difícil* da boa fé na contratação pública”, *Revista de Direito Administrativo*, (4), 2019, pp. 44-54, p. 50 e nota 29.

²⁰ Como se disse na *Introdução*, não trataremos aqui do regime da responsabilidade por erros de projecto, mas para ilustrar o que se refere no texto, cumpre apenas notar que o n.º 2 do artigo 378.º do CCP é exclusivamente dedicado a fixar o regime de alocação do custo com trabalhos complementares de suprimento de erros e omissões, nos casos em que o empreiteiro tem a obrigação de elaborar o projecto de execução. A solução-regra aí prevista é a da alocação do custo de tais trabalhos ao empreiteiro (prevendo-se a compreensível excepção dos casos em que os erros ou omissões tenham sido induzidos pelos elementos elaborados ou disponibilizados pelo dono da obra). Desde cedo, este foi e continua a ser um traço distintivo da ECC, não apenas em Portugal – cf., por exemplo, LUCA R. PERFETTI (A CURA DI), *Codice*, p. 603; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III, 4.ª ed., Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, 2020, p. 966.

²¹ Como se refere em TContas n.º 31/05-21.Nov-1.ªS/PL: “a empreitada de concepção-construção acarreta para o empreiteiro simultaneamente uma responsabilidade acrescida, que deriva da elaboração dos projectos, e um risco maior do que nas empreitadas em que os projectos são da responsabilidade do

e complexidade, que são as que se prestam mais a problemas de projecto, pode ser aconselhável o recurso à elaboração de projecto pelo empreiteiro: de facto, a aptidão da empreitada de mera construção para conter “derrapagens” de preço só será uma realidade *se* não existirem muitos trabalhos complementares²². No caso de se antever a probabilidade elevada de tais trabalhos, probabilidade essa que, pela natureza das coisas, cresce à medida que cresce a complexidade da obra, a ECC é claramente uma melhor solução, pois a passagem do risco de projecto para o empreiteiro significa, precisamente, que ele não pode invocar aumentos de preço decorrentes da necessidade de trabalhos complementares²³. Por razões semelhantes, a concentração das prestações de projecto e construção no co-contratante também tem sido associada, na literatura, a maior vantagem do modelo DB na prevenção de *atrasos* na execução²⁴. Por fim, à menor facilidade de comparação entre propostas, que *prima facie* ocorre na ECC (pois o padrão de comparação a que estão sujeitas é menos denso), pode e deve responder-se com uma adequada conformação das peças do procedimento, prevenindo claramente os requisitos funcionais essenciais a respeitar (como se dirá adiante), e, sobretudo, prevenindo a utilização de um *critério de adjudicação multi-factorial*, que atenda devidamente e de modo efectivo às dimensões de *qualidade técnica* das propostas a apresentar pelos concorrentes²⁵.

dono da obra, pois que naquelas é ele e não o dono da obra quem suportará os danos resultantes dos erros e omissões dos projectos”, acrescentando também, logo de seguida: “[r]esponsabilidade e risco que o empreiteiro não deixará de considerar na determinação do preço apresentado e contratualizado.”

²² Não é por acaso que a doutrina por vezes estabelece uma associação entre recurso à “empreitada de mera construção” e *simplicidade* da obra – assim, STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, p. 315.

²³ Há uma outra razão que vai no mesmo sentido: é que por força, essencialmente, da protecção da concorrência procedimental, os trabalhos complementares estão hoje sujeitos a *limites quantitativos* – cf. artigo 370.º do CCP. Isto significa que, além do incremento de preço, pode o dono da obra ficar a braços com uma situação em que já não consiga ordenar trabalhos complementares e tenha, por isso, de recorrer a um novo procedimento pré-contratual, situação obviamente muito delicada na execução de uma obra pública.

²⁴ MARCELO BRUTO DA COSTA CORREIA, “Empreitadas de obras públicas”, p. 298.

²⁵ Na linha desta última observação, veja-se ANTONIO CIANFLONE/GIORGIO GIOVANNINI, *L'appalto*, t. I, p. 804, a propósito da figura do *appalto-concorso*. Entre nós, referindo-se a esta questão, embora enfatizando sobretudo o aspecto da dificuldade ou risco para as entidades adjudicantes na avaliação das propostas, veja-se TContas n.º 22/09, 1.ªS/PL, e RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões”, p. 116. Pela nossa parte, não negamos que este seja um aspecto a ter em conta, mas pensamos que é perfeitamente susceptível de ser acautelado com uma utilização competente das ferramentas gerais da contratação pública.

A esse propósito, note-se que a formulação do critério de adjudicação está, naturalmente, sujeita às directrizes gerais sobre a matéria – cf., recentemente, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Objectividade do critério de adjudicação e modelo de avaliação e discricionariedade na avaliação – um percurso juris-

Estas desvantagens do modelo DBB, e correlativas vantagens do modelo DB ocorrem, sobretudo, em contextos de grande especificidade técnica, em que a prática da engenharia salienta a importância de o projectista e o empreiteiro irem actuando “lado a lado”, ao longo da execução da obra²⁶, para tomar opções que por vezes é impossível programar antecipadamente (mesmo com estudos geológicos ou geotécnicos; o caso das obras de geotecnia é paradigmático). A doutrina refere-se, nesta linha, à “criação de um processo iterativo entre as actividades de projecto e os constrangimentos da execução, ou à melhor integração de um processo de construção complexo na concepção da obra”²⁷. A justificação material deste especial modo de construção que é a empreitada de concepção-construção reside, assim, pode dizer-se, no valor acrescentado introduzido pela associação do empreiteiro desde a fase inicial da concepção da obra²⁸. Nesses contextos, de algum modo marcados por complexidade, relativa incerteza e/ou existência de *margens de diferenciação significativas* (de técnicas construtivas ou de projecto, equipamentos ou pessoal utilizados) entre os potenciais interessados no contrato, a própria utilização da concorrência entre os agentes económicos pode ser útil para ajudar a densificar, nas melhores condições, durante um procedimento concursal, a solução a desenvolver, proporcionando ganhos de diversos tipos ao dono da obra²⁹. Não por acaso, o Tribunal de Contas da União brasileiro tem feito uso, precisamente, deste tipo de racional para justificar a possibilidade de utilização da figura da contratação integrada naquele ordenamento³⁰.

Foi para responder a estes contextos, necessidades e funções específicos que se desenvolveu no universo jurídico-público a possibilidade de recurso à modalidade designada, pela doutrina, como “empreitada de concepção-cons-

prudencial”, in MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (ORG.), *Concorrência e sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública – Actas das II Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de Setembro a 2 de Outubro de 2020, FDUL)*, Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 305-337.

²⁶ GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code*, p. 1150.

²⁷ GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code*, p. 1150.

²⁸ GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code*, p. 1150. É também no mesmo sentido que, ao falar da modalidade de *affidamento a contraente generale* do direito italiano (que apresenta várias semelhanças com a ECC), EDUARDO PARISI, “L’affidamento a contraente generale”, *Urbanistica e Appalti*, (5), 2020, pp. 604-617, p. 613, anota que essa modalidade (assim como as PPP) têm sido sobretudo utilizadas nas obras infra-estruturais, por serem obras que “requerem um particular conhecimento do projecto por parte do executante da obra”. Cf., ainda, de forma desenvolvida, sobre as possíveis vantagens de utilização da ECC, de uma perspectiva eminentemente prática, PATRICE NOVAT/HERVÉ LANNOY, *La conception-réalisation*, Paris: Le Moniteur, 2010, pp. 107-119.

²⁹ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 697-700.

³⁰ MARCELO BRUTO DA COSTA CORREIA, “Empreitadas de obras públicas”, p. 297, com referência a diversas decisões recentes, de 2014, 2015 e 2016, do Plenário do Tribunal de Contas da União.

trução”³¹. Tal possibilidade tem estado regulada por regimes que, de algum modo, sublinham o carácter limitativo dos casos em que a mesma pode ser utilizada, sendo essa opção mantida no artigo 43.º, n.º 3, do CCP, o preceito fundamental na matéria, no direito em vigor, e que adiante será analisado em detalhe.

b) *Uma figura com lugar no sistema jurídico*

6. Deve notar-se, como prevenção relevante antes de avançarmos, que, sem prejuízo de serem compreensíveis as razões que levam o legislador a limitar a utilização da ECC – pois certamente a maioria das obras levadas a cabo pela administração pública não se reveste das características que aconselham o uso daquela metodologia – é preciso adoptar a este respeito uma perspectiva puramente pragmática, tanto quanto possível objectiva e não contaminada por ideias pré-concebidas. Tal como outras figuras, a empreitada de concepção-construção tem os seus contextos de boa e adequada utilização, e, infelizmente, os seus exemplos de má utilização; há que conhecer os pressupostos da sua boa utilização e aplicá-los em conformidade³². A abordagem a esta figura não pode fazer-se numa lógica de afirmação de falsas dicotomias, ou da qualificação abstracta de figuras jurídicas como inerentemente vantajosas ou desvantajosas, ou da afirmação de preconceitos e ideias feitas³³, mas sim numa lógica de

³¹ Como diz STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, p. 297, figuras como o “appalto integrato” (que entre nós se reconduziria claramente à ECC) e o “affidamento a contraente generale” (mais diferenciado, mas também associando projecto e execução), consubstanciam figuras que, partindo da “figura principal” da empreitada, promovem aquilo que designa como a “evolução” (em sentido não técnico, precisa o Autor) do modelo originário, de forma a gerar instrumentos idóneos para acompanhar a evolução das necessidades.

³² Vai também neste sentido MARCELO BRUTO DA COSTA CORREIA, “Empreitadas de obras públicas”, p. 296, ao notar que “o uso de cada regime encontra limites nas características do objecto licitado”.

³³ Veja-se como o Decreto-Lei n.º 341/88, de 28 de Setembro, a que adiante nos referiremos, afirmava, entre outras coisas, que a utilização da ECC era “característica dos países pouco desenvolvidos”. Embora seja uma passagem muito citada na doutrina portuguesa, aparentemente sem grande discordância, a nós parece-nos algo caricata, mesmo colocada em 1988. Basta dizer que a figura da ECC era (e continua a ser) amplamente utilizada em infra-estruturas públicas em locais como os países anglo-saxónicos, que não encaixam propriamente no figurino de “países pouco desenvolvidos”. Aquele preâmbulo queria sobretudo salientar os riscos da utilização da ECC em países com administrações públicas pouco qualificadas – só que, como é óbvio, isso é um problema inteiramente diferente, que não tem que ver com o instituto em si (sendo igualmente uma generalização injusta, embora comum entre nós, imputar a *toda* a administração pública a falta de qualificações necessárias para usar bem um instituto como este).

“toolbox approach”; isto é, a cada necessidade, a ferramenta correcta³⁴. Como nota Carlo Cresta, ao avaliar o direito italiano na matéria dos critérios de utilização da ECC, neste tema está-se perante a “procura de um ponto de equilíbrio entre abertura à concorrência e contributo propositivo da empresa, por um lado, e manutenção na esfera da administração das escolhas fundamentais e do controlo da execução das obras, por outro, de forma a assegurar a realização dos objectivos pré-estabelecidos com certeza de tempo e custos”³⁵.

Tal abordagem flexível encontra-se, também, na fonte mais insuspeita (e prevalecente): o direito europeu. Com efeito, é o próprio legislador europeu que afirma, no considerando 8, 2.º parágrafo, da Directiva 2014/24/UE, que consagra o regime da contratação pública nos sectores clássicos, o seguinte: “dada a diversidade dos contratos de empreitada de obras públicas, as autoridades adjudicantes deverão poder prever tanto a adjudicação separada como a adjudicação conjunta de contratos para a concepção e a execução de obras. A presente directiva não tem por objectivo prescrever a adjudicação conjunta ou separada de contratos.” Esta posição é confirmada pelo modo como é definido o contrato de empreitada: o artigo 2.º, n.º 1, (5), da Directiva 2014/24, apresenta o contrato de empreitada como aquele que tem por objecto “[a] execução ou a conceção e execução conjuntas de obras”³⁶. O legislador europeu não tem, pois, qualquer posição de princípio contrária à empreitada de concepção-

³⁴ Também nesta linha, STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, maxime p. 298; o Autor dedica-se precisamente a identificar as diferentes funções de cada modo de realização de obras públicas, de forma objectiva, pragmática e orientada para a eficiência (veja-se pp. 303 ss. para a função da empreitada de mera construção, e pp. 316 ss. para o “appalto integrato”, uma forma de ECC). Cf., para referências em outros contextos, de figuras também “contestadas”, ou simplesmente ainda pouco estudadas, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, pp. 828-829, a propósito da utilização do critério de adjudicação do preço mais baixo; e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO (COORD.), *Centralização e agregação de compras públicas. Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 307-335, a propósito da opção entre acordos quadro e sistemas de aquisição dinâmicos.

A abordagem objectiva aos institutos jurídicos é um postulado metodológico da maior importância, precisamente porque denuncia as falsas dicotomias maniqueístas, e concentra o esforço doutrinal e jurisprudencial onde ele deve ser colocado, que é na correcta dilucidação da função e do regime dos institutos; só isso pode ajudar verdadeiramente as entidades adjudicantes a utilizar, em plenitude, as ferramentas de contratação pública.

³⁵ CARLO CRESTA, “Livelli della progettazione”, in MARIA ALESSANDRA SANDULLI/ROSANNA DE NICOTOLIS, *Trattato sui Contratti Pubblici*, Vol. I, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 1181-1256, p. 1243.

³⁶ Sobre o conceito jus-europeu de empreitada de obras públicas, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, Vol. 1, London: Sweet and Maxwell, 2014, pp. 399 ss; LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada*, pp. 32 ss.; MICHAEL STEINICKE/PETER L. VESTER-

-construção³⁷. Bem pelo contrário: expressamente a prevê, e assume precisamente o que se refere acima: que essa opção decorrerá, sempre, do reconhecimento da *diversidade* das obras a realizar, e da correcta e competente tradução dessa diversidade nas opções que venham a constar das peças procedimentais e dos contratos a celebrar³⁸⁻³⁹.

7. De certo modo reforçando a última ideia que acabamos de transmitir, cumpre ainda referir que o facto de se dizer que esta modalidade de empreitada surge no âmbito jurídico-público não deve fazer esquecer que existe, aqui, um processo de evolução paralelo no universo jurídico-privado.

Com efeito, este também conhece hoje um desenvolvimento significativo de contratos tendo por objecto a realização de obras e que, com diferentes configurações, têm em comum um pendor globalizante, de reunião de prestações típicas de diferentes especialidades ou mesmo profissões, num único contrato, incluindo prestações de concepção (contratos de arquitectura, *engineering*, *management*, “chave na mão” e outras designações análogas)⁴⁰. O desenvolvimento dessas modalidades complexas tem como principal justificação a simplificação da relação, do ponto de vista do dono da obra: o mesmo lidará apenas com um interlocutor, devolvendo a este o conjunto de acções, cada vez mais complexas, inerentes à realização de obras, incluindo a contratação de todas as especialida-

DORF (Eds.), *EU Public Procurement Law – Brussels Commentary*, Baden-Baden/München/Oxford: Nomos/C.H.Beck/Hart, 2018, pp. 166 ss.

³⁷ STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, p. 316, perante as directivas de 2004; também assim, já perante a Directiva 2014/24, RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões”, p. 129 (referindo-se ao considerando 8). Igualmente invocando o direito europeu (Directiva 2014/25) como fonte que admite o modelo “design and build”, embora sem desenvolver, MARCELO BRUTO DA COSTA CORREIA, “Empreitadas de obras públicas”, p. 298.

³⁸ STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, p. 316, anota que, com esta flexibilidade, o legislador europeu mostra mesmo ter “uma maior consciência das necessidades das entidades adjudicantes” do que o legislador italiano, tradicionalmente bastante restritivo da ECC.

³⁹ Dada a evidente permissão, pelo direito europeu, da ECC, a doutrina até chega a colocar a hipótese de as limitações de direito interno à utilização dessa figura serem incompatíveis com o direito europeu: é uma discussão que existe no direito italiano (que tem limitações semelhantes às do direito português): cf. LUCA R. PERFETTI (A CURA DI), *Codice dei contratti pubblici commentato*, 2.ª ed., Milano: Wolters Kluwer, 2017, p. 604. Parece-nos, em todo o caso, algo discutível essa posição, já que o estabelecimento de regras relativas à escolha de modalidades contratuais (como a ECC) pelas entidades adjudicantes parece caber no âmbito de disponibilidade deixado ao legislador nacional.

⁴⁰ Sobre o tema, PEDRO DE ALBUQUERQUE/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações – Contratos em especial*, Vol. II – *Contrato de Empreitada*, 2.ª ed. revista, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 151-152 e referências aí citadas; MARCELO ALENCAR BOTELHO DE MESQUITA, *Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction). Primeira aproximação – conteúdo e qualificações*, São Paulo: Almedina Brasil, 2019, *passim*; EDUARDO PARISI, “L'affidamento a contraente generale”, pp. 604-609.

des⁴¹. Por outro lado, o recurso às referidas modalidades é também apoiado nas ideias de “contratação colaborativa”, que preconiza o “envolvimento precoce do empreiteiro” (*early contractor involvement*), postulados que são, aliás, propostos independentemente do contexto público ou privado dos contratos⁴².

Este movimento não deve ser ignorado, porquanto se trata, porventura, de um movimento de carácter *transversal* a direito público e privado, como é indiciado pelos elementos acima carreados. O facto de atravessarmos, hoje, um momento de transição tecnológica faz com que as soluções disponíveis no mercado sejam fortemente diferenciadas e sejam objecto de frequentes e rápidas alterações. Isso, juntamente com a patente incerteza da realidade circundante de frequentes crises, de diferentes naturezas, leva a uma revalorização das dimensões de *flexibilidade* e *adaptação* na programação e execução dos contratos, dimensões que são importantes nas modalidades de empreitada que se centram no resultado, mais do que no percurso, como é o caso da ECC, no direito administrativo, e dos contratos globais, no direito privado. Tomar consciência deste movimento aparentemente partilhado pelo direito público e pelo direito privado (sem nunca ignorar, obviamente, os valores e condicionalismos específicos desses dois universos, que justificam aliás importantes diferenças de regime) fornece mais um argumento que deve dissuadir tomadas de posição meramente superficiais (sejam elas condenatórias ou elogiosas) em relação à figura que constitui o objecto principal do presente estudo.

1.2. *Breve nota de direito comparado*

a) *França*

8. O direito comparado afigura-se relevante para a compreensão do direito português na matéria da empreitada de concepção-construção. De facto, é de assinalar uma partilha generalizada de traços comuns, em especial na cautela na utilização da figura, encontrando-se em vários ordenamentos uma regra

⁴¹ PEDRO DE ALBUQUERQUE/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito...*, II, p. 151. Com uma justificação muito próxima (falando em “instrumento de gestão da complexidade”) para o modelo de realização de obras por *affidamento a contraente generale*, EDUARDO PARISI, “L’affidamento a contraente generale”, p. 615.

⁴² Cf., sobre estes temas, em geral, DAVID MOSEY, *Collaborative Construction Procurement and Improved Value*, London: Wiley Blackwell, 2019.

segundo a qual a ECC não é uma figura de utilização geral, e só pode ser mobilizada em certos casos indicados na lei⁴³.

É o que sucede, desde logo, com o direito francês, a que começaremos por nos referir nesta breve digressão pelo direito comparado. A notória semelhança entre os direitos francês e português nesta matéria – ao ponto de se poder claramente identificar uma inspiração deste naquele – é relevante: um dos postulados básicos da metodologia do direito comparado reconhece que a proximidade dos sistemas jurídicos, a partilha de traços identitários de base relevantes, favorece a atribuição de relevância desses sistemas para o direito a interpretar⁴⁴. Não é necessário elaborarmos longamente acerca da manifesta inspiração francesa no direito dos contratos públicos português, quer no passado, quer actualmente.

Assim, mencionando apenas os pontos essenciais, há que referir que o artigo L.2171-2 do *Code de la commande publique* de 2018 (que, nesta secção, referiremos como “CCP”), na linha do que já faziam, desde os anos 80, a chamada *loi MOP* (a *Loi n.º 85-704* de 12 de Julho de 1985, *relative à la maîtrise d’ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d’œuvre privée*) e, depois, os sucessivos diplomas legais em matéria de contratos públicos que antecederam o CCP de 2018, estabelece um quadro restritivo de utilização da figura do *marché de conception-réalisation*, figura que essencialmente corresponde, no direito francês, à ECC⁴⁵. A doutrina francesa nota que o recurso a esta modalidade está “estritamente enquadrado” e deve manter-se excepcional⁴⁶, ecoando, deste modo, o que a lei portuguesa expressamente dispõe (cf. *infra*).

Com efeito, nos termos daquela regra geral do CCP francês, só é possível utilizar a ECC “se motivos de ordem técnica, ou a assunção de um compromisso contratual sobre a melhoria da eficiência energética, ou a construção de um edifício novo que supere as exigências da regulamentação térmica em

⁴³ Referindo que a excepcionalidade da ECC se inscreve “na linha tradicional do regime jurídico da empreitada de obras públicas (nacional e estrangeiro)”, LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos..., I”, p. 361.

⁴⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA/JORGE MORAIS CARVALHO, *Introdução ao Direito Comparado*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, pp. 36-37.

⁴⁵ Sobre a ECC no direito francês, já à luz do CCP de 2018, veja-se STÉPHANE BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique. Marchés publics – Concessions*, 6.ª ed., Antony: Editions Le Moniteur, 2019, pp. 284-285; GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code*, pp. 386-390 e 1149-1152.

⁴⁶ STÉPHANE BRACONNIER, *Précis*, p. 284. No mesmo sentido, quanto à *loi MOP*, da qual resultava que a ECC era “em princípio, proibida”, GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code*, p. 1150. Para referências ao abrigo de quadros legais anteriores, mas no mesmo sentido substancial, PATRICIA GRELIER WYCKOFF, *Le mémento des contrats complexes de la commande publique. La conception-réalisation. Le partenariat public-privé (PPP): BEA, AOT, CP*, Paris: Eyrolles, 2012, pp. 3, 5.

vigor, tornarem necessária a associação do empreiteiro às actividades de projecto da obra”⁴⁷.

Como se vê, decompondo a previsão da norma, ela está subordinada a um pressuposto geral necessário – a necessidade de associação do empreiteiro às tarefas de projecto – o qual pode ser preenchido por três formas alternativas: um motivo amplo, relacionado com “motivos de ordem técnica”, e duas situações especificamente previstas, ambas relacionadas com o desempenho energético ou térmico da infra-estrutura, como se viu⁴⁸.

Estas indicações quanto aos “motivos técnicos” são ainda complementadas, de modo muito relevante, pelo disposto na parte regulamentar do CCP francês. Aí se refere que “os motivos de ordem técnica que justificam o recurso a um contrato de concepção-construção são ligados ao fim (*la destination*) ou à organização e características técnicas (*la mise en œuvre technique*) da obra. São abrangidas as obras nas quais a utilização condiciona a concepção, a execução e a organização da obra, assim como as obras cujas características, tais como dimensões excepcionais ou dificuldades técnicas particulares, exigem o apelo aos meios e à tecnicidade próprias dos operadores económicos” (artigo R.2171-1)⁴⁹.

De sublinhar, ainda, no caso francês (e também italiano, como veremos), é o facto de testemunhar a existência de várias leis avulsas, de natureza sectorial, permitindo a utilização da ECC por certo tipo de entidades administrativas, e/ou para específicos projectos ou áreas de intervenção. Essas previsões são relevantes, porquanto revelam, por um lado, exemplos que se considera subsumíveis a esta figura (em alguns casos, aliás, suscitando algumas dúvidas sobre a adequação dessa utilização), e, por outro lado, revelam também o que já se tinha referido: uma tendência para, em tempos mais recentes, se valorizar esta modalidade contratual⁵⁰.

⁴⁷ Artigo L.2171-2, 2.º parágrafo, do CCP; tradução nossa. O original correspondente dispõe: “(...) si des motifs d’ordre technique ou un engagement contractuel portant sur l’amélioration de l’efficacité énergétique ou la construction d’un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur rendent nécessaire l’association de l’entrepreneur aux études de l’ouvrage”.

⁴⁸ Também autonomizando os motivos técnicos das outras duas situações, STÉPHANE BRACONNIER, *Précis*, p. 284-285.

⁴⁹ Tradução nossa. O original dispõe: “Les motifs d’ordre technique justifiant le recours à un marché de conception-réalisation sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l’ouvrage. Sont concernés des ouvrages dont l’utilisation conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des ouvrages dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.”

⁵⁰ GABRIEL ECKERT (Dir.), *Code de la commande publique*, pp. 388-390, e HÉLÈNE HOEPPFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2.ª ed., Paris: Dalloz, 2019, pp. 187-188, dão conta de diversos regimes específicos desse tipo: em contratos outorgados por estabelecimentos públicos de saúde; derrogação temporária

Os pressupostos de recurso à ECC, assim definidos, desde há muito, no direito francês⁵¹, e que são interpretados de forma restritiva pela doutrina e também pela jurisprudência⁵², estabelecem, como se verá, um importante e profícuo diálogo com o direito português.

b) Itália

9. Em Itália, o *Codice dei contratti pubblici* de 2016 prevê, igualmente, o carácter excepcional da ECC, ou seja, a contratação da actividade de “projecto executivo e execução dos trabalhos”, que engloba duas figuras tradicionalmente diferenciadas pela lei e pela doutrina italianas e que se podem considerar sub-espécies da ECC: o *appalto-concorso* (em que o caderno de encargos integra apenas o nível mais básico de programação, dito “projecto preliminar”) e o *appalto integrato* (em que o caderno de encargos integrava um nível mais avançado, dito “projecto definitivo”, mas que era ainda anterior ao “projecto executivo”, o que faz desta figura, ainda, uma forma de ECC)⁵³.

Assim, depois de o artigo 59.1 do *Codice* de 2016 excluir, como regra, a contratação conjunta do projecto e da obra fora de certas modalidades de

para entidades públicas que tenham a seu cargo a gestão de habitação social; contratos relativos a estabelecimentos de reclusão (penitenciárias); permissão de utilização da ECC por uma entidade pública para construção do pavilhão francês na Exposição Universal de Milão de 2015; em obras levadas a cabo pela SNCF, entidade gestora da ferrovia; para construção de alojamentos para estudantes; para instalação de infra-estruturas e redes de comunicações electrónicas por entidades locais; para obras necessárias à organização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2024; um regime de 2019 também permite a utilização dos *marchés globaux* (que incluem a ECC) para a execução das infra-estruturas que se tornaram necessárias para o restabelecimento das fronteiras físicas entre a França e o Reino Unido, após a saída deste último Estado da União Europeia; e, por fim, há uma derrogação para a construção de escolas na Guiana Francesa e Mayotte, por um período transitório de sete anos.

⁵¹ STÉPHANE BRACONNIER, *Précis*, p. 284, sublinha que o artigo L.2171-2 retoma formulações da *loi MOP*, de 1985 (revogada pelo CCP de 2018).

⁵² STÉPHANE BRACONNIER, *Précis*, p. 284;

⁵³ Sobre isto, LUCA R. PERFETTI (A CURA DI), *Codice*, pp. 600 ss.; CARLO CRESTA, “Livelli della progettazione”, *passim*. Como notam ambos os autores (o primeiro a pp. 601, e o segundo a pp. 1239), as limitações ao uso das figuras de ECC no direito italiano não têm sido muito consistentes, sendo o quadro imediatamente anterior a 2016 (ou seja, o do *Codice* de 2006) diferente nesta matéria, pois conferia maior discricionariedade à entidade adjudicante. Para uma perspectiva histórica mais alargada sobre o ponto, ANTONIO CIANFLONE/GIORGIO GIOVANNINI, *L'appalto*, t. I, pp. 604 ss., 683 ss.; STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, pp. 307 ss.; CARLO IANNELLO/GERARDO MAROTTA, *I lavori pubblici tra etica e diritto*, Napoli: La scuola di Pitagora editrice, 2008, pp. 59 ss.; e também LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada*, pp. 223-224.

contratação especialmente reguladas (incluindo as parcerias público-privadas)⁵⁴, os n.ºs 1-*bis* e 1-*ter* do referido artigo 59 vêm admitir a ECC, nos casos que a lei define como aqueles em que “o elemento tecnológico ou de inovação das obras objecto do contrato seja claramente prevalente, considerando o valor global dos trabalhos” (n.º 1-*bis*)⁵⁵. São, portanto, dois indicadores alternativos: especificidades tecnológicas *ou* elementos de inovação na obra⁵⁶.

Esta possibilidade fornecida pelo n.º 1-*bis* pressupõe que o dono da obra fornece o *progetto definitivo* (ficando a cargo do empreiteiro o *progetto esecutivo*, fase final da programação), ou seja, parte-se do nível de projecto intermédio, o que significa que a figura a que se refere a lei é essencialmente correspondente ao tradicional *appalto integrato*, mas sem assumir essa designação.

Tal como sucede na generalidade dos ordenamentos e também no português, encontra-se também na lei italiana um dever acrescido de fundamentação (n.º 1-*ter*). Nessa fundamentação, além de se dever salientar a “relevância” dos pressupostos “técnicos e objectivos” que impõem o recurso a esta modalidade de empreitada, a lei italiana, num passo que não surge habitualmente noutros locais, estabelece que deve ser referida “a efectiva incidência sobre o tempo da realização das obras em caso de adjudicação separada das obras e do projecto”. Com esta última indicação, o legislador italiano parece incorporar a dimensão temporal como uma das dimensões relevantes para a justificação da ECC. Registe-se, aliás, que este parece ser um entendimento reiterado do legislador italiano, já que legislação de 2019, justificada por propósitos de aceleração procedimental, veio mesmo suspender a vigência das normas do *Codice* limitadoras do uso da ECC, durante um período alargado de tempo, que decorreu, pelo menos, até final de 2020⁵⁷. Intervenções deste tipo são semelhantes, como se viu, a alguns exemplos do direito francês, e vão no mesmo sentido geral que o Governo português procurou concretizar através da Proposta de Lei n.º 41/XIV; simplesmente, no caso português, ia-se claramente *longe demais*, ao alterar

⁵⁴ Cf., para o respectivo elenco, LUCA R. PERFETTI (A CURA DI), *Codice*, pp. 604-605, incluindo figuras como a do *affidamento a contraente generale*, talvez a figura que mais se aproxima dos contratos “chave na mão” do direito privado (ao co-contratante cabe a elaboração do projecto e todas as actividades tendentes à execução, e, ao contrário da empreitada, o preço é pago após a conclusão e entrega da obra). Sobre a figura, por todos, EDUARDO PARISI, “L’affidamento a contraente generale”, *passim*.

⁵⁵ No original: “(...) l’elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell’appalto sia nettamente prevalente rispetto all’importo complessivo dei lavori”.

⁵⁶ LUCA R. PERFETTI (A CURA DI), *Codice*, p. 606.

⁵⁷ ROSANNA DE NICTOLIS, “Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “sblocca cantieri””, *Urbanistica e Appalti*, (4), 2019, pp. 443-470, p. 457; CARLO CRESTA, “Livelli della progettazione”, p. 1243.

o próprio CCP, deixando de estabelecer qualquer requisito específico para a utilização da ECC, o que se afigurava, a nosso ver, uma solução excessiva.

Ainda no caso italiano, merece também referência um outro aspecto que parece verificar-se com alguma insistência, que é uma associação entre obras infra-estruturais pesadas (como no sector dos transportes) e atribuição ao empreiteiro da obrigação de projecto. Com efeito, na origem da previsão legal de uma modalidade contratual autónoma prevista no direito italiano, a que já nos referimos acima – o *affidamento a contraente generale* –, que partilha numerosos traços identitários com a ECC, incluindo, no que aqui mais importa, a atribuição ao co-contratante da responsabilidade de elaboração do projecto de execução, encontra-se a implementação de projectos ferroviários de alta velocidade naquele país, no início da década de 90 do século XX⁵⁸. Actualmente, a doutrina refere-se ao dito modelo contratual como sendo “utilizado sobretudo no sector das infra-estruturas de transporte rodoviário, metropolitano e ferroviário”⁵⁹.

Por fim, o direito italiano é relevante, ainda, por estabelecer um interessante nexos entre formação e execução do contrato, já que se previu que na execução do contrato de ECC, é conveniente acautelar mecanismos adequados (e reforçados) de controlo da qualidade do projecto e da sua verificação⁶⁰, aspecto que as entidades adjudicantes poderão sempre prever nas peças do procedimento e sobre o qual o próprio CCP, futuramente, bem poderia dispor.

c) Espanha

10. O mesmo quadro essencial dos direitos francês e italiano repete-se, também, no ordenamento espanhol. Recuperando uma solução tradicional neste ordenamento⁶¹, o artigo 234.1 da *Ley de Contratos del Sector Público* (LCSP,

⁵⁸ EDUARDO PARISI, “L’affidamento a contraente generale”, p. 609, nota 30. Cf., também, CARLO IANNELLO/GERARDO MAROTTA, *I lavori pubblici*, pp. 45 ss., aliás dando nota de vários problemas ligados ao modo como o direito italiano previu, e o aparelho administrativo operacionalizou, essas intervenções.

⁵⁹ EDUARDO PARISI, “L’affidamento a contraente generale”, p. 609, nota 30.

⁶⁰ Como dispunha a *legge delega* que autorizou o CCP italiano – cf. LUCA R. PERFETTI (A CURA DI), *Codice*, p. 603.

⁶¹ ANTONIO LUIS FAYA BARRIOS, “El contrato de obras”, in EDUARDO GAMERO CASADO/ISABEL GALLEGRO CÓRCOLES (DIRS.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo III, Valencia: Tirant lo blanch, 2018, pp. 2461-2503, p. 2500; JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Contrato de obras”, in JOSÉ M. GIMENO FELIU (DIR.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1393-1413, p. 1397. Dando nota de regime praticamente igual na LCSP de 2007, JOSE ANTONIO MORENO MOLINA/FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva LCSP...* p. 187.

Ley 9/2017, de 8 de Novembro) estabelece que a contratação conjunta do projecto e execução das obras “terá carácter excepcional” e só poderá efectuar-se nos casos ali referidos, cuja verificação deverá fundamentar-se. As situações em que a lei permite o recurso à contratação conjunta do projecto e execução estão assentes em dois conjuntos de razões: quando motivos de ordem técnica “obriguem necessariamente a vincular o empreiteiro ao projecto”, motivos que devem “estar ligados ao fim ou às técnicas de execução da obra”; ou quando “se trate de obras cuja dimensão excepcional ou dificuldades técnicas singulares requeiram soluções aportadas com meios e capacidade técnica próprias das empresas”⁶².

As formulações utilizadas são, assim, tradicionais, e como se vê, atravessadas mesmo por influências directas entre diferentes ordenamentos, sendo algumas das expressões utilizadas (como sucede com a referência à “tecnicidade” dos agentes económicos) comuns ao direito francês e, como veremos, no essencial, ao direito português. A consideração dos direitos francês, italiano e, agora, espanhol, também permite constatar uma outra regularidade: nesses ordenamentos existe uma associação, visível nas formulações utilizadas, entre o recurso à ECC e a *dimensão e valor muito elevados* das obras a realizar – a “dimensão excepcional” da obra é utilizada, com essa exacta formulação, nos direitos francês e espanhol, como índice relevante para a densificação dos pressupostos legais. Não sendo a grande dimensão um indicador decisivo (no sentido de se dizer que tem de estar verificado em todas as ECC), é pelo menos um aspecto que normalmente é visto como indício concorrente para o juízo de possibilidade de recurso à ECC.

Quando, ao abrigo do direito espanhol, se pode recorrer à ECC, deverá em princípio utilizar-se como nível de projecto a incluir no caderno de encargos o *anteprojecto*; só quando razões justificadas de interesse público o requeiram, pode o dono da obra limitar-se a redigir as “bases técnicas” a que o projecto deva conformar-se (artigo 234.2 da *LCSP*). Isto significa que a solução tradicional⁶³ do direito espanhol parte de um princípio de *maior* detalhe na programação inserida em caderno de encargos, apenas se admitindo uma descrição

⁶² Trechos com tradução nossa. No original: “La contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter excepcional y solo podrá efectuarse en los siguientes supuestos cuya concurrencia deberá justificarse debidamente en el expediente: a) Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra. b) Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas.”

⁶³ A solução já era a mesma, *ipsis verbis*, na *LCSP* de 2007; cf. a referência em JOSE ANTONIO MORENO MOLINA/FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva LCSP...* p. 187.

mais sucinta em casos contados. Este elemento também estabelece um diálogo relevante com o disposto no direito português, como se verá adiante.

2. A empreitada de concepção-construção no direito português

2.1. *Evolução histórica*

11. A origem da previsão legal, no direito administrativo português, da figura que hoje se designa como empreitada de concepção-construção pode ser encontrada no Regime Jurídico da Empreitada de Obras Públicas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48.871, de 19 de Fevereiro de 1969 (RJEOP/69)⁶⁴. Com efeito, no seu artigo 7.º, sob a epígrafe “apresentação de anteprojecto pelos concorrentes”, previa-se que, em obras “que exijam grande especialização para serem projectadas”, ou quando se pretendesse “promover a originalidade na sua concepção”, o dono da obra podia limitar-se a uma definição muito geral da obra pretendida e aos concorrentes seria pedido que apresentassem anteprojecto com a sua proposta (n.º 1). O anteprojecto que fosse seleccionado serviria de base à elaboração do projecto de execução (n.º 2). Da articulação desta disposição com o artigo 54.º, n.º 2, alínea d) (que se referia aos elementos do anúncio do concurso) do mesmo diploma podia já retirar-se que a regra era a existência de um “projecto” (de execução). O RJEOP/69 marca, assim, a primeira regulação consistente e desenvolvida desta matéria – embora não se possa falar numa inteira novidade, pelo menos em relação à prática administrativa. Com efeito, mesmo antes daquele diploma, a doutrina já notava, como traço que permitia uma contraposição entre a empreitada civil e a empreitada de obra pública, que nesta última estava em causa a “mera execução de trabalhos já cuidadosamente estudados, projectados e programados pela Administração”⁶⁵.

12. Também o Regime Jurídico da Empreitada de Obras Públicas de 1986, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto (RJEOP/86), viria a

⁶⁴ Naturalmente, seria possível fazer indagações mais recuadas, que provavelmente iriam fornecer respostas com interesse, embora com muito menos pontos de contacto com a situação actual. Por este último motivo, tais indagações fogem ao objecto do presente trabalho.

⁶⁵ MARCELO CAETANO, “Empreitadas de obras públicas (1965-1966)”, in *Id.*, *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa: Arcádia, 1974, pp. 393-427, p. 412; cf. a referência em DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, p. 51. Também aqui, se notam paralelos com outros países, em épocas igualmente recuadas – cf. STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, pp. 307-308; JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Contrato de obras”, p. 1397.

prever como solução-regra a realização da empreitada tendo por base um projecto de execução já elaborado e programado pelo próprio dono da obra, ou outrem (projectista) a seu cargo⁶⁶. Na vigência desse diploma, o artigo 10.º, n.º 1, estabelecia que a elaboração do projecto-base pelos concorrentes apenas teria lugar “[q]uando se trate de obras cuja complexidade técnica e elevada especialização o justifique”. Assim, nos casos que não preenchessem tais pressupostos (definidos, como se vê, de modo mais restritivo do que no RJEOP/69), deveria ser o dono da obra a preparar o projecto de execução, que integraria assim o caderno de encargos da obra colocada à consideração do mercado, em regra por via de concurso público; estas indicações eram confirmadas por outros aspectos do regime relativos ao conteúdo das peças do procedimento⁶⁷.

O carácter excepcional da ECC viria a ser reforçado pouco depois da aprovação do RJEOP/86, de modo explícito, no Decreto-Lei n.º 341/88, de 28 de Setembro, cujo preâmbulo enfatizava o carácter excepcional da ECC⁶⁸, sendo mesmo esse o (único) intuito do diploma. Com efeito, o n.º 1 do seu artigo único veio fazer depender de despacho ministerial a utilização da modalidade de empreitada de concepção-construção (designação aí expressamente utilizada, pela primeira vez), impondo que esse despacho reconhecesse “que as soluções tecnológicas ou a natureza dos equipamentos a utilizar condicionam o projecto, impondo as soluções a adoptar para a satisfação dos programas respectivos, que devem ser devidamente explicitados” (n.º 2 do artigo único). Note-se que, apesar da sua importância prática na limitação do recurso à ECC, o Decreto-Lei n.º 341/88 era apenas aplicável à administração central, e de certo modo, não se pode dizer que fixasse pressupostos inovadores (face ao RJEOP/86) de utilização da ECC: o n.º 2 do artigo único aparecia mais como uma exigência específica ou concretização da fundamentação, que já resultaria da boa interpretação do artigo 10.º, n.º 1, do RJEOP/86, devidamente inserido no sistema.

O regime formado pelas referidas disposições do RJEOP/86 e do Decreto-Lei n.º 341/88 viria a manter-se, no essencial, no período subsequente. O RJEOP/93 (Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro) continha, no seu

⁶⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, p. 51.

⁶⁷ Sobre estes, DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, pp. 51-52, e 55-56.

⁶⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, p. 51; LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos..., I”, p. 361. O preâmbulo deste diploma já fazia notar o que precisamente referimos *supra*, no n.º 1.1.: foi a segunda metade do século XX que viu surgir modalidades de empreitada em que se entrega ao empreiteiro tarefas de concepção alargadas.

artigo 10.º, uma disposição muito semelhante à do artigo 10.º do RJEOP/86, embora com uma nuance que, à partida, pareceria ter relevância: como assinava a doutrina da época, enquanto o artigo 10.º do RJEOP/86 tratava como cumulativas as condições da complexidade técnica e elevada especialização, o artigo 10.º do RJEOP/93 veio transformá-las em alternativas (pela inclusão da adversativa “ou”), tornando assim o regime de 1993 mais aberto do que o anterior⁶⁹. No entanto, a verdade é que se tratava de uma abertura relativa, pois os casos de permissão da ECC continuavam a ser apenas os elencados na lei; além do mais, não se suscitava à doutrina dúvidas sobre a manutenção em vigor do Decreto-Lei n.º 341/88, que afirmava expressamente o carácter excepcional da ECC⁷⁰.

O RJEOP/93 teve curta vigência, vindo a ser substituído pelo RJEOP/99 (Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março). Este diploma manteve, desta vez no seu artigo 11.º, um preceito alinhado com o do RJEOP/93, que já analisámos. Manteve, também, com diferenças formais, outros dois elementos que já vinham desde o RJEOP/86: a especificação de que o procedimento, nos casos de ECC, deveria ter por base um documento “pelo menos” com o grau equivalente a programa base; e nesse documento, o dono da obra deveria especificar os aspectos que considerasse vinculativos. Deve ser ainda referido que o RJEOP/99 revogou o Decreto-Lei n.º 341/88 (cf. artigo 277.º, n.º 1, alínea a), do RJEOP/99), mas tal não impediu a doutrina de continuar a considerar de modo restritivo a ECC⁷¹, para o que era suficiente o enunciado limitado dos seus pressupostos no artigo 11.º do diploma⁷².

⁶⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ/JOSÉ MANUEL MARÇAL PUJOL, *Empreitada de Obras Públicas. Comentário ao Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 28.

⁷⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ/JOSÉ MANUEL MARÇAL PUJOL, *Empreitada de Obras Públicas*, p. 28.

⁷¹ Veja-se JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 64.

⁷² PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 696, faz, retrospectivamente, uma leitura do artigo 11.º do RJEOP/99 que nos suscita todas as reservas, à luz do que esse preceito dispunha. Com efeito, o referido Autor afirma que o artigo 11.º atribuía “à entidade adjudicante a prerrogativa de livre escolha entre a elaboração directa do projecto da obra ou a adopção de uma concepção-construção, bastando, para isso, que fundamentasse a escolha na complexidade técnica ou na especialização da obra”. Parece-nos que existe uma incongruência entre a primeira e a segunda partes desta passagem. Com efeito, ou bem que havia uma “prerrogativa de livre escolha” entre a empreitada tradicional e a ECC; ou bem que havia a necessidade de “complexidade técnica” ou “especialização da obra” para haver ECC. Se só havia ECC com complexidade técnica ou especialização da obra (como era o caso), isso é incompatível com a afirmação de uma “prerrogativa de livre escolha” entre as duas.

13. O Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, como se sabe, viria a pôr termo à regulação do regime do contrato de empreitada em diploma autónomo, criando um regime unitário para a formação e execução de boa parte dos contratos públicos (e administrativos), entre os quais o contrato de empreitada de obras públicas⁷³.

No que aqui importa, assistiu-se a uma continuidade quanto à opção de configurar a figura da ECC (que surge no artigo 43.º, n.º 3, do Código) como excepcional, o que agora é expressamente referido no próprio CCP⁷⁴, mas já correspondia, como vimos, à tradição do direito anterior⁷⁵, ainda que apoiada durante algum tempo num diploma avulso (o Decreto-Lei n.º 341/88), o qual, na verdade, regulava apenas um procedimento de autorização governamental da utilização da ECC (e válido, apenas, para a administração central, recorde-se).

A partir dessa explicitação literal do carácter excepcional da ECC e do modo como são especificados os respectivos pressupostos no artigo 43.º, n.º 3, já se pôde afirmar que o CCP, face ao RJEOP/99, veio prever de modo menos aberto o recurso à ECC⁷⁶.

Em todo o caso, a nota principal parece-nos ser a da continuidade; ainda que a questão, na verdade, tenha hoje pouca relevância prática, deve rejeitar-se a ideia, recentemente afirmada na doutrina nacional, segundo a qual, em 2008, o CCP teria operado uma “revolução” nesta matéria⁷⁷. Com efeito, o carácter excepcional da ECC não parece ter suscitado dúvidas na doutrina e

⁷³ LINO TORGAL, “A empreitada de obras públicas”, p. 56.

⁷⁴ Referindo essa diferença, LINO TORGAL, “A empreitada de obras públicas”, p. 64.

⁷⁵ LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos...”, I, p. 362; RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões”, p. 98.

⁷⁶ Neste sentido, LINO TORGAL, “A empreitada de obras públicas”, p. 64; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “A AIA...”, p. 228. Já não nos parece que seja totalmente rigoroso dizer, como faz GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 218, que o recurso à ECC tenha passado a ser, com o CCP, “muito mais limitado” do que no regime anterior, pelas razões que no texto melhor explicitamos.

⁷⁷ Ideia afirmada por PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 696, com base na já referida interpretação que faz do artigo 11.º do RJEOP/99, a qual não pode ser aceite. O Autor chega a dizer, a pp. 698, que “o Código de 2008 alterou radicalmente essa solução [a do RJEOP/99, deduz-se] através da criação de uma *regra geral* que consiste na *elaboração obrigatória do projecto de execução pela própria entidade adjudicante*”. Mas essa regra geral já existia, antes do CCP: era o artigo 62.º, n.º 1, do RJEOP/99, sendo claro, também pelo n.º 5 desse artigo, que só na ECC é que o projecto de execução seria dispensado. O artigo 11.º completava este regime, ao estabelecer os pressupostos concretos (limitados) para o recurso à ECC, na linha do que sempre vinham fazendo os regimes anteriores.

na jurisprudência da época em que o RJEOP/99 estava em vigor⁷⁸. Parece-nos que a posição de que discordamos atribui excessiva relevância à inclusão da referência *literal* à natureza excepcional da ECC, no artigo 43.º, n.º 3, do CCP⁷⁹. Porém, em termos normativos, a natureza excepcional de uma figura dá-se simplesmente a partir do momento em que ela só pode operar por se preencher a previsão de uma norma excepcional face a outra (a norma geral), o que manifestamente já acontecia com a ECC, na vigência do RJEOP/99, algo que, repete-se, não suscitou dúvidas à doutrina, jurisprudência e mesmo à prática administrativa contemporâneas. O CCP tem, apenas, o mérito – bastante relevante, pois não se nega que o legislador também possa ser *pedagógico* – de explicitar essa natureza excepcional numa norma de feição geral (ao invés do Decreto-Lei n.º 341/88, que, no seu tempo, o fazia numa norma avulsa e de âmbito limitado).

Deve também sublinhar-se, ainda em sede de notas introdutórias ao regime vigente, que a redacção actual do artigo 43.º, n.º 3, resulta de alteração operada pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho; o qual, no entanto, se limitou a esclarecer que o “programa” a que se referia, sem mais, a versão originária do Código, é um programa *preliminar*, o que a doutrina já vinha entendendo mesmo antes desse esclarecimento⁸⁰; no mais, a disposição manteve-se igual face à versão de 2008.

É a este regime que iremos dedicar especial atenção nas páginas seguintes.

⁷⁸ Além da posição, já anteriormente referida, de JORGE ANDRADE DA SILVA, e dos acórdãos do Tribunal de Contas anteriormente referidos, veja-se, por exemplo, TContas n.º 155/2004, 1.ª S/SS, proferido em aplicação do RJEOP/99, onde se lê esta passagem, que não poderia ser mais clara: “(...) a lei atribui à empreitada conhecida como de “concepção/construção” natureza vincadamente excepcional, exigindo que as obras em causa se revistam de complexidade técnica ou especialização justificativas da opção.” Acrescente-se, mesmo, que além da doutrina e da jurisprudência, também a *prática administrativa* não parecia ter dúvidas: no acórdão TContas n.º 101/2008, 1.ª S/SS, está reproduzido um trecho de um ofício emitido pelo próprio dono da obra, que se refere expressamente à ECC como tendo carácter excepcional.

⁷⁹ Além da posição de PEDRO F. SÁNCHEZ, parece ser também esta a posição de PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, in PAULO OTERO/PEDRO GONÇALVES, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 443 ss., p. 467, pois aponta o CCP como recuperando a ideia da excepcionalidade da ECC, que o Autor filia no Decreto-Lei n.º 341/88.

⁸⁰ Assim, v.g., JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA/ANTÓNIO CADILHA, “O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto”, p. 871, que interpretavam a referência ao “programa” remetendo para o artigo 1.º, alínea n), da Portaria n.º 701-H/2008, que contém a definição de programa preliminar; e, num texto publicado imediatamente antes do Decreto-Lei n.º 149/2012, PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, p. 450.

2.2. *Direito português vigente: noção, pressupostos e requisitos da ECC*

a) *Aspectos gerais*

14. Do artigo 43.º do CCP, com a epígrafe “caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada”, resulta aquela que tem sido e continua a ser a regra geral no que diz respeito aos métodos de execução de empreitadas: o modelo que acima se designou como de “design, bid and build”, ou de empreitada tradicional, ou de mera construção. Continuamos, assim, como refere a doutrina, com uma “regra de separação contratual entre a concepção e a execução da obra pública”⁸¹.

Com efeito, tal regra está enunciada no n.º 1 do artigo 43.º, segundo o qual o caderno de encargos dos procedimentos de formação de contratos de empreitada de obras públicas deve incluir um projecto de execução⁸², elaborado nos termos previstos, em especial, na Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Julho⁸³. Deve considerar-se essa regra sujeita a três excepções⁸⁴.

As duas primeiras excepções referem-se a obras *simples*. A primeira delas está logo ressalvada na parte inicial do n.º 1 do artigo 43.º: trata-se dos casos, previstos e permitidos no artigo 42.º, n.º 2, em que a simplicidade da obra se basta com um caderno de encargos muito aligeirado⁸⁵. A segunda excepção prende-se com as obras que podem ser contratadas por ajuste directo simplifi-

⁸¹ PEDRO COSTA GONCALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 617, nota 618; cf. também PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 688.

⁸² Sobre o que seja o conteúdo do projecto de execução nos termos e para os efeitos desta exigência legal, deve atender-se não só às indicações do próprio artigo 43.º, nos seus n.ºs 4, 5 e 6, mas também às que resultam da Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Julho.

⁸³ Para uma descrição dos termos e fases de elaboração do projecto de execução, LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos..., I”, pp. 366–374; PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, pp. 688–689.

⁸⁴ Referimo-nos no texto a excepções previstas no CCP, não considerando direito especial. A esse respeito, há que atentar no disposto sobre os *contratos de eficiência energética*, modalidade contratual muito particular, objecto de regime específico (agora, o Decreto-Lei n.º 50/2021, de 15 de Junho, publicado já em fase final de redacção deste texto, e que substituiu o Decreto-Lei n.º 29/2011, de 28 de Fevereiro), e em relação à qual, quando existam trabalhos de empreitada, ocorre uma espécie de equiparação à ECC, bem patente no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 50/2021 (e anteriormente no artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 29/2011), que coloca a elaboração do projecto de execução na esfera do co-contratante. Como teremos ocasião de ver, isto representa uma tendência de evolução de outros ordenamentos, e prende-se, em última análise, com o facto de estes contratos pressuporem a assunção de obrigações de resultado pelas empresas de serviços energéticos.

⁸⁵ Também identificando esta como uma excepção à regra do n.º 1 do artigo 43.º, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 695.

cado (artigo 128.º, n.º 1), as quais, na verdade, nem sequer estão sujeitas a qualquer imperativo de prévia formalização aquando da abordagem ao potencial co-contratante (n.ºs 1 e 3 do artigo 128.º)⁸⁶.

A terceira excepção à regra segundo a qual o procedimento de contratação de uma empreitada é lançado com base num projecto de execução inserido no caderno de encargos é, precisamente, a da empreitada de concepção-construção, resultando a sua previsão do n.º 3 do referido artigo 43.º do CCP. A disposição em causa, de importância central para o presente texto, tem a seguinte redacção:

“Em casos excepcionais devidamente fundamentados, nos quais o adjudicatário deva assumir, nos termos do caderno de encargos, obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar, ou nos quais a complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar requeira, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção daquela, a entidade adjudicante pode prever, como aspeto da execução do contrato a celebrar, a elaboração do projeto de execução, caso em que o caderno de encargos deve ser integrado apenas por um programa preliminar.”

Deste enunciado conseguimos extrair, desde logo, a noção de ECC que pode ser dada à luz do direito português vigente: a empreitada de concepção-construção pode ser definida como *a modalidade de empreitada de obra pública na qual é obrigação do empreiteiro* (aspecto da execução do contrato a celebrar) *a elaboração do projecto de execução da obra*. Registe-se que, um pouco mais adiante no artigo 43.º, afastando dúvidas que poderiam suscitar-se, a lei dispõe expressamente que não estamos, neste caso, perante um contrato misto (artigo 43.º, n.º 11), ou seja, e em bom rigor, faz prevalecer a qualificação do contrato como empreitada de obra pública⁸⁷. Este passo deve ser articulado com a noção de empreitada de obra pública dada no artigo 343.º, n.º 1, do Código, a qual (ecoando, nesse aspecto, a noção europeia de empreitada) também inclui

⁸⁶ Referindo-se igualmente a este caso, que só surgiu a partir do momento em que, por força do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, foi permitido o ajuste directo simplificado para contratos de empreitada, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 695.

⁸⁷ É a solução tradicional – cf. LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos...”, I, p. 364; PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 701. Este último autor sublinha também que, se o contrato envolver *outras* prestações de serviços (e, acrescentaríamos, quaisquer outras prestações de tipos contratuais diversos da empreitada), não se aplicará a regra do n.º 11 do artigo 43.º, sendo o contrato efectivamente qualificável como misto e sujeito ao regime do artigo 32.º.

expressamente a concepção (desde que em conjunto com a construção) como um dos objectos passíveis de recondução à empreitada de obra pública.

15. Além da noção de ECC que dele se pode retirar, o enunciado do n.º 3 do artigo 43.º permite também deduzir o conjunto de pressupostos e requisitos dos quais a lei faz depender a possibilidade de prever a elaboração do projecto de execução como aspecto de execução do contrato a celebrar.

Essa possibilidade depende, assim, e em primeiro lugar, do que podemos designar como pressupostos *materiais*. A ECC pode ser usada quando se verifique, pelo menos, um dos seguintes pressupostos (indubitavelmente alternativos⁸⁸): (i.a) nos casos em que o adjudicatário deva assumir obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar; ou (i.b) nos quais a complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar requeira, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção da obra. Como já dissemos, por comparação com os fundamentos previstos no RJEOP/99, a formulação do CCP foi considerada, pela doutrina, como “menos aberta”⁸⁹, o que se deve certamente ao facto de a lei não se limitar agora a aludir à “complexidade técnica ou especialização”, antes particularizando uma ligação entre essa complexidade e a necessidade de associação entre projectista e empreiteiro. Como é evidente pelo simples enunciado destes pressupostos materiais, os mesmos, sendo alternativos, não são, porém, mutuamente excludentes: quer dizer, um certo projecto poderá perfeitamente preencher ambos os pressupostos, sendo essa a situação mais comum. Refira-se, ainda, que a preocupação do legislador em afirmar a natureza *excepcional* da ECC leva-nos a afirmar que estes são os únicos casos – salvo lei especial – nos quais é permitido o recurso a esta modalidade de empreitada, asserção que já era feita a propósito dos sucessivos regimes jurídicos nesta matéria⁹⁰.

Além destes, a que chamámos pressupostos materiais, a utilização da ECC depende também de dois pressupostos que podemos dizer *formais ou procedimentais*: (ii) o cumprimento de um dever de fundamentação acrescido; e (iii) a inclusão, nas peças do procedimento, de um programa preliminar (sem prejuízo do que diremos na secção d), *infra*, a este respeito).

Trataremos sucessivamente destes pressupostos, pela ordem referida.

⁸⁸ PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, p. 467; RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões”, p. 100.

⁸⁹ LINO TORGAL, “A empreitada de obras públicas”, p. 64.

⁹⁰ Perante os sucessivos regimes, o Tribunal de Contas tem sempre afirmado que apenas se pode utilizar a ECC nos pressupostos expressamente enunciados – cf. TContas n.º 31/05.21.Nov-1.ªS/PL; TContas n.º 153/2008, 1.ªS/SS; e já perante o CCP, TContas n.º 54/2011, 1.ª S/SS.

b) *Pressupostos materiais (alternativos): assunção de obrigações de resultado e complexidade técnica*

16. Em primeiro lugar, cumpre analisar de forma detida os pressupostos materiais que permitem a utilização da ECC. Um dos dois pressupostos alternativos previstos no artigo 43.º, n.º 3, é, como se viu, a *assunção de obrigações de resultado relativamente à utilização da obra*.

Como tem sido salientado, a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado – ínsita na formulação deste pressuposto – é uma distinção essencialmente convencional e pedagógica, visando a sua utilização, apenas, enfatizar o elemento da prestação contratual que se considera decisivo para considerar cumprido o contrato; em alguns casos, enfatiza-se mais o *processo* (a obrigação assumida pelo médico de procurar a cura do doente, não podendo assegurar esse resultado, é o exemplo clássico de obrigação dita “de meios”), noutros o *resultado final pretendido* (a demolição de uma construção); mas em todos esses casos, há sempre um “resultado” pretendido⁹¹. No exemplo da obrigação assumida pelo médico, pode simplesmente dizer-se que o “resultado” que permitirá considerar cumprido o contrato não é a cura, mas o desenvolvimento e aplicação competentes dos cuidados médicos adequados àquela situação; se faltar este “resultado”, há incumprimento.

A referência do artigo 43.º, n.º 3, do CCP, pretende, assim, significar que se está perante obrigações – necessariamente previstas, claro, no caderno de encargos, como a norma prevê – de a obra assegurar ou permitir uma certa característica de desempenho, um determinado *output* que terá de ser, de algum modo, tangível e mensurável (para o que normalmente se afigura essencial prever uma fase de testes/demonstrações, a complementar com a informação recolhida em fase de recepção provisória); característica essa que o empreiteiro se obriga a obter (ou melhor, a conseguir que a obra obtenha). É por isso que as obrigações de resultado são, nas palavras do legislador, referentes à *utilização da obra*.

Note-se que há, a este respeito, uma distinção a fazer entre prestações e acções que têm por objecto a obra. A infra-estrutura será suporte de uma actividade, que na grande maioria dos casos, não será operada ou mantida pelo empreiteiro⁹². Se se pensar numa estrada ou numa via férrea, compreende-se o

⁹¹ PEDRO DE ALBUQUERQUE/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito...*, II, pp. 195-199. Em termos próximos, colocando a questão especificamente no campo do direito dos contratos públicos, EDUARDO PARISI, “L’affidamento a contraente generale”, pp. 611-612.

⁹² A excepção são eventuais casos de contratos mistos de empreitada e manutenção, ou, mais raros ainda, contratos mistos que agreguem a empreitada e a operação global da infra-estrutura depois de

que queremos dizer, pois em condições normais não é o empreiteiro que vai manter a via, ou prestar um serviço de transporte sobre a mesma. No entanto, isso obviamente não afasta a incidência de obrigações de resultado para efeitos do regime da ECC: o objecto das obrigações de resultado do empreiteiro é criar uma infra-estrutura com *aptidão objectiva* de certo desempenho, em certas condições que o caderno de encargos deverá definir. Isto é independente de (e não é perturbado por), em momento posterior, por acção de outros sujeitos, esse desempenho não ser obtido; pense-se na via férrea apta à circulação de comboios em certa velocidade, mas em que devido a factos imputáveis aos prestadores do serviço de transporte (como os comboios utilizados), essas velocidades não são obtidas. Reversamente, se esses outros sujeitos, cumprindo integralmente todas as condições definidas no caderno de encargos, *não conseguirem* retirar da obra o desempenho que ela deveria assegurar, há incumprimento da obrigação de resultado do empreiteiro, mesmo que não seja ele que está a operar ou manter a infra-estrutura.

A doutrina não deixa de fornecer exemplos do que possam ser casos que preenchem a previsão normativa relativa à assunção de obrigações de resultado. Assim, já se referiu como preenchendo esse pressuposto a obrigação de “construção de um parque de estacionamento num certo local de modo a poderem estacionar duzentos veículos ligeiros”⁹³; ou a obrigação de construção de “unidades de gestão ou tratamento de resíduos” em que esteja convencionado que a “obra seja capaz de, no mínimo, assegurar o tratamento de uma certa quantidade anual de resíduos”⁹⁴. Também se assinala, de modo geral, a categoria dos “contratos de ‘chave na mão’” como podendo ser filiada neste pressuposto⁹⁵.

construída (não nos referimos, note-se, a contratos de concessão de obra pública, esses absolutamente corriqueiros e que agregam as duas prestações, mas sujeitos a uma economia contratual bem diferente).

⁹³ PEDRO COSTA GONCALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 618, nota.

⁹⁴ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 699.

⁹⁵ GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário*, p. 218; PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, p. 468. Ficamos na dúvida sobre se PEDRO MELO entende que só os contratos “chave na mão” entrariam no conceito. Repare-se, porém, que a designação de contrato “chave na mão” (*turnkey*), como tal tratada pela doutrina, corresponde (em Portugal) ao que pode designar-se como um (mero) “tipo social”, com um cunho bastante específico e limitado. Nada autorizaria enclausurar a expressão legal utilizada no artigo 43.º, n.º 3, do CCP (assunção de obrigações de resultado relativas à utilização da obra) numa referência a um específico tipo contratual social e/ou doutrinário. A nosso ver, desde que haja assunção de obrigações de resultado relativamente à utilização da obra, preenche-se a exigência legal – naturalmente, desde que essas obrigações tenham uma importância decisiva para a obra, em coerência com a natureza limitada dos pressupostos da ECC.

17. O direito comparado também fornece relevantes subsídios na densificação do nexo entre ECC e assunção de obrigações de resultado.

Com efeito, dois dos casos referidos nos textos legais do direito francês (cf. *supra*) como configurando motivos justificativos da ECC são, manifestamente, casos nos quais é a assunção de obrigações de resultado que surge como indicador determinante. A assunção de obrigações de *melhoria* da eficiência energética de um edifício face a uma dada situação actual é um exemplo de uma obrigação de resultado: se o empreiteiro desenvolver as actividades previstas no contrato, mas não conseguir essa melhoria (normalmente, traduzida em dados objectivos, como a melhoria de dado número de classes no certificado de eficiência energética), há incumprimento. O mesmo se diga, por razões semelhantes, quanto à condição relativa à construção de um edifício novo com especificações de desempenho térmico *mais exigentes* do que as geralmente previstas na lei, também prevista no direito francês como situação que permite o recurso à ECC. É também isso que justifica que, no direito português, os especialmente regulados *contratos de eficiência energética* sejam concebidos precisamente como contratos em que a elaboração do projecto segue o regime da concepção-construção, como se viu.

O caso francês documenta, assim, aquele que é claramente um campo de emergência de obrigações de resultado relativas à utilização de infra-estruturas, de natureza transversal: o campo das características e desempenho ambientais e energéticos. Com efeito, a previsão de obrigações de resultado vinculadas a aspectos como, por exemplo, limites máximos (mais exigentes do que os previstos na lei) de emissões ou ruído, ou percentagens mínimas de utilização de energias renováveis em condições de utilização normais, ou garantias de circularidade na reutilização de eventuais resíduos resultantes da operação, manutenção e desactivação das infra-estruturas, ou mesmo a garantia de obtenção de determinadas certificações de natureza ambiental emitidas por organizações independentes, são exemplos de obrigações comuns em grandes projectos infra-estruturais, e que sendo previstas nos cadernos de encargos, podem preencher o fundamento de utilização da ECC a que nos vimos referindo (sempre mediante uma análise casuística, obviamente).

18. Uma razão pela qual a assunção de obrigações de resultado aconselha a junção entre as actividades de projecto e construção afigura-se evidente: essa junção permite, como já dissemos, um desenvolvimento paralelo e com interconexões entre essas actividades, o que significa que os ajustes e acertos se

tornam mais simples⁹⁶. A possibilidade de a vertente de construção transmitir, desde o início, os seus *inputs* à vertente de projecto também é importante, pois existe, no fundo, um controlo directo e permanente da *verosimilhança e exequibilidade* do atingimento dos resultados pretendidos para o desempenho da obra, à medida que o projecto vai sendo feito. Se compararmos com a metodologia alternativa, de definir primeiro o projecto fechado e depois contratar a construção, fica patente a maior rigidez desse processo, e o risco de, mesmo executado o projecto integralmente, o *resultado* pretendido não ser atingido: basta, por exemplo, que o projecto tenha sido excessivamente optimista em relação a uma certa especificação, para que, *mesmo em caso de boa execução*, não se consiga atingir o resultado visado. Assumir qualquer obrigação de resultado significativa, num quadro de tanta rigidez e pré-determinação do projecto, configura, para o empreiteiro, um risco particularmente difícil de assumir. No entanto, para o dono da obra, esse quadro também significa uma possibilidade séria de dispêndio improdutivo ou, pelo menos, não otimizado, de recursos, pois corre-se o risco de ter de pagar a obra, e não conseguir o seu objectivo principal. Estes riscos, note-se, aumentam proporcionalmente em razão da *difficuldade de atingir o resultado*, isto é, em razão da complexidade técnica da obra. De facto, como já se referiu, os dois pressupostos materiais a que alude o artigo 43.º, n.º 3, do CCP podem combinar-se e reforçar-se mutuamente. Uma obra pode envolver a assunção de obrigações de resultado quanto à sua utilização e ao mesmo tempo envolver uma complexidade técnica assinalável; arriscaríamos mesmo dizer que é essa a situação mais comum em grandes projectos contratados por via da ECC.

Acrescente-se, ainda, que o facto de aqui estarmos perante o desenho de obrigações de resultado não significa – pelo contrário – que o dono da obra esteja dispensado de uma tarefa de suficiente definição dos objectivos visados com a obra, o que se fará no programa preliminar (ou, eventualmente, outra peça de projecto, como se verá *infra*) que deverá integrar o caderno de encargos. A fixação de obrigações desse tipo, por deixar maior margem de manobra ao empreiteiro em fase de projecto, no que diz respeito às opções concretas de execução (os meios), deve ser acompanhada de uma definição particularmente incisiva dos resultados a atingir. A perda do detalhe e minúcia típicos do projecto de execução deve ser compensada, nestes casos, por um acréscimo do

⁹⁶ Cf., porém, com uma justificação diferente, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 698.

detalhe da enunciação dos objectivos e especificações e requisitos funcionais que a obra deverá garantir⁹⁷.

Não existe, note-se, qualquer contradição na utilização da modalidade de ECC e na definição antecipada, precisa e quantificada, das metas a atingir. É isso, na verdade, que justifica e torna adequado o recurso à ECC, em especial quando se trata de fixar obrigações de resultado: a concentração do trabalho definitório do dono da obra no resultado a atingir, a garantir pelo empreiteiro, deixando a este último uma relevante autonomia no desenho dos meios que permitem atingir esse resultado. De facto, quando há projecto de execução no caderno de encargos, o dono da obra não precisa de se preocupar grandemente com a explicação dos objectivos visados para a obra, porque eles resultarão da execução dos trabalhos com as medidas e características já exaustivamente definidas. Diferentemente, nos casos em que o projecto de execução não exista, o foco do dono da obra terá de deslocar-se para a definição rigorosa daqueles objectivos. A definição quantitativa e rigorosa dos requisitos funcionais, em especial dos requisitos ligados à *utilização* da obra a construir, surge, assim, como a garantia da protecção do interesse público defendido pelo dono da obra, assim como da existência de uma comparabilidade aceitável entre propostas, no procedimento pré-contratual.

19. Como dissemos, o segundo pressuposto material enunciado pelo artigo 43.º, n.º 3, do CCP, refere-se à complexidade técnica da obra.

Na formulação da lei, trata-se de uma complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar que *requer*, “em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção daquela”. Não basta, assim, a simples *conveniência* dessa ligação, sendo necessário algo mais do que isso⁹⁸. Este grau de exigência está relacionado com o pendor restritivo com que o direito português sempre tem regulado a utilização da ECC; também o Decreto-Lei n.º 341/88 exigia (de modo algo circular) que o despacho governamental que autorizasse a utilização da ECC mencionasse que as “soluções tecnológicas ou a natureza dos equipamentos a utilizar condicionam o projecto, impondo as soluções a adoptar para a satisfação dos programas respectivos, que devem ser devidamente explicitados”. O grau de *especialização* requerido para a execução do contrato é também um elemento relevante⁹⁹.

⁹⁷ Em sentido semelhante, a propósito do conteúdo do programa preliminar, RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões”, p. 106.

⁹⁸ Como nota PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, p. 468.

⁹⁹ STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, p. 317.

O projecto (e a obra) de complexidade compatível com a ECC é, assim, numa formulação retirada da jurisprudência, o que tem “exigências acrescidas ou invulgares relativamente a uma obra corrente ou comum”¹⁰⁰. Em sentido próximo, os direitos francês e espanhol, como se viu, falam em “dificuldades técnicas particulares” ou “singulares”.

Outro aspecto que, como se viu *supra*, aflora claramente como consenso transversal aos textos legais e à doutrina de diferentes sistemas, é a ligação entre o que podemos chamar a dimensão *tecnológica*, a complexidade e a necessidade de associação precoce entre projecto e execução; requisitos tecnológicos muito diferenciados podem dificultar muito a distinção nítida entre as fases de projecto e de execução¹⁰¹.

O aspecto da singularidade a que vimos fazendo referência também é muitas vezes explicitamente associado ao “dado dimensional”¹⁰² da obra. Os direitos francês e espanhol referem-se, como vimos, às “dimensões excepcionais” das obras como elemento de densificação dos pressupostos. No direito italiano, quer os textos vigentes, quer os anteriores, em diferentes passos, concederam ou concedem relevância ao *valor* das obras como pressuposto de recurso às modalidades contratuais que associam projecto e execução¹⁰³. Talvez por isso, diversos elementos de direito comparado parecem apontar para o reconhecimento do carácter especialmente adequado de figuras que associem projecto e construção (como a ECC) para lidar com as peculiaridades de obras em sectores infra-estruturais, como vimos.

Todos estes elementos apontam para a ideia de diferenciação elevada, particular, singular, e vão à própria razão de ser da figura da ECC, que existe para os casos em que “a complexidade da obra torne particularmente difícil para o dono da obra o objectivo de uma projecção tão precisa (*puntuale*) que fique imune a defeitos e/ou indeterminações facilmente apreensíveis pelo executante da obra”¹⁰⁴. Não se trata, como é óbvio, de o dono da obra “fugir” à responsabilidade de projectar bem, mas sim de a obra ter características que

¹⁰⁰ TContas n.º 22/09, 1.ªS/PL, p. 9.

¹⁰¹ STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, p. 316.

¹⁰² A expressão é de STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, p. 317.

¹⁰³ Com efeito, no direito italiano anterior a 2006, uma das situações em que a lei admitia expressamente o recurso à ECC era a realização de “obras de valor igual ou superior a 10 milhões de euros” – cf. a referência em ANTONIO CIANFLONE/GIORGIO GIOVANNINI, *L'appalto*, t. I, p. 683, e também é esse o sentido da referência geral de STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, p. 317, quando fala na aferição do “dato dimensionale” dos trabalhos; e no actual CCP de 2016 (artigo 195), a utilização do *affidamento a contraente generale* (figura que, no direito português, como já dissemos, se aproximaria da ECC) só é permitida para contratos de valor superior a 100 milhões de euros.

¹⁰⁴ STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, p. 318.

objectivamente tornem muito difícil projectar com inteiro detalhe e acerto num momento *ex ante*, em que não exista uma intervenção qualificada de quem irá executar os trabalhos. Nesses casos de grande complexidade, como bem anota Vinti, se o dono da obra optar pela empreitada de mera construção com um projecto de execução fornecido por si, o pressuposto de *precisão total*, sem espaço para desvios, inerente a esse modelo, vai acabar por virar-se contra o dono da obra¹⁰⁵.

Um aspecto que não é esclarecido pela letra da lei, mas que também nos parece relevante, diz respeito ao que talvez se possa designar como o *grau de cobertura* do elemento da “complexidade” num contrato de empreitada que é exigível, para que se possa dar por preenchido o conceito. Com efeito, é intuitivo que a complexidade é uma característica que não se verifica de modo igual ao longo de todas as actividades que integram uma obra complexa. Pode imaginar-se como exemplo a realização de um complexo edifício destinado ao funcionamento de serviços de informações, com as mais avançadas medidas de segurança, que poderiam justificar plenamente o preenchimento do requisito; mas um tal edifício também teria de ter escadas e corredores interiores, cuja execução não se revestiria, provavelmente, de grande complexidade. No entanto, no exemplo referido, a ninguém lembraria dizer que este contrato, devido à presença desses trabalhos menos diferenciados, não poderia ser configurado como ECC, e só poderia sê-lo se se contratasse à parte as escadas e corredores. Parece-nos, pois, que quando o artigo 43.º, n.º 3, se refere à complexidade técnica que requer a associação entre as tarefas de projecto e execução (e o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, para o pressuposto das obrigações de resultado), está a referir-se a obras em que essa característica esteja *especial e principalmente* presente. Para que se possa utilizar a ECC, necessário será que, fazendo um juízo global sobre toda a obra, tal como delimitada pelo caderno de encargos do procedimento, dela resulte como traço marcante aquele tipo de complexidade que justifica o recurso à figura, ainda que, como sempre sucederá, essa complexidade possa não se verificar em relação a determinadas partes da obra. O recurso ao direito comparado permite iluminar mais este aspecto e confortar o entendimento aqui defendido¹⁰⁶.

Também em relação ao pressuposto material que vimos abordando, a doutrina fornece alguns exemplos de obras cuja complexidade de processo cons-

¹⁰⁵ STEFANO VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, pp. 317-318, a que já tínhamos aludido.

¹⁰⁶ De facto, como se viu acima, o direito italiano implicitamente enfrenta esta questão, ao dispor que as obras que podem ser contratadas por ECC são aquelas nas quais sejam “claramente prevalentes” os elementos de diferenciação técnica ou inovação, “considerando o valor global dos trabalhos”. O racional que seguimos no texto é, no essencial, o mesmo que preside a esta formulação.

trutivo poderá preencher a previsão da norma, sendo relevante o exemplo das obras de engenharia hidráulica¹⁰⁷. Outros exemplos (no sentido do preenchimento, ou não) podem retirar-se das indicações dadas adiante quanto à casuística nesta matéria.

20. Em diversas decisões, o Tribunal de Contas tem também enfatizado que os pressupostos materiais devem verificar-se “relativamente à obra, em si mesma, e não à entidade que a promove”¹⁰⁸. Com tal observação, o Tribunal pretende essencialmente significar que não devem ser as falhas ou insuficiências das entidades adjudicantes a determinar o recurso à ECC, mas sim as características objectivas do projecto¹⁰⁹. O racional subjacente é o de que a falta, por exemplo, de técnicos projectistas para elaboração dos projectos de execução ou realização de sondagens geotécnicas (argumentos tradicionalmente invocados pelas entidades como justificação para a ECC) se deve resolver, em regra, pela contratação externa *por via de contratos de projecto*, ou pelo recrutamento dos técnicos pelas vias do emprego público, não sendo a ECC a forma adequada de o fazer¹¹⁰. Por razões semelhantes, o Tribunal de Contas também refere que a mera urgência na realização de um projecto – por exemplo, para beneficiar da utilização de financiamentos externos – não consubstancia razão apta a fundamentar a ECC¹¹¹.

21. Além do tratamento mais sistemático acima realizado, a casuística é igualmente importante para fornecer exemplos impressionantes de procedimentos em que foi reconhecida ou recusada a qualidade de ECC.

¹⁰⁷ PEDRO COSTA GONCALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 618, nota; registre-se também que o caso versado em DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, e no qual, como se viu, os Autores admitiram uma figura (mista) de ECC era, também, de uma obra hidráulica; e referindo-se também à “complexidade da obra que é consubstancial às infraestruturas hidráulicas”, o acórdão citado por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 905.

¹⁰⁸ TContas n.º 12/07, 1.ªS/PL; TContas n.º 22/09, 1.ªS/PL.

¹⁰⁹ Em termos muito semelhantes, para o direito francês, STÉPHANE BRACONNIER, *Précis*, p. 285.

¹¹⁰ TContas n.º 22/09, 1.ªS/PL, p. 9. No caso que deu origem aos acórdãos n.ºs 60/2011, 1.ªS/SS, e 6/2012, 1.ªS/PL, que confirmou (neste aspecto) o primeiro, em sede de recurso, o dono da obra invocava expressamente como argumento para recorrer à ECC o facto de não dispor de técnicos que elaborassem os projectos (argumento obviamente rejeitado pelo Tribunal).

¹¹¹ Neste sentido, em casos em que a entidade adjudicante invocava este argumento, TContas n.º 22/09, 1.ªS/PL; TContas n.º 54/2011, 1.ªS/SS. Também rejeitando a urgência como motivo relevante a este respeito, com referência a um acórdão do *Conseil d'État* francês de 1988, STÉPHANE BRACONNIER, *Précis*, pp. 284-285; e no mesmo sentido para o caso espanhol, ANTONIO LUIS FAYA BARRIOS, “El contrato de obras”, p. 2501.

Assim, decorreu como contrato de ECC a obra de desnivelamento do chamado “Túnel do Marquês”, tendo o referido contrato merecido o visto do Tribunal de Contas¹¹². Embora num plano diferente, também não se afigura inútil, dada a proximidade do direito francês ao português, a referência a casos em que a utilização da ECC foi, naquele ordenamento, considerada adequada pelos tribunais¹¹³, ou por documentos administrativos orientadores¹¹⁴.

Em sentido oposto, não se considerou reunirem os pressupostos de complexidade técnica ou especialização inerentes à ECC: a empreitada, no valor de 584.294,64€, relativa à beneficiação e reparação de prédios de habitação social de um município¹¹⁵; a empreitada, no valor de 2.690.184,00€, tendente à construção de um bloco de alojamento num quartel militar, onde o dono da obra invocava, essencialmente, a necessidade de integração do novo edifício no quartel já existente, aspecto que o Tribunal desconsiderou¹¹⁶; a empreitada, no valor de 969.943,41€, de construção de “um edifício escolar, sem exigências específicas, implicando trabalhos do tipo corrente e sem qualquer grau de especialização”, “não exigindo condicionalismos, equipamentos ou *know-how* de especial complexidade para além do cumprimento do previsto no projecto, ou seja, perfeitamente ao alcance de um empreiteiro munido do certificado de empreiteiro de obras públicas”¹¹⁷; e uma outra empreitada, também de construção de edifício escolar, no valor de 2.443.626,56€, que se entendeu igual-

¹¹² O que se depreende do que é dito em TContas n.º 31/05-21.Nov-1.ªS/PL (cf. p. 13).

¹¹³ GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code*, p. 1150, dando nota de decisões por via das quais foi considerada justificada a ECC em obra de construção de uma central de incineração e valorização energética de resíduos sólidos; e também a sobre-elevação da Ópera de Lyon, com trabalhos identificados pelo perito como envolvendo uma “proeza técnica”; ou PATRICIA GRELLIER WYCKOFF, *Le mémento des contrats complexes*, p. 5 e PATRICE NOVAT/HERVÉ LANNOY, *La conception-réalisation*, pp. 26-27, referindo uma decisão que considerou admissível um caso de construção de um parque de estacionamento subterrâneo a grande profundidade, num centro urbano, existindo lençóis freáticos e necessidade de utilização de explosivos.

¹¹⁴ GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code*, p. 1150, aludindo a circular interpretativa de 1995 que dava como exemplos de obras que poderiam usar a ECC “certas obras de grande volume implicando uma estrutura complexa”; “obras subterrâneas excepcionais”; “obras cuja função essencial seja constituída por um processo de produção ou exploração que condiciona a sua concepção e execução, como as lavandarias/tinturarias (*blanchisseries*) ou as instalações de produção de calor”; a “reabilitação pesada de certas obras existentes implicando técnicas particulares de construção como o reforço de fundações (*reprises en sous-oeuvre*) ou intervenção em estruturas colocando em causa as forças de descarga (*descentes de charge*)”.

¹¹⁵ TContas n.º 54/2011, 1.ª S/SS.

¹¹⁶ TContas n.º 101/2008, 1.ªS/SS.

¹¹⁷ TContas n.º 153/2008, 1.ªS/SS (as expressões, aliás também utilizadas em outros acórdãos, são transcritas do relatório técnico citado a pp. 5 do acórdão, em que o Tribunal se baseou).

mente não ter “exigências específicas” e implicar apenas “trabalhos de tipo corrente”¹¹⁸⁻¹¹⁹. Recorrendo, mais uma vez, à casuística do direito comparado, registam-se também decisões relevantes¹²⁰.

22. Por fim, saliente-se que a doutrina tem entendido que a utilização da ECC deverá ser considerada uma faculdade, ou seja, a entidade adjudicante pode contratar prestações separadas, ainda que se verificassem os pressupostos materiais daquela modalidade de empreitada¹²¹.

Trata-se de uma posição que é, genericamente, de subscrever, mas que deve ser acompanhada da ressalva geral em casos de atribuição de discricionariedade por normas jurídico-administrativas: poderá o caso concreto conduzir

¹¹⁸ TContas n.º 60/2011, 1.ª S/SS, confirmado em sede de recurso pelo acórdão n.º 6/2012, 1.ª S/PL.

¹¹⁹ Como resulta das decisões em que nos baseámos para a anterior análise casuística, o Tribunal de Contas tem entendido que a não verificação dos pressupostos legais de utilização da ECC configura motivo de recusa de visto aos contratos a ele sujeitos. A linha decisória tradicional a esse respeito, designadamente na vigência do RJEOP/99, funda essa conclusão no facto de se tratar de uma ilegalidade que, embora originando simples anulabilidade, pode alterar o resultado financeiro do contrato (artigo 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas), designadamente por poder restringir o universo de concorrentes interessados: foi assim em TContas n.º 101/2008, 1.ª S/SS; TContas n.º 153/2008, 1.ª S/SS. No entanto, parece ter sido adoptada fundamentação diferente em outros casos, mais recentes, devido a um aspecto de regime do CCP que, não dizendo apenas respeito à ECC, acaba por ser utilizado pelo Tribunal nesta sede: o regime da nulidade do caderno de encargos ao qual fáltem os elementos de solução da obra, nos termos do n.º 5 do artigo 43.º. Assim, num caso já sob a égide do regime do CCP (TContas n.º 54/2011, 1.ª S/SS), o Tribunal entendeu que a utilização indevida da ECC, ao redundar, por definição, na ausência, do caderno de encargos, do projecto de execução, levaria à solução de nulidade do caderno de encargos, por aplicação do artigo 43.º, n.º 8, alínea a), do CCP (caderno de encargos sem elementos de solução da obra), nulidade essa que se comunicaria ao contrato; a nulidade é, também, fundamento de recusa de visto (artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC), como se sabe. Como se vê, esta questão convoca uma discussão mais vasta – que não podemos fazer aqui – sobre o regime da invalidade das peças procedimentais e dos actos e contratos nelas baseados.

¹²⁰ GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code*, p. 1151: em diversas decisões dos tribunais administrativos franceses, não foram considerados casos admissíveis de ECC, entre outros, os de obras de extensão e reabilitação de estabelecimentos de ensino; obras incidentes sobre centro de urgência hospitalar com características que não se diferenciam de todos os edifícios da mesma tipologia; construção de um laboratório sem características técnicas particulares; ou de uma sala polivalente com capacidade para cerca de 5.000 pessoas, apesar de condicionamentos da obra como a proximidade a lençol freático e vestígios arqueológicos. PATRICIA GRELIER WYCKOFF, *Le mémento des contrats complexes*, p. 5, refere decisão negativa sobre um pavilhão poli-desportivo. Cf. ainda outros casos em PATRICE NOVAT/HERVÉ LANNOY, *La conception-réalisation*, pp. 25-26.

¹²¹ Neste sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 700; RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões”, p. 101; também assim para o direito francês, GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code*, p. 1149.

a um resultado de *redução da discricionariedade a zero*. De facto, do mesmo modo que uma obra pode não ter qualquer complexidade ou quaisquer obrigações de resultado, e por isso não habilitará em circunstância alguma o uso da ECC, pode suceder (pelo menos, tem de admitir-se logicamente tal hipótese) que uma obra seja de tal forma complexa e imbrincada entre concepção e execução, que só possa ser *adequadamente* realizada se houver uma associação entre a projecção e os contributos do construtor.

c) *Dever de fundamentação*

23. Por tudo o que já se disse acima, a utilização da ECC está sujeita a um imperativo de fundamentação particularmente exigente¹²², que a lei não deixou de referir no artigo 43.º, n.º 3, do CCP. É, naturalmente, aquando da sequência complexa dos actos iniciais do procedimento, em concreto, na decisão de contratar, que deve ser cumprido o ónus acrescido de fundamentação que a lei indica¹²³. Uma vez que a própria decisão de contratar já está sujeita a um genérico dever de fundamentação¹²⁴, trata-se, em termos práticos, de dedicar um segmento da motivação da decisão de contratar à opção pelo modelo de ECC.

Nesta fundamentação, a entidade adjudicante deverá, assim, demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais da ECC. São aqui aplicáveis as exigências gerais da fundamentação: deve ser clara, suficiente e congruente, enunciando os motivos de facto e de direito que justificam a decisão (artigo 153.º, n.ºs 1 e 2, do CPA). Os fundamentos normativos a aplicar e justificar nesta sede já foram analisados acima, pelo que muito do que deverá ser trazido à fundamentação já resulta das páginas anteriores. Trata-se, sempre, de demonstrar a existência de obrigações de resultado que exijam a associação *pari passu* entre concepção e execução, e/ou a complexidade técnica do projecto exigindo essa mesma associação, reiterando-se o que já foi dito acima, acerca da insuficiência da simples *maior conveniência*, ou *preferência*, face a esta opção. As técnicas de construção, as soluções tecnológicas e os equipamentos a utilizar são

¹²² LINO TORRAL, “A empreitada de obras públicas”, p. 64.

¹²³ Já nesse sentido quanto ao RJEOP/99, JORGE ANDRADE DA SILVA, *RJEOP* (9.ª ed.), p. 64; também assim, agora perante o CCP, RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões”, p. 104; Afirmando também, para o caso italiano, que é na “determinazione a contrarre” que se cumpre o dever de fundamentação, LUCA R. PERFETTI (A CURA DI), *Codice*, p. 606.

¹²⁴ Em geral, sobre a fundamentação da decisão de contratar, que a partir da revisão de 2017 do CCP, foi *expressamente* acrescentada como requisito daquela decisão, veja-se DÉBORA MELO FERNANDES, “A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos revisto”, in CARLA AMADO GOMES ET AL. (EDS.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 311-341.

possíveis elementos a referir, como resulta dos antecedentes legislativos¹²⁵ e do direito comparado, que acima analisámos. Tal como sucede em geral, o dever de fundamentação exige aqui não apenas a *invocação* abstracta ou conclusiva de motivos, mas uma demonstração baseada em elementos concretos, aspecto em que a jurisprudência, justificadamente, tem insistido¹²⁶. Isso também significa que, pela natureza das coisas, a fundamentação de que aqui se fala terá de assumir uma dimensão técnica determinante¹²⁷. O juízo sobre se uma determinada obra pode ser realizada com recurso à ECC só pode ser realizado plenamente perante uma definição completa e com detalhe de pormenor do procedimento a lançar e do contrato a celebrar (que está antecipado no caderno de encargos desse procedimento), pois só perante tais elementos se pode aferir a concreta complexidade, e a efectiva previsão, no caderno de encargos, de obrigações de resultado exigíveis ao empreiteiro.

d) *Nível de programação da obra em sede de caderno de encargos*

24. Questão relevante, algo complexa – pois convoca uma articulação, nem sempre evidente ou fácil, entre os domínios do direito e da engenharia – é a de determinar em que estado ou nível de programação se deve situar o projecto, aquando do seu lançamento.

Isto é, para lá da ideia central, que a esta altura do presente estudo já adquirimos, de que a ECC implica a atribuição ao co-contratante de obrigações de *concepção* da obra, trata-se agora de saber se há algum padrão ou nível específico de detalhe que a peça documental que enquadra a obra a realizar deva, ou, pelo contrário, não deva, ter, no momento em que a obra é colocada à concorrência, isto é, o nível de detalhe da peça que deve constar do caderno de encargos como peça de enquadramento para a actividade de elaboração de proposta pelos concorrentes e execução do objecto do contrato pelo adjudicatário.

Trata-se, como se vê, de uma questão crucial, pois no fundo trata-se de perguntar qual o nível de definição e antecipação de pormenores que a obra deve ter, quando é submetida ao mercado. A definição suficientemente clara e completa do que o dono da obra pretende, mesmo na ECC, é um aspecto importante, para garantia do interesse público na obra a executar, mas também

¹²⁵ Em concreto, do n.º 2 do artigo único do revogado Decreto-Lei n.º 341/88.

¹²⁶ Neste sentido, referindo-se à justificação perante o juiz administrativo, mas com valia genérica, GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code*, p. 1151; e com a mesma exigência, LUCA R. PERFETTI (A CURA DI), *Codice*, p. 606, com referência a entendimento do Conselho de Estado italiano.

¹²⁷ RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões”, p. 104.

para garantia da concorrência e da igualdade de tratamento dos participantes no procedimento¹²⁸.

A lei enfrenta de modo específico este problema, com maior detalhe a partir do esclarecimento que, como já se referiu, o Decreto-Lei n.º 149/2012 introduziu ao artigo 43.º, n.º 3, do CCP. Assim, desta norma retira-se que, quando ao empreiteiro compete a elaboração do projecto de execução, o caderno de encargos do procedimento é integrado por um *programa preliminar*. Esta indicação deve ser ainda complementada com o disposto no artigo 57.º, n.º 2, alínea c), segundo o qual, nos casos de ECC, as *propostas* (apresentadas, portanto, por todos os concorrentes em fase de procedimento) devem integrar um *estudo prévio*¹²⁹. A densificação destes conceitos consta da Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Julho¹³⁰.

A sequência estabelecida pela consideração dos artigos 43.º, n.º 3, e 57.º, n.º 2, alínea c), do CCP, é, pois, a seguinte: o dono da obra elabora (ou manda elaborar) um *programa preliminar*; os concorrentes, em sede de proposta, apresentam um *estudo prévio* da obra, a partir daquele programa; e o adjudicatário, que será co-contratante, elabora o *projecto de execução*¹³¹. Assim se obtém uma sequência de definição progressiva do objecto e detalhe da obra que, como vimos, é um dos elementos definitórios da ECC.

Isto também parece significar que, na ECC, não existe, de forma autónoma, como momento intermédio da projecção da obra, a realidade a que a Portaria n.º 701-H/2008, de chama “programa base”, pois a sequência procedimental inequivocamente estabelecida pela conjugação do artigo 43.º, n.º 3, com o artigo 57.º, n.º 2, alínea c), ambos do CCP, é a de existir, no caderno de encargos, um programa preliminar, ao qual os concorrentes respondem directamente com um estudo prévio, nas suas propostas; não existe, assim, um momento para os concorrentes, durante o procedimento, proporem um programa base, que fosse aprovado pelo dono da obra e só depois servisse de suporte ao estudo prévio, como pressupõem o artigo 1.º, alíneas j) e m), da

¹²⁸ Já assim, JORGE ANDRADE DA SILVA, *RJEOP* (9.ª ed.), p. 65.

¹²⁹ PEDRO COSTA GONCALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 845; PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 702.

¹³⁰ A Portaria n.º 701-H/2008 apoia-se na habilitação contida no artigo 43.º, n.º 7, do CCP, segundo o qual o “conteúdo obrigatório dos elementos referidos nos n.ºs 1 e 3” desse artigo “é fixado por portaria”. De notar que o conteúdo preceptivo da Portaria encontra-se essencialmente num “Anexo” que ela aprova. No entanto, para evitarmos referir-nos ao “artigo X do Anexo à Portaria n.º 701-H/2008”, por facilidade de linguagem referir-nos-emos apenas à Portaria.

¹³¹ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, p. 702.

Portaria n.º 701-H/2008¹³². De todo o modo, esta opção não configura uma total novidade, pois a existência de programa base como pressuposto do estudo prévio também não é uma opção imperativa, em geral, como decorre da própria Portaria n.º 701-H/2008: o artigo 3.º, n.º 1, dessa Portaria é claro ao dispor que algumas das fases de projecto aí referidas (onde se inclui o programa base) “pode[m] (...) ser dispensadas de apresentação formal, por especificação do caderno de encargos ou acordo entre o Dono da Obra e o Projectista”¹³³.

25. Identificada preliminarmente essa sequência de documentos, é necessário também acrescentar que a densificação concreta do que envolve cada um dos termos dessa sequência se encontra em forte dependência de conceitos que, na sua origem, são conceitos técnicos, ainda que possam estar assumidos expressa ou implicitamente nas normas jurídicas.

O referencial normativo essencial a considerar nesta matéria é ainda hoje, a Portaria n.º 701-H/2008, a que se reporta o n.º 7 do artigo 43.º, e a que já nos referimos. Esse instrumento regulamentar define o programa preliminar como “o documento fornecido pelo Dono da Obra ao Projectista para definição dos objectivos, características orgânicas e funcionais e condicionamentos financeiros da obra, bem como dos respectivos custos e prazos de execução a observar” (artigo 1.º, alínea n)). Esta definição é densificada, desde logo, no artigo 2.º, segundo o qual o programa preliminar inclui, em princípio¹³⁴: a) objectivos da obra; b) características gerais da obra; c) dados sobre a localização do empreendimento; d) elementos topográficos, cartográficos e geotécnicos, levantamento das construções existentes e das redes de infra-estruturas locais, coberto vegetal, características ambientais e outros eventualmente disponíveis, a escalas convenientes; e) dados básicos relativos às exigências de comportamento, funcionamento, exploração e conservação da obra, tendo em atenção

¹³² Sobre esta matéria, GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário*, pp. 218 e nota, e 273, incorre no que nos parece ser um lapso de escrita, ao referir que nos casos de ECC, a peça que integra o caderno de encargos é um *estudo prévio*, conceito que, como se retira daquelas passagens, o Autor parece entender ser sinónimo do de “programa preliminar” e/ou do de “programa base”, o que desde logo não está em consonância com o facto de esses três conceitos serem claramente diferenciados na Portaria n.º 701-H/2008. Para o referido autor, aparentemente, a peça que é referida no artigo 43.º, n.º 3, como integrando o caderno de encargos, seria afinal a mesma que, no artigo 57.º, n.º 2, alínea c), se exigiria aos concorrentes. Contudo, isso seria contraditório: aos concorrentes é exigido, naturalmente, algo diferente, e mais concreto (avançado) do que aquilo que resulta do caderno de encargos, pois é isso que permite uma escolha da melhor proposta no seio do procedimento.

¹³³ Igualmente referindo o ponto, LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos..., I”, p. 370; PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, p. 451.

¹³⁴ A Portaria admite que alguns destes elementos possam ser dispensados “consoante a obra a projectar” – notando-o também, LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos..., I”, p. 374.

as disposições regulamentares; f) estimativa de custo e respectivo limite dos desvios e, eventualmente, indicações relativas ao financiamento do empreendimento; g) indicação geral dos prazos para a elaboração do projecto e para a execução da obra.

Embora tais formulações sejam em alguns pontos, como se vê, bastante abertas, delas já se retiram alguns elementos objectivos e concretos que, assim, o programa preliminar terá de conter.

Os objectivos e as características orgânicas e funcionais da obra, incluindo a particularização dos “dados básicos relativos às exigências de comportamento, funcionamento, exploração e conservação da obra”, são essencialmente os desideratos que o dono da obra visa obter com a mesma. Numa ECC, este é um local onde deverão ficar já enunciadas as principais *obrigações de resultado* (cf. *supra*), se existirem, a que se pretenda vincular o empreiteiro – sem prejuízo, naturalmente, de ser também necessário levar essas obrigações de resultado ao caderno de encargos *stricto sensu*, isto é, ao seu *clausulado*, de forma que tais obrigações fiquem suficientemente perceptíveis para qualquer destinatário.

A referência às características, situação e dados topográficos, cartográficos, etc., da obra, visa fornecer os principais condicionantes físicos a considerar, já que os mesmos são fundamentais para aferir as soluções básicas de projecto (e, numa ECC, podem e devem já indiciar os principais aspectos criadores de *complexidade técnica* que, como vimos, é igualmente um dos pressupostos alternativos de utilização da ECC).

Já os condicionamentos financeiros e “custos a observar” correspondem a uma antecipação dos custos que o dono da obra se propõe suportar – em termos de ordem de grandeza, e não já com a precisa quantificação típica do projecto de execução – e eventualmente condicionamentos específicos dessa ordem (como a disponibilidade e condições de fontes de financiamento para afectar ao projecto). Quanto aos prazos de execução, é uma indicação auto-explicativa; expressa a tradução no tempo do que o dono da obra considera como datas previstas e aceitáveis para o início da obra e a sua conclusão, eventualmente com a definição do respectivo faseamento. Repare-se que estes dois últimos aspectos – condicionamentos financeiros e temporais – podem, manifestamente, contribuir (ainda que de forma indirecta) para a verificação dos pressupostos da ECC, uma vez que, sendo qualquer projecto o resultado de uma função entre diversas variáveis, saber a ordem de grandeza do custo e do tempo previsto tem, também, impacto ao nível da configuração (e da própria viabilidade) do projecto¹³⁵.

¹³⁵ Ou seja: fazer certa obra que deve ter um desempenho determinado e ser construída em 1.000 dias, ou custando 500 milhões de euros, é diferente de fazer uma obra exactamente com o mesmo

Refira-se, por fim, que este conteúdo do programa preliminar será depois complementado, ainda, com as prescrições da Portaria n.º 701-H/2008 referentes a diferentes tipos de obras (pontes, estradas, ferrovia, aeródromos, etc.)¹³⁶.

Estas indicações devem ainda ser completadas com a referência à peça que os concorrentes devem apresentar em sede procedimental: o estudo prévio (cf. artigo 1.º, alínea j), e artigo 5.º, da Portaria). Como é óbvio, além das indicações normativas sobre o que deve estar no caderno de encargos, também é esclarecedor compreender o que se entende que o legislador coloca em sede de proposta a elaborar pelos concorrentes.

26. Questão que, nesta sede, ainda importa mencionar, é a de saber se o facto de, na ECC, a elaboração do projecto de execução ser da responsabilidade do empreiteiro significa que *todas* as prestações de projecto da obra têm de lhe ser alocadas, ou, vista a questão de outra perspectiva, se o caderno de encargos tem de ser composto apenas por peças que *não* correspondam a exercícios prévios de projecto. De modo mais preciso, isto significa perguntar se, na obra a construir, é possível existirem pontos nos quais o caderno de encargos que integra o procedimento pré-contratual já apresente *pontos cobertos por peças documentais que possam ser consideradas como tendo detalhe de projecto de execução ou de outras fases de projecção mais avançadas do que o programa preliminar*, e outros pontos *não projectados*, mas apenas enunciados em peças de detalhe mais largo, com o detalhe típico (que é pouco) do programa preliminar a que se refere o artigo 43.º, n.º 3, do CCP.

A questão, diga-se, não é inteiramente nova na doutrina e na jurisprudência. Em estudo publicado em 2002 (que teve por base acórdão arbitral proferido sobre questões emergentes de um contrato de empreitada de obra pública), Freitas do Amaral, Fausto de Quadros e Vieira de Andrade expressamente entenderam que o contrato aí em causa, que tinha sido celebrado em 1991 (na vigência do RJEOP/86, portanto), “não era nem de pura construção (...) nem de pura concepção-construção”¹³⁷. Segundo os referidos autores, embora o contrato afirmasse a obrigação do empreiteiro de realizar determinadas prestações de projecto de execução¹³⁸, e evidenciasse por isso a “indetermi-

desempenho, mas construída em 500 dias, ou custando 300 milhões de euros. As diferenças entre as variáveis podem determinar soluções técnicas totalmente diferentes para atingir o mesmo objectivo.

¹³⁶ Cf. a referência em RAFAEL RIBEIRO, “Algumas reflexões”, p. 105 e nota.

¹³⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, p. 56.

¹³⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, p. 56.

nação parcial do respectivo objecto” típica da ECC¹³⁹, também era verdade que aquilo a que os autores chamavam a “concepção-geral da obra” ali em causa “se encontrava já definida no projecto que o Dono da Obra apresentou a concurso numa fase de desenvolvimento situada a meio caminho entre o estudo prévio e o anteprojecto”¹⁴⁰⁻¹⁴¹. A situação sobre a qual os autores se pronunciaram, não a rejeitando, é, assim, precisamente aquela que equacionávamos acima. Na verdade, pode mesmo acrescentar-se, comentando estas palavras nos dias de hoje, que a ideia de “concepção geral” da obra, a que os Autores se referiam, surge agora na Portaria n.º 701-H/2008, precisamente utilizada a propósito do *estudo prévio* (ou seja, um elemento mais avançado do que o programa preliminar)¹⁴².

Note-se, também, que pelo menos em duas ocasiões (no acórdão n.º 153/2008, em subsecção da 1.ª secção, e no acórdão n.º 22/2009, do pleno da 1.ª secção, que confirmou o primeiro), o Tribunal de Contas referiu-se expressamente a um caso que designou como de “concepção-construção parcial”¹⁴³. Nessa obra, como se retira dos referidos acórdãos, o dono da obra disponibilizou no concurso o projecto *de arquitectura*, exigindo ao empreiteiro a elaboração dos projectos de execução *das especialidades*. Da leitura dos acórdãos não se retira qualquer rejeição, de princípio, de tal figura; pelo contrário, ao autonomizá-la, sem a censurar, parece-nos que o Tribunal a caucionou implicitamente.

Pensamos também que o elemento histórico da interpretação oferece algum respaldo à ideia de que não se afigura como pressuposto do recurso à ECC que *todas* as prestações de projecto sejam alocadas ao empreiteiro e/ou que o caderno de encargos pode ser instruído com peças de detalhe mais avançado do que o programa preliminar. Os regimes anteriores ao CCP referiam, com efeito, que na ECC o caderno de encargos deveria ser integrado por uma peça

¹³⁹ DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, p. 57.

¹⁴⁰ DIOGO FREITAS DO AMARAL/FAUSTO DE QUADROS/JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, pp. 56-57.

¹⁴¹ Na doutrina francesa também se encontra referência à situação em que “o contrato incide apenas sobre uma parte dos elementos de projecto” [GABRIEL ECKERT (DIR.), *Code*, p. 1150], não parecendo existir nessa referência uma rejeição de princípio de tal modalidade (a referência parece servir apenas ao Autor para afirmar que, quando o contrato incide sobre uma parte das actividades de projecto, devem verificar-se em relação a essa parte os pressupostos legais da figura).

¹⁴² Essa referência à concepção geral da obra surge na definição de estudo prévio dada pela Portaria: cf. o seu artigo 1.º, alínea j), parte final.

¹⁴³ Veja-se TContas n.º 153/2008, 1.ªS/SS (p. 9) e TContas n.º 22/09, 1.ª S/PL (p. 5). O parecer técnico no qual o Tribunal se baseou no primeiro dos acórdãos também se tinha referido a tal conceito (p. 5), sem o afastar. Note-se que nos acórdãos referidos, o Tribunal acabou por entender que não estava reunida a complexidade técnica ou especialização necessárias à ECC, mas isso por simples falta dessas características e não por ser uma concepção-construção parcial.

“*pelo menos* com o grau equivalente ao de programa base” (era a formulação do artigo 11.º, n.º 1, do RJEOP/99, com precedentes nos regimes anteriores; *itálico acrescentado*). É certo que o artigo 43.º, n.º 3, do CCP, tem uma formulação diferente, referindo-se, na sua parte final, “*apenas*” ao programa preliminar, mas essa norma não parece ser incompatível com uma leitura segundo a qual o legislador quis sobretudo enfatizar que na ECC *tem de existir* programa preliminar, quer dizer, é preciso que exista uma peça destinada especificamente a enquadrar a obra; o caderno de encargos não pode não enquadrar a obra.

Um outro possível argumento que se poderia apresentar no sentido de a lei *só permitir* a ECC com programa preliminar seria o facto de a lei dispor, no artigo 57.º, n.º 2, alínea c), do CCP, que nos casos em que ao empreiteiro caiba a elaboração do projecto de execução (i.e, na ECC), as propostas integram um *estudo prévio*. Isto leva alguns autores a considerar que não é legalmente possível exigir, em sede de proposta, peças mais desenvolvidas do que o estudo prévio, muito embora as posições apresentadas tenham significativas diferenças entre si. Para uma posição, o que não se pode exigir é o *projecto de execução* logo em sede de proposta¹⁴⁴. Esta posição tem uma compreensível preocupação com o cumprimento do princípio da proporcionalidade, já que o nível de detalhe de um projecto de execução de uma obra minimamente complexa assume um nível de esforço que parece dificilmente compatível com a elaboração de uma proposta. No entanto, a referida posição não se pronuncia sobre se é possível exigir algo que seja *menos* do que o projecto de execução (como seria um estudo prévio com alguns elementos já correspondentes à fase de anteprojecto, por exemplo). Já para outra posição, muito recentemente afirmada, a entidade adjudicante não poderia exigir, em sede de proposta, “*mais (...) do que aquela fase do projecto*”¹⁴⁵, isto é, mais do que o estudo prévio. De todo o modo, parece-nos que destas duas posições não se consegue retirar uma rejeição da hipótese que consideramos. Com efeito, nenhum dos autores referidos discute, especificamente, o problema que enfrentamos: na exposição dos referidos autores, está sempre subjacente uma ECC “normal”, em que o caderno de encargos integra um programa preliminar; e a preocupação dos referidos autores é com a exigência, nesses casos, de algo que represente um *salto demasiado grande* entre o programa preliminar inserido no caderno de encargos e o projecto de execução. Repete-se: o que parece preocupar os referidos autores é, essencialmente, a proporcionalidade da exigência feita aos concorrentes.

¹⁴⁴ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, I, pp. 701-702.

¹⁴⁵ RAFAEL RIBEIRO, “*Algumas reflexões*”, p. 116.

27. Enunciado o problema e apresentados diversos argumentos, cabe tomar posição. Diremos que nos parece natural que, sobretudo em obras de grande complexidade, algo como a “concepção-geral” referida por Freitas do Amaral, Fausto de Quadros e Vieira de Andrade já seja feito, com algum grau de detalhe, pelo próprio dono da obra, e incluído no caderno de encargos, sob a forma de níveis de programação mais exigentes do que o mero programa preliminar, mormente, sob a forma de programa base ou estudo prévio (que referimos por serem os dois níveis de projecto que a Portaria n.º 701-H/2008 autonomiza imediatamente após o programa preliminar).

Esse comportamento ocorrerá, tipicamente, naqueles pontos que o dono da obra *considera essenciais* para o sucesso da empreitada e do destino que pretende dar à infra-estrutura depois de construída. Nesse sentido, pode mesmo dizer-se que a existência de tal nível de maior detalhe é positivo, do ponto de vista da adequada definição de pontos sensíveis para a prossecução do interesse público visado pelo dono da obra. Com efeito, esta nossa posição conjuga-se com o que acima dissemos, a propósito das ECC com obrigações de resultado relativas à utilização da obra: se, nessas obras, é preciso compensar a falta de projecto de execução no caderno de encargos com maior rigor na definição dos requisitos funcionais da obra pretendida, fará mesmo sentido que, em alguns aspectos mais determinantes, se possa mesmo ir um pouco mais longe no nível de detalhe do que se iria num programa preliminar, para não “deixar ao acaso” precisamente esses aspectos. Reitera-se o que já foi dito anteriormente: sobretudo em obras de grande complexidade, quanto maior for o detalhe conseguido na enunciação dos pressupostos e requisitos funcionais essenciais no caderno de encargos, maior será o grau de cumprimento dos imperativos da concorrência e da protecção do interesse público. Deve notar-se, também, que a permissão de uma ECC que parta de uma peça de projecto com nível de detalhe maior do que programa preliminar parece ser ajustada à evolução que a este respeito os ordenamentos têm apresentado¹⁴⁶.

Adicionalmente, a permissão de um maior nível de detalhe já em sede de caderno de encargos pode permitir uma melhor gestão de riscos que o dono

¹⁴⁶ O caso paradigmático é o italiano: nesse ordenamento, como se referiu acima, historicamente, têm coexistido duas modalidades de empreitada com prestações de projecto – o *appalto concorso*, que surgiu primeiro, e o *appalto integrato* – cuja distinção era, precisamente, a do nível de projecto do qual partiam: mais indefinido o *appalto concorso*, e mais avançado o *appalto integrato*. É por isso relevante que, no Código de 2016, ao permitir a ECC no artigo 59, n.º 1-bis, o legislador tenha aparentemente preferido gizar essa figura sobre o nível de programação mais avançado, correspondente ao *appalto integrato*. Mas a este respeito, também cabe recordar a solução tradicional, acima referida, do direito espanhol, que parte do princípio do *maior* detalhe na programação.

da obra justificadamente pretenda acautelar antes do lançamento do concurso. Entre eles, avulta o risco ambiental¹⁴⁷, tipicamente muito relevante em sede de projectos de infra-estrutura¹⁴⁸, e que aumenta proporcionalmente, como é evidente, com a dimensão dos projectos e a ocupação, pelos mesmos, de largas parcelas do território. No modelo “normal” de ECC, dado que o caderno de encargos apenas é integrado por um programa preliminar e o estudo prévio é apresentado pelos concorrentes, a avaliação de impacto ambiental é realizada em fase pós-adjudicatória¹⁴⁹. Isto sucede por força do regime da avaliação de impacto ambiental (RAIA¹⁵⁰), pois este determina que o procedimento de AIA consiste na decisão sobre a viabilidade ambiental de um projecto em fase de estudo prévio, ou anteprojecto, ou projecto de execução (cf. artigo 2.º, alínea g), e artigos 13.º, n.º 1, e 14.º, n.º 1, do RAIA); não, portanto, em sede de mero programa preliminar. Tal como é do conhecimento geral, os procedimentos de avaliação de impacto ambiental estão longe de ser meras formalidades: os interesses ambientais já têm (e bem) suficiente relevância no ordenamento jurídico para serem obstáculo à realização de projectos, e em muitos casos, são-no efectivamente.

Pois bem, a adopção, para uma empreitada especialmente complexa, lançada em modelo de ECC, de uma solução em que o caderno de encargos seja já composto por estudo prévio, previamente sujeito a avaliação de impacto ambiental, pode ser uma medida bastante adequada, que permitirá mitigar de modo significativo o risco de o projecto não se realizar, ou ter modificações radicais em decorrência das avaliações ambientais.

Admitindo-se a inclusão de peças com maior nível de detalhe do que o programa preliminar logo em sede de caderno de encargos, isso tem, naturalmente, consequências, ao nível do que pode ser exigido aos concorrentes logo em sede de proposta. Não podendo aqui recensar-se todos os aspectos que podem aí estar envolvidos, deixaríamos apenas enunciado que fará sentido, então, que se possa exigir que os concorrentes apresentem, pelo menos em relação a elementos centrais da obra, peças escritas e desenhadas ao nível do que poderia ser, designadamente, um anteprojecto (a peça que a Portaria n.º

¹⁴⁷ A designação ampla de risco ambiental cobre diversos riscos, como o risco de não concretização do projecto por decisão negativa em procedimentos de avaliação ambiental, ou de reformulação muito expressiva por decisões favoráveis condicionadas. São riscos que podem comprometer o projecto, ou forçá-lo a retornar ao momento prévio ao lançamento do procedimento de contratação, com os atrasos e possíveis encargos daí decorrentes.

¹⁴⁸ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “A AIA...”, *passim*.

¹⁴⁹ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Regime de formação de contratos de concessão”, p. 48, nota 105.

¹⁵⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de Outubro, e sucessivamente alterado, por último pelo Decreto-Lei n.º 152-B/2017, de 11 de Dezembro.

701-H/2008 refere como subsequente ao estudo prévio). Uma tal possibilidade, em todo o caso, deve sempre considerar-se subordinada à ressalva geral (suportada, no direito vigente, na norma explícita do artigo 63.º, n.º 2, do CCP) de ter de se prever, no procedimento, um prazo de apresentação de propostas adequado, isto é, suficientemente longo, em atenção à complexidade do que é pedido. Além disso, e igualmente como ressalva geral, também terá de ser ponderada, no contexto geral dos princípios da concorrência e da proporcionalidade, a *comportabilidade* dessa exigência feita aos concorrentes, isto é, a questão de saber se não se está a exigir um nível de esforço excessivo, incompatível com a apresentação de uma mera proposta, que não dá garantias de vitória. De todo o modo, estes são apenas corolários dos princípios gerais: a sujeição a tais princípios é uma vinculação geral (o teste de proporcionalidade, por exemplo, deve fazer-se em relação a qualquer exigência documental feita aos concorrentes nos procedimentos de formação de contratos públicos).

3. Síntese conclusiva

No contexto dos diferentes modelos contratuais que podem ser utilizados para a execução de empreitadas de obras públicas, avulta uma distinção fundamental entre o modelo de *design, bid and build*, ou *empreitada de mera construção* ou *mera execução*, em que o projecto de execução da obra é da responsabilidade do dono da obra (ou de projectista por si contratado) e há, por isso, uma separação nítida entre as posições do projectista e do empreiteiro; e o modelo de *design and build*, ou *empreitada de concepção-construção* (ECC), em que o co-contratante, além de assumir as tarefas de construção, é também responsável por elaborar o projecto de execução, a partir de uma definição preliminar dos requisitos da obra feita pelo dono da obra. Esta segunda modalidade caracteriza-se por agregar, na posição do co-contratante, os papéis de projectista e de construtor, o que significa também que o co-contratante assume o risco de eventuais erros ou omissões do projecto, risco este que, diferentemente, está alocado ao dono da obra na empreitada de mera construção. Tal como pensamos ter demonstrado, ambos os modelos são formas legítimas de execução de obras públicas, devendo ser utilizados de acordo com as suas características, funções e vocação. Isto é algo que resulta, designadamente, das indicações do direito europeu dos contratos públicos e do paralelo com o direito privado. Em especial, o surgimento do modelo da ECC e a utilização deste instituto tem estado associado a obras que apresentem traços de especial complexidade e/ou que, por qualquer motivo, impliquem a necessidade de garantir, desde um momento precoce das

tarefas de projecto da obra, o envolvimento daquele que irá ficar responsável pela execução dos trabalhos.

Mantendo o que tem sido uma tradição do direito português e é também um consenso nos sistemas jurídicos que nos são mais próximos, o artigo 43.º, n.ºs 1 e 3 do CCP, dispõem no sentido de que a empreitada tradicional, ou de mera construção, é a modalidade-regra de execução de empreitadas de obras públicas, apenas podendo recorrer-se à ECC nos casos especificamente previstos naquele n.º 3.

O artigo 43.º, n.º 3, do CCP, faz depender a possibilidade de prever a elaboração do projecto de execução como aspecto de execução do contrato a celebrar – ou seja, a possibilidade de utilizar a ECC – de dois *pressupostos materiais alternativos*: (i.a) situações em que o adjudicatário deva assumir obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar; ou (i.b) situações nas quais a complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar requeira, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção da obra.

Adicionalmente, a utilização da ECC depende também de dois pressupostos *formais ou procedimentais*: (ii) o cumprimento de um dever de fundamentação acrescido, que terá de consistir numa demonstração cabal, tecnicamente fundada, da verificação dos pressupostos materiais anteriormente referidos; e (iii) a inclusão, no caderno de encargos do procedimento de formação do contrato de empreitada, de um programa preliminar, como documento que define os requisitos funcionais pretendidos para a obra. Sobre este último aspecto, é possível discutir a possibilidade de, na ECC, o caderno de encargos ser integrado por elementos de projecto com um nível de detalhe mais avançado do que o de programa preliminar, como os de programa base, ou estudo prévio; concluiu-se que há várias boas razões para admitir essa possibilidade.

Bibliografia citada

- ANDRADE DA SILVA, JORGE, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 2004.
- ARROWSMITH, SUE, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, Vol. 1, London: Sweet and Maxwell, 2014.
- BRACONNIER, STÉPHANE, *Précis du droit de la commande publique. Marchés publics – Concessions*, 6.ª ed., Antony: Editions Le Moniteur, 2019.
- CIANFLONE, ANTONIO/GIOVANNINI, GIORGIO, *L'appalto di opere pubbliche*, t. I, 12.ª ed., Milano: Giuffrè, 2012.

- COIMBRA, JOSÉ DUARTE, “Dez boas razões para rever o CCP”, in Miguel Assis Raimundo (Org.), *Concorrência e sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública – Actas das II Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de Setembro a 2 de Outubro de 2020, FDUL)*, Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 487-546.
- CORREIA, MARCELO BRUTO DA COSTA, “Empreitadas de obras públicas: problemas específicos da formação do contrato”, in Isabel Celeste Fonseca (Coord.), *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas. Para um crescimento da economia assente na contratação pública sustentável, inteligente e inovadora. Luanda – 16, 17 e 18 de novembro de 2016*, Braga: EDUM, 2017, pp. 295-303.
- CRESTA, CARLO, “Livelli della progettazione”, in Maria Alessandra Sandulli/Rosanna de Nictolis, *Trattato sui Contratti Pubblici*, Vol. I, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 1181-1256.
- DE NICTOLIS, ROSANNA, “Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “sblocca cantieri””, *Urbanistica e Appalti*, (4), 2019, pp. 443-470.
- ECKERT (Dir.), GABRIEL, *Code de la commande publique*, 2.^a ed., Paris: LexisNexis, 2021.
- FAYA BARRIOS, ANTONIO LUIS, “El contrato de obras”, in Eduardo Gamero Casado/ Isabel Gallego Córcoles (Dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo III, Valencia: Tirant lo blanch, 2018, pp. 2461-2503.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, PEDRO, *Direito da Contratação Pública*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 2020.
- Fernandez Sánchez, Pedro, *A revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, 2021.
- FREITAS DO AMARAL, DIOGO/FAUSTO DE QUADROS/VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas (decisão arbitral sobre a obra hidráulica Beliche-Eta de Tavira)*, Coimbra: Almedina, 2002.
- GONCALVES, PEDRO COSTA, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2020.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III, 4.^a ed., Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, 2020.
- GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V., “Contrato de obras”, in José M. Gimeno Feliu (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1393-1413.
- GUERRA TAVARES, GONÇALO, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2019.
- HOEPPFNER, HÉLÈNE, *Droit des contrats administratifs*, 2.^a ed., Paris: Dalloz, 2019.
- IANNELLO, CARLO/MAROTTA, GERARDO, *I lavori pubblici tra etica e diritto*, Napoli: La scuola di Pitagora editrice, 2008.
- LOPES MARTINS, LICÍNIO, “Alguns aspectos do contrato de empreitadas de obras públicas no Código dos Contratos Públicos I”, in Pedro Gonçalves (Coord.), *Estudos*

- de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2010, pp. 345-415.
- LOPES MARTINS, LICÍNIO, *Empreitada de obras públicas. O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina, 2014.
- MELO FERNANDES, DÉBORA, “A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos revisto”, in Carla Amado Gomes et al. (Eds.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 311-341.
- MELO, PEDRO, “O Direito das Obras Públicas”, in Paulo Otero/Pedro Gonçalves, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. VI, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 443 ss.
- MESQUITA, MARCELO ALENCAR BOTELHO DE, *Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (engineering, procurement and construction). Primeira aproximação – conteúdo e qualificações*, São Paulo: Almedina Brasil, 2019.
- MORENO MOLINA, JOSE ANTONIO/PLEITE GUADAMILLAS, FRANCISCO, *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3.ª ed., Madrid: La Ley, 2010.
- MOSEY, DAVID, *Collaborative Construction Procurement and Improved Value*, London: Wiley Blackwell, 2019.
- NOVAT, PATRICE/LANNOY, HERVÉ, *La conception-réalisation*, Paris: Le Moniteur, 2010.
- PARISI, EDUARDO, “L’affidamento a contraente generale”, *Urbanistica e Appalti*, (5), 2020, pp. 604-617.
- PEDRO DE ALBUQUERQUE/RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *Direito das Obrigações – Contratos em especial*, Vol. II – *Contrato de Empreitada*, 2.ª ed. revista, Coimbra: Almedina, 2013.
- PERFETTI (a cura di), LUCA R., *Codice dei contratti pubblici commentato*, 2.ª ed., Milano: Wolters Kluwer, 2017.
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “A Avaliação de Impacto Ambiental na Formação e Execução dos Contratos Públicos”, *O Direito*, ano 142.º, (I), 2010, pp. 197-226.
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013.
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “Controlo prévio das operações urbanísticas promovidas pela Administração Pública – em particular, a questão do âmbito de aplicação”, *Questões Atuais de Direito Local*, (5), 2015, pp. 59 ss.
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “Erros e omissões das peças do procedimento e posição do co-contratante, ou a *vida difícil* da boa fé na contratação pública”, *Revista de Direito Administrativo*, (4), 2019, pp. 44-54.
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “Os sistemas de aquisição dinâmicos na ‘caixa de ferramentas’ da contratação centralizada”, in Miguel Assis Raimundo (Coord.), *Centralização e agregação de compras públicas. Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 307-335.

- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “Objectividade do critério de adjudicação e modelo de avaliação e discricionariedade na avaliação – um percurso jurisprudencial”, in Miguel Assis Raimundo (Org.), *Concorrência e sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública – Actas das II Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de Setembro a 2 de Outubro de 2020, FDUL)*, Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 305-337.
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “Regime de formação de contratos de concessão – a articulação entre o CCP e o Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23.05)”, *Revista de Contratos Públicos*, (25), 2021, pp. 5-72.
- RIBEIRO, RAFAEL, “Algumas reflexões em torno do regime aplicável às empreitadas de conceção-construção no Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Contratos Públicos*, (25), 2021, pp. 95-129.
- ROMANO MARTINEZ, PEDRO/MARÇAL PUJOL, JOSÉ MANUEL, *Empreitada de Obras Públicas. Comentário ao Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro*, Coimbra: Almedina, 1995.
- SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL/CADILHA, ANTÓNIO, “O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto nas empreitadas de concepção/construção em face do Código dos Contratos Públicos”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69, (III/IV), 2009, pp. 869 ss.
- STEINICKE, MICHAEL/VESTERDORF (Eds.), PETER L., *EU Public Procurement Law – Brussels Commentary*, Baden-Baden/München/Oxford: Nomos/C.H.Beck/Hart, 2018.
- TORGAL, LINO, “A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – breves notas sobre algumas das principais novidades”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, (64), 2007, pp. 55-69.
- VINTI, STEFANO, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova: CEDAM, 2008.
- WYCKOFF, PATRICIA GRELIER, *Le mémento des contrats complexes de la commande publique. La conception-réalisation. Le partenariat public-privé (PPP): BEA, AOT, CP*, Paris: Eyrolles, 2012.

PARECERES

Modificabilidade da providência cautelar e/ou do objeto sobre que incide

JOSÉ LEBRE DE FREITAS*

SUMÁRIO: 1. *Dos atos de oneração posteriores ao arresto.* 2. *Da modificação da providência cautelar.* 3. *Da justificação da modificação.* *Conclusões.*

Foi-me, já na vigência do CPC de 2013, posta a questão de saber se, no silêncio da lei, as providências cautelares, e mais concretamente a de arresto, podem, à luz do nosso direito, ser modificadas, e em que termos, na pendência da ação principal. No caso concreto da consulta, tratava-se de substituir o objeto de arresto efetuado na dependência dum processo criminal, de modo a que, em lugar de incidir sobre a propriedade plena e desonerada duma herdade situada em zona integrada na Rede Natura 2000, passasse a incidir sobre a mesma propriedade, porém onerada com uma servidão e limitada com um arrendamento, e sobre as contrapartidas acordadas para a constituição dessa servidão e desse arrendamento. Esta substituição permitiria viabilizar um empreendimento urbanístico em herdade limítrofe, sem que, segundo a consulente, implicasse perda de valor do arresto, atendendo à impossibilidade de aproveitamento urbanístico do prédio arrestado. A conveniência da substituição resultava dum acordo de princípio, posterior ao decretamento do arresto, que envolveu entidades públicas e privadas e que levou, por um lado à celebração de contrato-promessa de oneração do prédio arrestado, ao qual foi atribuída eficácia real, e, por outro, levou a requerida no procedimento de arresto a, com base nesse contrato-promessa, solicitar a substituição do objeto arrestado.

* Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

1. Dos atos de oneração posteriores ao arresto

O arresto é uma providência cautelar de apreensão de bens do devedor, que visa, na pendência de ação declarativa ou executiva, salvaguardar o credor comum – ou o credor com garantia, pessoal ou real, que se tenha tornado insuficiente – perante o risco, objetivamente justificado, da perda da garantia patrimonial antes da penhora. Por ele é constituída uma *garantia real*, que oferece ao credor que o requeira o direito de ser pago com preferência a qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior à data em que é efetuado. Como tal, são-lhe extensivos, na parte aplicável, os efeitos da penhora, entre os quais o de gerar a *inoponibilidade* ao requerente do arresto, bem como aos outros intervenientes na futura execução, dos atos de *disposição* dos bens arrestados (artigo 622 CC).

A redação do n.º 1 do artigo 622 CC¹ difere da do artigo 819 CC², relativo à penhora, em que este prevê, ao lado dos atos de disposição, os de oneração ou arrendamento dos bens arrestados.

Para bem entender em que medida esta diferença de redação corresponde a uma diferença de regimes, há que ter em conta que a atual redação do artigo 819 CC proveio do DL 38/2003, de 8 de março, dizendo antes dela o artigo que

“Sem prejuízo das regras do registo, são ineficazes em relação ao exequente os atos de *disposição* ou *oneração* dos bens penhorados”.

Assim, não só se substituiu, em 2003, o termo *ineficazes* por *inoponíveis* e se esclareceu que a inoponibilidade jogava, não só perante o exequente, mas também perante qualquer outro interveniente na execução e perante esta própria³, mas também se acrescentou o ato de *arrendamento* aos de *disposição* e *oneração* do bem penhorado.

¹ “Os atos de disposição dos bens arrestados são ineficazes em relação ao exequente do arresto, de acordo com as regras próprias da penhora”.

² “Sem prejuízo das regras do registo, são inoponíveis em relação à execução os atos de disposição, oneração ou arrendamento dos bens penhorados”.

³ A atual redação nada quis, neste ponto, alterar em face da interpretação que sempre foi dada ao preceito quanto à extensão da ineficácia (ou inoponibilidade) por ele estatuída. Tratava-se, antes como hoje, duma inoponibilidade *objetiva* ou *situacional*, diversa da inoponibilidade meramente *subjéctiva*, isto é, em face de certo terceiro (CASTRO MENDES, *Ação executiva*, Lisboa, AAFDL, 1980, p. 96 (2)). Embora a lei dissesse “em relação ao exequente”, também perante os credores reclamantes, o comprador dos bens, o próprio tribunal, o ato era – tal como hoje – ineficaz, “sendo, pura e simplesmente, *inoponível à execução*” (LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, n.º 15

Este aditamento veio ao encontro da dificuldade encontrada, em muitas vendas executivas, pela circunstância de o executado haver arrendado a terceiro o bem imóvel penhorado⁴. Embora o direito ao arrendamento não seja um direito real, mas um direito pessoal de gozo, ele tem proteção semelhante à da posse em nome próprio (artigo 1037-2 CC), o que leva a que o contrato de arrendamento tenha alguns *efeitos práticos* semelhantes aos dos direitos reais de gozo. Isso explica a equiparação introduzida pela Lei 38/2003, no que respeita aos efeitos da penhora.

A redação do artigo 622-1 CC permaneceu, mas, desde a Lei 38/2003, o preceito carece duma *interpretação extensiva*, de modo a que o arrendamento fique sujeito ao mesmo regime dos atos de disposição: a consideração do arresto como ato de antecipação da penhora, cuja anterioridade, para o efeito da preferência do credor, se reporta à data do arresto (artigo 822-2 CC), ressalvada a prioridade decorrente dos respetivos atos de registo (artigos 6-1 e 101-2-b CRP), leva a fazer esta interpretação extensiva.

Já quanto aos atos de *oneração*, também contemplados no artigo 819 CC, a questão não é tão nítida: a remissão para as “regras próprias da penhora”, entre as quais a do próprio artigo 819 CC, levará a pensar que a lei (e o legislador de 1966) haja querido estender o regime de ineficácia aos atos de oneração, usando o termo *alienação* no artigo 619-1 CC no seu sentido mais amplo, que abrange a constituição de direitos reais menores de garantia, e usando-o mais restritivamente (constituição de direitos reais de gozo – de propriedade ou menores) no artigo 819 CC; mas, além de se estranhar esta duplicidade de sentidos na versão originária (normalmente tão cuidada) do Código Civil, dir-se-á que as “regras próprias da penhora” respeitam à *estatuição* da norma e não à sua *previsão*, que não contém qualquer remissão. As diferenças, estabelecidas pelo artigo 824 CC, entre a caducidade do direito real de gozo e a do direito real de garantia poderão explicar a distinção.

Seja como for quanto aos direitos reais de garantia, a constituição dos direitos reais de gozo e, por interpretação extensiva, do direito pessoal de gozo do arrendatário é abrangida pela previsão do artigo 622-1 CC, pelo que, arretado

(7)). Mercê dessa inoponibilidade, os atos não podem produzir efeitos perante a execução, só readquirindo *eficácia plena* se e quando a penhora for levantada. A situação é semelhante à que tem lugar com a declaração de insolvência (artigo 81-6 CIRE), apesar da imprecisão literal do artigo 81-1 CIRE.

⁴ Para OLIVEIRA ASCENSÃO, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1985, II, ps. 345-384, a questão não se punha: o arrendamento, fosse ou não qualificado como direito real (qualificação para a qual, na época, ainda de arrendamento vincuístico, o autor pendia), caducaria com a venda executiva. O artigo 2923 do CC italiano foi sempre expresso em estabelecer a inoponibilidade ao adquirente da locação posterior à penhora.

um bem imóvel e inscrito o arresto no registo predial, a posterior constituição dum direito real menor de gozo ou de um arrendamento fica ferida de *ineficácia relativa*, sendo inoponível perante o processo em que o arresto haja sido feito e, mais tarde perante o processo de execução que se lhe siga. A produção dos efeitos do ato *em todos os outros sentidos*, isto é, em todos quantos se situem fora desta esfera de inoponibilidade, significa tão-só, *no plano prático*, que ele só produzirá efeitos se o arresto – ou a subsequente penhora – for levantado sem venda executiva do bem penhorado.

Tudo isto continua a ser assim se o arresto for efetuado na dependência dum processo criminal.

Com efeito, o arresto preventivo do artigo 228 CPP é decretado nos termos da lei de processo civil, com duas especialidades (as dos n.ºs 2 e 3 não têm em consideração o regime do CPC desde 1.1.97): se tiver sido previamente fixada e não prestada caução económica, é dispensada a prova do fundado receio de perda da garantia patrimonial; o arresto é revogável a todo o tempo, se for prestada caução económica. Nada se diz sobre os efeitos do arresto, que são portanto os gerais (do CC e do CPC).

Estas normas são *imperativas*: não podem as partes afastar, por estipulação contratual, o efeito de inoponibilidade situacional dos atos cobertos pelas previsões dos artigos 621-1 e 819 do CC, sem prejuízo de poderem dispor, nas relações entre si, isto é, *no mero campo obrigacional*, dos efeitos *para elas* daí decorrentes. O mesmo quanto ao artigo 824 CC: a caducidade, com a venda executiva, dos direitos reais, de gozo e de garantia, nos termos do n.º 2 do artigo, dá-se automaticamente, sem possibilidade de as partes disporem de modo a afastar este efeito legal, mas sem prejuízo também da sua liberdade de estipulação no campo meramente obrigacional.

2. Da modificação da providência cautelar

O CPC português não contém norma *expressa* que permita a modificação duma providência cautelar, ordenada e executada, nomeadamente mediante substituição ou redução do seu objeto.

Não é assim em outros sistemas jurídicos.

Há leis processuais que admitem a modificação com grande latitude:

- No direito francês, o *référé* pode ser modificado com fundamento em *circunstâncias supervenientes* (artigo 488 CPC) e a *saisie conservatoire* (arresto) pode ser substituída pelo juiz, *a requerimento do devedor*, por “outra medida adequada a salvaguardar os interesses das partes” (artigo 72-2 da

Lei 91.650 de 9.7.91), nomeadamente mediante a substituição do bem arrestado por outro que, representando *garantia equivalente* para o credor, constitua menos perturbação para o devedor⁵.

- No direito brasileiro, é estabelecido que a tutela cautelar (“tutela provisória”) “pode, a qualquer tempo, ser revogada ou *modificada*” (artigo 296 do novo CPC brasileiro).
- No direito austríaco, as providências cautelares podem ser *reduzidas* com fundamento em alteração da relação jurídica que levou à sua concessão, de modo tal que o seu requerente já não precise dela nos termos em que foi concedida, ou com fundamento na prestação pelo requerido de *outra garantia suficiente* (§ 399, n.ºs 2 e 3, da Exekutionsordnung).

Outras leis condicionam a possibilidade de modificação à invocação de novos factos:

- No direito espanhol, as medidas cautelares podem ser modificadas com fundamento em “factos e circunstâncias que *não possam ter sido tomadas em conta* na data em que elas foram proferidas”, observando-se o contraditório (artigo 743 LEC).
- No direito italiano, o artigo 669 *decies* CPC confere ao juiz da causa o poder de modificar a medida cautelar, a requerimento da parte, com fundamento em *alteração de circunstâncias*⁶, e o artigo 684 CPC permite a substituição, a todo o tempo⁷, do arresto por caução.

Já o direito alemão não prevê senão o *levantamento* do arresto (§ 934 ZPO) e das outras providências cautelares (§ 936 ZPO) com fundamento em circunstâncias supervenientes, mas é geralmente entendido que factos supervenientes ou de conhecimento superveniente podem dar lugar à *modificação* do arresto ou outra providência cautelar⁸.

⁵ PERROT-THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2000, ps. 716-717. Dizem-nos os autores que esta faculdade do devedor, tendo alcance geral (é aplicável tanto às *saisies conservatoires* como à caução judiciária), visa evitar que a *saisie conservatoire* seja abusivamente utilizada como meio de pressão e que o juiz decida, após contraditório e usando um “poder soberano de apreciação”.

⁶ A modificação pode ser reductiva ou amplificativa, quer em sentido qualitativo, quer em sentido quantitativo, tendo a nova medida de ser do mesmo tipo da medida inicialmente concedida, e a superveniência pode ser objetiva ou subjetiva (ELENA MERLIN/ALBERTO HENKE, *La revoca e la modifica*, in *Il processo cautelare*, Milão, Cedam, 2008, ps. 459-460 e 464-465).

⁷ Mesmo depois de esgotado o poder de controlo e direção do juiz cautelar na matéria (PAOLO POTOTSCHUIG, *L'esecuzione dei sequestrati*, in *Il processo cautelare*, cit., p. 640).

⁸ HANS DUNKL e outros, *Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes*, Munique, Jellhe Rehm, 1991, p. 24.

Voltando ao nosso direito, o artigo 368-3 CPC admite a substituição da providência “decretada”⁹ por *caução adequada*, que o requerido ofereça, observando-se o contraditório.

Não estabelece este preceito que o requerimento da substituição por caução deva ter lugar dentro do prazo de que o requerido dispõe para a oposição, contado da sua citação ou notificação, ao contrário do que se vê consagrado no artigo 751-7 CPC para a penhora (o executado que se oponha à execução pode, *no ato da oposição*, requerer a substituição da penhora por caução idónea), bem como no artigo 751-4 quanto à *substituição* do bem penhorado (o executado pode requerer a substituição do bem penhorado por outro, que igualmente assegure o fim da execução, *no prazo de que dispõe para a oposição à penhora*¹⁰).

A expressa imposição da *audição* do requerente da providência cautelar, em obediência ao princípio do contraditório, pode ser invocada como argumento no sentido de a substituição não ter de ser requerida com a oposição: dir-se-á que, no caso contrário, não haveria necessidade de ordenar a audiência do requerente, que seria, de qualquer modo, notificado da oposição para a contestar – tanto assim que o artigo 751-4-a CPC não contém tal imposição, mas sim a previsão de que o exequente “se oponha” (obviamente, na sua resposta à oposição à penhora). De qualquer modo, *não se vê razão* para circunscrever temporariamente o requerimento de substituição da providência cautelar por caução.

O silêncio da lei sobre a substituição dos bens arrestados por *outros bens* que igualmente sirvam o fim de garantia do direito do credor não significa necessariamente que essa substituição não seja admitida.

⁹ Quando o requerido é ouvido antes da decisão, ele pode logo requerer a substituição da providência, a *decretar*, por caução. Resta saber se, no mesmo caso, ele pode ainda pedir a substituição da providência depois de ela vir a ser decretada: literalmente, a norma consente-o e a colocação do preceito antes do artigo 372 CPC, que trata do contraditório estabelecido depois da providência decretada sem audiência do requerido, vai no mesmo sentido; o advérbio de tempo utilizado (“*sempre* que a caução oferecida, ouvido o requerente, se mostre suficiente ...”) implicará, também literalmente, que o pode fazer a todo o tempo.

¹⁰ Opondo-se o exequente à substituição (e não “à penhora”, como erradamente se diz no n.º 5 do artigo), o juiz decidirá. Veja-se também os lugares paralelos do artigo 647-4 CPC (caução como pressuposto da atribuição do efeito suspensivo à apelação: o requerimento de efeito suspensivo e a oferta de caução têm lugar no próprio requerimento de recurso), do artigo 704-5 CPC (caução do executado para obter a suspensão da execução na pendência do recurso com efeito meramente devolutivo: a lei não estabelece prazo) e do artigo 733-1-a CPC (caução do embargante para suspender o prosseguimento da execução: a lei não estabelece prazo e tem sido entendido que o requerimento pode ser apresentado em momento posterior aos embargos: ver n.º 2 da anotação ao artigo 818 do CPC de 1961 em LEBRE DE FREITAS/RIBEIRO MENDES, *CPC Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, bem como LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º 12 (77)).

Em primeiro lugar, e no mínimo, o devedor há de poder fazê-lo do mesmo modo que o executado, isto é, *dentro do prazo da oposição* à providência decretada: tanto o arresto como a penhora têm a finalidade de garantir o pagamento forçado e, se o devedor pode, na execução, pretender que outro bem o garanta, há de ter a mesma faculdade perante o arresto, sendo aliás óbvio que sempre pode pretender, na oposição, a redução do objeto da apreensão (ou que nenhuma apreensão tenha lugar).

Em segundo lugar, tendo a penhora a função de *delimitar o objeto dos atos executivos subsequentes*, cuja viabilidade a apreensão assegura¹¹, compreende-se que a substituição do bem penhorado não possa ocorrer em momento em que pudesse perturbar a realização célere desses atos; mas este argumento, que leva a que a substituição deva ser requerida, pelo executado, até ao termo do prazo da oposição, já não funciona para o arresto, cujo fim se consome no ato da apreensão (e registo, se for caso disso): se tal não for contrário à satisfação normal do interesse do credor, o interesse do devedor na substituição pode ser atendido, *depois de terminado o prazo para a oposição*, sem prejuízo para os atos do procedimento.

Por fim, mesmo que não se concordasse com este último ponto, não faria sentido negar a possibilidade da substituição quando ocorram *factos supervenientes*, ou que só sejam conhecidos supervenientemente factos já anteriormente ocorridos, que a justifiquem, sempre sem diminuição das garantias do credor.

Para esta construção é invocável o lugar paralelo do *artigo 24-1 LAV*, que admite a modificação da providência cautelar decretada, a pedido de qualquer das partes ou, em circunstâncias excepcionais, por iniciativa oficiosa, respeitando o princípio do contraditório. Nem se diga que este lugar paralelo não é invocável, por respeitar a uma ordem de solução de litígios diferente da ordem estadual. A norma do artigo 24-1 LAV, por muito que haja reproduzido o artigo 17-D da Lei Modelo da UNCITRAL, faz parte do sistema jurídico português e não há razão para que não possa valer, *devidamente adaptada*, fora do contexto da jurisdição arbitral. A iniciativa oficiosa nesta matéria não se coaduna com o quadro dos poderes do juiz e das partes na jurisdição civil, pelo que só *a requerimento das partes* o juiz da causa poderá autorizar a substituição.

Outra norma do sistema jurídico português a ter em conta é a do *artigo 124 CPTA*, que permite a alteração ou substituição da providência cautelar decretada, na pendência da causa principal, por iniciativa oficiosa, ou a requerimento

¹¹ LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva* cit., n.º 15.1. Desta sua função decorrem os seus três grandes efeitos: a transferência para o tribunal dos poderes de gozo que integram o direito do executado; a ineficácia relativa dos atos subsequentes de disposição, oneração e arrendamento do bem penhorado pelo executado; a constituição de preferência a favor do exequente.

de qualquer dos interessados ou do Ministério Público requerente, “com fundamento na alteração das circunstâncias inicialmente existentes”. Também aqui a iniciativa oficiosa não é extrapolável para o campo do processo civil, em que os interesses em litígio são particulares; mas já o é a substituição ou modificação baseada em *requerimento da parte* (ou do interessado).

Repare-se ainda na possibilidade da *redução judicial da hipoteca*, a requerimento de qualquer interessado, no que respeita aos bens hipotecados (artigo 720 CC).

Por outro lado, não é invocável contra a admissibilidade da modificação a requerimento de uma das partes o instituto do caso julgado.

Em primeiro lugar, o conceito de *caso julgado material* é alheio à natureza do procedimento cautelar¹².

Em segundo lugar, ao conceito de caso julgado formal opõe o artigo 362-4 CPC o de *proibição de repetição da providência*, limitada aos casos em que ela haja sido julgada injustificada ou tenha caducado: não é admissível, na pendência da mesma causa, deduzir, nesses casos, nova pretensão cautelar, entre as mesmas partes, com o mesmo conteúdo e baseada no mesmo fundamento de facto da anterior¹³.

Em terceiro lugar, no caso da substituição dos bens arrestados, o que está em causa não é a verificação dos pressupostos da providência (que são os mesmos) nem a sua finalidade (que continuará a ser satisfeita), mas a determinação do *objeto patrimonial* sobre o qual incide.

Diga-se ainda, em quarto lugar, que, ocorrendo *factos supervenientes*, é o próprio fundamento de facto da providência, na qual a decisão que a decretou se baseou, que é atingido, tal como, no caso julgado, quando a causa de pedir é, supervenientemente, outra.

Concluindo, nem a modificação da providência cautelar decretada nem, em particular, a substituição dos bens arrestados são alheias ao nosso sistema jurídico e a omissão dum preceito que, especificamente no direito processual civil, as preveja não é obstáculo à sua admissibilidade, nomeadamente quando circunstâncias supervenientes as aconselhem. Tratando-se de arresto decretado na dependência dum processo criminal, talvez esta possibilidade de modificação do seu objeto deva ter, em princípio, como limite temporal o termo da fase da instrução, momento em que se estabiliza a matéria de facto do processo, sem

¹² LEBRE DE FREITAS, *Providência cautelar: desistência do pedido, repetição e caso julgado*, in *Estudos de direito civil e processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, I, ps. 771 a 791.

¹³ LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *CPC Anotado*, Coimbra, Almedina, 2017, n.º 7 da anotação ao artigo 362.

prejuízo da revogação do arresto a todo o tempo se for prestada a caução económica imposta (artigo 107-5 CPP).

3. Da justificação da modificação

A modificação da providência cautelar tem de ser justificada.

A necessidade desta justificação está *in re ipsa* quando a modificação seja admitida apenas com fundamento em *alteração das circunstâncias*. Se, indo mais longe, se admitir também que a providência pode ser modificada quando, sendo juridicamente indiferente ao credor a modificação, ela apresente vantagem para o devedor, quer a *não diminuição do grau de garantia* do primeiro, quer a *vantagem da modificação* para o devedor, hão de ser alegadas e provadas. Em qualquer caso, sendo que o devedor tem ao seu alcance, antes da providência decretada ou após o seu decretamento, o meio da oposição, é razoável negar a possibilidade de modificação com fundamento em *circunstâncias já existentes* à data em que o devedor se podia opor.

Esta última afirmação não levará, porém, a circunscrever a admissibilidade duma modificação à alteração objetiva das circunstâncias existentes à data do decretamento, em sentido semelhante àquele em que se define a alteração das circunstâncias para o efeito da resolução ou modificação do negócio jurídico (artigo 437 CC) ou idêntico àquele outro em que a lei processual fala de facto superveniente para o efeito da admissão de articulados supervenientes (artigos 588 e 611 do CPC) ou de embargos de executado à execução da sentença (artigo 729 CPC): o mero aparecimento ou concretização duma *oportunidade de negócio*, não existente ou só potencialmente existente à data do arresto (consistente, por exemplo, em se poder onerar ou arrendar o bem arrestado, sem que tal implique diminuição do seu valor económico, tendo em conta as restrições atualmente existentes ao seu uso), constituirá modificação relevante se, não prejudicando a realização da função da providência, satisfizer *interesses atendíveis do devedor* (*maxime* se com reflexo na satisfação dos credores na execução) *ou de terceiro*, ou ainda *interesses gerais, públicos ou coletivos*. A norma do artigo 743 LEC, que foge a utilizar o termo *superveniência*, permite tomar em conta estas novas circunstâncias, que à data do arresto não tinham podido ser consideradas, das quais resulte que o arresto se tornou *inadequado* ou *excessivo* perante o escopo cautelar prosseguido, ou que deixou de ser o que *melhor serve* a realização da *função* da providência¹⁴.

¹⁴ Refere-se o texto apenas à modificação a requerimento do arrestado. Além dela, pode o objeto da providência, até que ocorra alguma das causas de caducidade da providência do artigo 373-1

No caso da consulta, estava fora de hipótese manter o objeto do arresto, mas constituir a servidão e o arrendamento pretendidos, com eficácia perante ele e a futura execução, tal como não era possível impedir a ulterior caducidade da servidão, que apesar disso se constituísse, em consequência da venda executiva. Trata-se de efeitos legais impostos por normas imperativas.

O efeito prático pretendido (a oneração dos prédios arrestados com uma servidão e com um arrendamento, sem que fosse obstáculo à sua plena produção e conservação o arresto sobre eles incidente) só podia ser conseguido mediante a *redução do objeto do arresto*, passando este a incidir, já não sobre o direito de propriedade plena e desonerada, mas sobre um direito de propriedade limitado por servidões e um arrendamento, e ainda, *ampliando-o*, sobre as contrapartidas acordadas para a constituição de um e outro. A oneração, sendo anterior a esta modificação do objeto, sobreviveria à venda executiva.

Para o conseguir, seria preciso provar que os credores no interesse dos quais o Ministério Público havia promovido o arresto não saíam prejudicados, dado que, por um lado, *não seria menor o valor* económico dos prédios arrestados, tido em conta o condicionamento do seu uso pela integração na rede Natura 2000, e, por outro, com a integração das contrapartidas da constituição das servidões e do arrendamento no objeto do arresto, poderia vir a ser alcançado um *maior valor*, com benefício dos credores.

Além desta dupla prova, teria de se provar que o pedido de modificação do objeto do arresto se baseava em *factos que não podiam ser considerados à data do arresto* nem, por conseguinte, ter sido alegados em sede de oposição à providência cautelar. Pelas razões atrás expostas, estes factos podiam consistir no mero surgir duma oportunidade que o devedor não pudesse invocar à data do arresto. Seria preciso provar que essa oportunidade surgiu com o acordo a que só depois de decretado o arresto se havia chegado.

Dado que ainda não estava celebrado o contrato *definitivo* de constituição das onerações prometidas, poderia parecer que o tribunal não podia, por enquanto, tomar a decisão de substituição que lhe fora requerida: o contrato-promessa não opera modificações no plano dos direitos reais e, portanto, dir-se-ia, até que as onerações estivessem constituídas com eficácia perante terceiros, os prédios continuavam a ter a mesma configuração que tinham à data do

CPC, ser reduzido por acordo das partes ou por ato unilateral do requerente, e nestes casos sem as restrições referidas no texto; e pode também livremente ser requerida pelo credor nova providência cautelar, que amplie o objeto da primeira (cf. o lugar paralelo do artigo 701 CC, para a hipoteca), desde que a ampliação pretendida não se contenha em parte não satisfeita do objeto do pedido desta (caso contrário, encontramos-nos perante a repetição vedada pelo artigo 362-4 CPC: providência julgada parcialmente injustificada).

arresto, não se podendo fazer a substituição de prédios desonerados por prédios onerados, ainda inexistentes.

Sustentar esta posição é ignorar a eficácia real do contrato-promessa de oneração. Com o registo, este contrato ganha *oponibilidade* a terceiros¹⁵. O seu registo é *provisório* por natureza (artigo 47-3 CRP) e os efeitos do registo do contrato definitivo *retrotraem* à data em que o primeiro é efetuado; embora a situação levada a registo pelo contrato-promessa não tenha natureza real, mas sim obrigacional, o registo provisório cria “uma *vinculação da coisa*, em termos de inerência”, que, permitindo a futura retroatividade, constitui “um verdadeiro *direito real de aquisição*”¹⁶. O prédio sobre o qual incida o registo dum contrato-promessa, de transmissão ou oneração, apresenta-se, pois, *onerado* à transmissão ou constituição dum direito real: celebrado o contrato prometido, teremos, *definitivamente*, um prédio transmitido ou onerado; se ele não for celebrado, a vinculação proveniente do registo extingue-se.

No caso em apreciação, o contrato-promessa de oneração tinha sido dotado de eficácia real e registado, pelo que, no sentido acabado de referir, os prédios sobre os quais incidia estavam *já onerados*, com eficácia que, sem a modificação do objeto do arresto, não poderia, porém, atingir os direitos dos credores que garantia; mas a modificação do objeto do arresto era juridicamente já possível e, uma vez efetuada, essa eficácia plena seria conseguida.

Já no caso do *arrendamento* a oneração só se daria com a celebração do contrato definitivo, não tendo a promessa da sua constituição qualquer eficácia real. Só depois dele constituído poderia o tribunal alterar, quanto a ele, o objeto do arresto, sem prejuízo de desde logo poder ser deixada a porta aberta nesse sentido¹⁷.

Conclusões

1. O artigo 622 CC, que determina a inoponibilidade ao arresto dos atos de disposição dos bens arrestados, aplica-se, não só à transmissão

¹⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil – Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 563.

¹⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *cit.*, ps. 387-388.

¹⁷ A ideia de que o tribunal não emite opiniões, nomeadamente sobre a solução de questões futuras, não é invocável em contrário. O tribunal tem o *dever* de se pronunciar sobre todas as questões que lhe são postas *como atuais*. Se entender que algum pressuposto falta para que a pretensão da parte possa ser satisfeita, o que o tribunal tem de fazer é proferir decisão conforme, podendo a parte, mais tarde, repetir o pedido com fundamento em que o pressuposto em falta entretanto se verificou (cf. artigo 621 CPC).

do direito de propriedade, mas também à constituição de direito real menor de gozo e, por interpretação extensiva, tida em conta a atual redação do artigo 819 CC, à constituição do arrendamento.

2. É duvidoso se a constituição de direito real menor de garantia fica ferida de idêntica inoponibilidade, mas, mesmo que tal não aconteça, a sua caducidade dá-se com a venda executiva, nos termos do artigo 824-2 CC, só se fazendo o pagamento ao credor garantido depois de pago o credor arrestante que haja convertido o arresto em penhora.
3. Estes efeitos não podem ser afastados por vontade das partes, que só no campo obrigacional podem dispor, entre si, dos direitos decorrentes dessas disposições do Código Civil.
4. Consequentemente, constituído um arrendamento e onerados os prédios arrestados com servidões, estes atos só ganharão eficácia perante o arresto decretado, bem como perante a subsequente penhora, se se proceder à substituição do objeto do arresto por outro que incida sobre o mesmo prédio, mas com os ónus entretanto constituídos.
5. Esta modificação redutora do objeto do arresto é em abstrato admissível, em direito português, não obstante a omissão de norma expressa na lei processual civil neste sentido, e em conformidade com o que é expressamente disposto em outros sistemas jurídicos, bem como no processo administrativo e na lei arbitral portuguesas.
6. Essa modificação, a ser determinada pelo juiz, pode ter lugar por acordo das partes ou ato unilateral do requerente da providência, mas também a requerimento do requerido, fora do âmbito e do prazo da oposição ao arresto e tal como a substituição do arresto por caução nos termos do artigo 368-3 CPC, mas com regime diferente do vigente para a penhora.
7. Isto é assim, pelo menos, quando factos supervenientes tornem o arresto decretado excessivo ou inadequado perante o escopo cautelar prosseguido, ou quando outro objeto possa servir melhor a realização da função da providência – ao que não constitui obstáculo o instituto do caso julgado.
8. O conceito de facto superveniente engloba, para o efeito, aquele que se traduza numa oportunidade de negócio, não existente ou só potencialmente existente à data do arresto e consistente, por exemplo, em se poder onerar ou arrendar, a título oneroso, o bem arrestado, sem que tal implique diminuição do seu valor económico e proporcionando assim a obtenção dum rendimento que, incluído no objeto do arresto, resulte em benefício indireto do respetivo credor.

9. No pressuposto de que, tidas em conta as contrapartidas convencionadas e a previsível valorização da zona em consequência da realização dum projeto urbanístico, a constituição duma servidão e duma relação de arrendamento não acarreta desvalorização deste e, ao invés, proporciona que dele se extraiam novas utilidades, a celebração de contrato-promessa que concretize os termos dum acordo anterior, nomeadamente quanto ao tipo dos direitos a constituir e à localização e à extensão do seu objeto, constitui facto superveniente justificativo da modificação do objeto do arresto, que passará a incidir, depois da escritura prometida, sobre prédios onerados e sobre as utilidades que estes produzirão em consequência da oneração, assim o reduzindo por um lado e ampliando por outro.
10. Tendo eficácia real, o contrato-promessa de oneração com as servidões estipuladas, sob condição suspensiva da modificação judicial do objeto do arresto nos termos referidos, proporciona já a possibilidade de o objeto do arresto ser deste modo modificado por decisão do tribunal criminal que o decretou.
11. Quanto ao arrendamento não podendo a promessa de o constituir ter eficácia real, só depois de constituído poderia o tribunal alterar, nessa parte, o objeto do arresto.

JURISPREDÊNCIA ANOTADA

*A fiscalização preventiva da constitucionalidade da Lei da Eutanásia**

TERESA DE MELO RIBEIRO**

Como se sabe, no passado dia 18 de fevereiro, poucas horas depois de ter recebido o Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República, que “regula as condições especiais em que a antecipação da morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal” (doravante designada por «lei da eutanásia»), o Presidente da República requereu ao Tribunal Constitucional (TC) a apreciação da conformidade com a Constituição de algumas das suas normas.

No início do pedido, foram identificadas as seguintes normas:

- “a norma constante do n.º 1 do artigo 2.º, na parte em que define antecipação da morte medicamente assistida não punível como a antecipação da morte por decisão da própria pessoa, maior, em “situação de sofrimento intolerável”;
- a norma constante do n.º 1 do artigo 2.º, na parte em que integra no conceito de antecipação da morte medicamente assistida não punível o critério “lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico”;

* O presente texto corresponde a um artigo de opinião que foi publicado no jornal «Observador» a 28.02.2021.

Sobre o direito à vida, a eutanásia e a Constituição, ver, em particular, as seguintes obras: “Direitos Fundamentais”, de JORGE MIRANDA, 3.ª edição, Almedina, 2020, pp. 234 e ss.; “Eutanásia, Constituição e Deontologia Médica”, de PAULO OTERO, AAFDL Editora, 2020; e a anotação ao artigo 24.º na “Constituição da República Portuguesa Anotada”, de J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Vol. I, 4.ª edição revista, 2014, pp. 446 e ss..

** Advogada.

- consequentemente, as normas constantes dos artigos 4.º, 5.º e 7.º, na parte em que deferem ao médico orientador, ao médico especialista e à Comissão de Verificação e Avaliação a decisão sobre a reunião das condições estabelecidas no artigo 2.º;
- consequentemente, as normas constantes do artigo 27.º, na parte em que alteram os artigos 134.º, n.º 3, 135.º, n.º 3 e 139.º, n.º 2 do Código Penal.”

Recorde-se que o n.º 1 do artigo 2.º da lei da eutanásia dispõe o seguinte: “Para efeitos da presente lei, considera-se antecipação da morte medicamente assistida não punível a que ocorre por decisão da própria pessoa, maior, cuja vontade seja atual e reiterada, séria, livre e esclarecida, em situação de sofrimento intolerável, com lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico ou doença incurável e fatal, quando praticada ou ajudada por profissionais de saúde”.

No curto pedido de fiscalização apresentado (com apenas 14 artigos), o Presidente da República começa por citar a exposição de motivos de um dos projectos de lei (PS) que deram origem a esta lei a respeito do exercício da margem de conformação legislativa numa matéria que, segundo aí se afirmou, a Constituição não determina orientação definitiva, assumindo esta posição como constituindo o entendimento do legislador, para depois afirmar que “Não é objecto deste requerimento ao Tribunal Constitucional, em todo o caso, a questão de saber se a eutanásia, enquanto conceito, é ou não conforme com a Constituição, mas antes a questão de saber se a concreta regulação da morte medicamente assistida operada pelo legislador no presente Decreto se conforma com a Constituição, numa matéria que se situa no *core* dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, por envolver o direito à vida e a liberdade da sua limitação, num quadro de dignidade da pessoa humana”.

Na fundamentação apresentada (na qual é feita uma referência pontual ao parecer do CNECV e do CSMP), o Presidente da República defende, no essencial, que os critérios e conceitos estabelecidos de “sofrimento intolerável” e de “lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico” não se encontram minimamente definidos ou determinados, nem parecem resultar inequívocos das *leges artis* médicas, sendo que, quanto ao critério da lesão definitiva, questiona ainda que o mesmo seja consentâneo com os objectivos assumidos pelo legislador, até porque não se exige a natureza fatal da lesão definitiva. Para o Presidente da República, a referida insuficiente densificação normativa – da qual decorre que a definição, concretização e preenchimento dos referidos conceitos fica a cargo dos (pareceres) médicos, orientador e especialista, e da Comissão – não parece conformar-se com as exigências

constitucionais em matéria de direito à vida e de dignidade da pessoa humana, nem com a certeza do Direito, nem com a proibição constitucional de delegação da integração da lei em actos com outra natureza que não a legislativa.

O Presidente da República termina o seu requerimento formulando o seguinte pedido:

“Ante o exposto, requer-se, nos termos do n.º 1 do artigo 278.º da Constituição, bem como do n.º 1 do artigo 51.º e n.º 1 do artigo 57.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas do artigo 2.º e, conseqüentemente, dos artigos 4.º, 5.º, 7.º e 27.º constantes do Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República, por violação dos princípios da legalidade e tipicidade criminal, consagrados no artigo 29.º, n.º 1 e do disposto no n.º 5 do artigo 112.º, relativamente à amplitude da liberdade de limitação do direito à vida, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 24.º, n.º 1, todos da Constituição da República Portuguesa”.

Tornado público o pedido de fiscalização preventiva apresentado pelo Presidente da República, rapidamente se fizeram ouvir vozes sobre o mesmo: umas, a festejar o facto de não ter sido expressamente suscitada a questão da inconstitucionalidade da eutanásia (ou da antecipação da morte a pedido), mormente por violação do direito à vida, e da garantia da sua inviolabilidade, e do princípio da dignidade da pessoa humana. Outras, embora congratulando-se com a apresentação do pedido de fiscalização e com a relevância dos argumentos utilizados, a lamentar aquele facto e, bem assim, a insuficiência da fundamentação suscitada, chegando a afirmar-se que não foi feito um pedido de fiscalização preventiva, mas sim de fiscalização perfectiva, destinada apenas a “aperfeiçoar” a lei. Outras, simplesmente a aplaudir o pedido, confiando na capacidade e conhecimento (jurídico e político) do Presidente da República. Outras, ainda, a criticar as dúvidas e objecções levantadas no pedido: por exemplo, para Pedro Bacelar de Vasconcelos, “É um parecer muito discutível, extremamente pobre. O que vejo é que o Presidente da República fica tranquilo, lava as mãos de uma decisão que é, obviamente, incómoda. Acho que foi esse o objetivo”.

Desconheço as intenções e objectivos do Presidente da República ao apresentar tal pedido de fiscalização preventiva: não sei se o pedido foi escrito pela mão do próprio Presidente ou se por algum assessor ou consultor da Presidência; não sei se os termos do mesmo se deveram ao curtíssimo período de tempo que mediou entre a recepção do Decreto da Assembleia da República e o envio do pedido ao TC, ou se, pelo contrário, o pedido já estava preparado há muito

tempo e os seus termos foram propositadamente escolhidos e cuidadosamente ponderados.

Desconheço, também, as razões que terão levado a afirmar-se, no requerimento ao TC (no seu artigo 3.º), que não é objecto do mesmo a questão de saber se a eutanásia, enquanto conceito, é ou não conforme com a Constituição, mas, principalmente, não compreendo que a referida questão não tenha sido expressamente suscitada em obediência ao princípio da segurança jurídica, quer em face da natureza essencial da mesma e das certezas para uns, ou, pelo menos, das dúvidas para outros, quanto à sua desconformidade ou conformidade constitucional, respectivamente, quer, ainda, em face do que disse o Presidente da República no seu discurso de tomada de posse a 09.03.2016.

Entre os primeiros, inclui-se a maioria (mais precisamente 15) dos Professores Catedráticos de Direito Público, que se pronunciou, pública e conjuntamente, a 15.06.2020, sobre a despenalização e legalização da eutanásia e do suicídio assistido, defendendo que os projectos de lei que estiveram na origem da lei da eutanásia mostram-se contrários à Constituição Portuguesa, designadamente: violam, em termos flagrantes, o primeiro dos direitos fundamentais do ser humano – o direito à vida – e a garantia da sua inviolabilidade (artigo 24.º); violam, igualmente, o direito à integridade pessoal e a garantia da sua inviolabilidade (artigo 25.º) e, bem assim, a dignidade da pessoa humana, no contexto de uma sociedade solidária e de um Estado de direito baseado no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais (artigos 1.º, 2.º, 9.º, 12.º, 13.º e 18.º); e violam ainda, o direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover e as inerentes vinculações do Estado a implementar o acesso de todos os cidadãos aos cuidados médicos, bem como o dever genérico de protecção dos mais frágeis (artigo 64.º).

Conheço apenas um Professor Catedrático de Direito Público, o Professor Vital Moreira, que defendeu publicamente opinião contrária, sem prejuízo do que defendeu, conjuntamente com o Professor Gomes Canotilho, na CRP Anotada, em especial na anotação ao artigo 24.º

E conheço, também, o que foi dito pelo Presidente da República no seu discurso de tomada de posse a respeito da Constituição:

“Defendê-la, cumpri-la e fazê-la cumprir é dever do Presidente da República.

E sê-lo-ia sempre, mesmo que o tê-la votado, o ter acompanhado algumas das suas principais revisões e o tê-la ensinado ao longo de quarenta anos, não responsabilizassem acrescidamente quem acaba de assumir perante vós as funções presidenciais.

O Presidente da República será, pois, um guardião permanente e escrupuloso da Constituição e dos seus valores, que, ao fim e ao cabo, são os valores da Nação que nos orgulhamos de ser.

(...)

Salvaguardar a vida, a integridade física e espiritual, a liberdade de pensamento, de crença e de expressão e o pluralismo de opinião e de organização é um dever de todos nós”.

Mas, independentemente daquilo que eu conheça ou desconheça, ou que não compreenda, o que verdadeiramente importa analisar, neste momento, é se, em face dos termos concretos do pedido de fiscalização preventiva apresentado pelo Presidente da República, pode ou não ser apreciada pelo TC a questão essencial de saber se a eutanásia, enquanto conceito (aqui entendido como a antecipação da morte medicamente assistida por decisão da própria pessoa, quando praticada ou ajudada por profissionais de saúde), é ou não conforme com a Constituição e com os princípios nela consignados.

Dispõe a Lei do TC que o pedido de apreciação da constitucionalidade (nos processos de fiscalização abstracta) deve especificar, além das normas cuja apreciação se requer, as normas ou os princípios constitucionais violados (n.º 1 do artigo 51.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro). É o chamado princípio da especificação.

Determina a mesma lei que o TC só pode declarar a inconstitucionalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamentação na violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada (n.º 5 do artigo 51.º). É o chamado princípio do pedido, do qual decorre que o TC está limitado ao pedido, isto é, às normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas já não à causa de pedir, isto é, às normas ou princípios constitucionais cuja violação foi invocada.

Sucede que o pedido de fiscalização preventiva apresentado pelo Presidente da República ao TC suscita, desde logo, um problema de delimitação do seu objecto. As dúvidas decorrem de alguma falta de rigor na redacção do pedido.

Com efeito, embora se tenha identificado, no início do requerimento, apenas duas partes ou segmentos da norma constante do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto n.º 109/XIV e se tenha afirmado que não é objecto deste requerimento ao TC, em todo o caso, a questão de saber se a eutanásia, enquanto conceito, é ou não conforme com a Constituição, mas antes a questão de saber se a concreta regulação da morte medicamente assistida operada pelo legislador no presente Decreto se conforma com a Constituição, ainda assim, conclui-se, no final do mesmo, que se pede ao TC “a fiscalização preventiva da constituio-

nalidade das normas do artigo 2.º e, conseqüentemente, dos artigos 4.º, 5.º, 7.º e 27.º constantes do Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República (...).”

Nestes termos, ao ter sido requerida, a final, a apreciação de todas as normas em que passa a ser admitida a eutanásia (i.e, a antecipação da morte medicamente assistida), através da sua não punibilidade criminal, pode concluir-se que se incluiu ou se inclui dentro do pedido a apreciação da referida questão essencial (cfr. Acórdão do TC n.º 57/85).

Mas ainda que se entendesse, por força de uma interpretação sistemática de todo o peticionado, que, relativamente ao artigo 2.º, apenas foi requerida a apreciação de duas partes ou segmentos da norma constante do seu n.º 1, o que excluiria da apreciação do TC as restantes partes do mesmo, ainda assim, considero, salvo melhor opinião, que o TC não só pode, como tem de apreciar a referida questão essencial, sem que com isso esteja a ir além do pedido.

Na realidade, sabendo-se que o TC deve obedecer ao princípio do pedido, mas já não à causa de pedir, entendo que o TC não está impedido de analisar a questão da constitucionalidade da admissibilidade da eutanásia, enquanto tal, dado que a mesma é um pressuposto das condições ou dos requisitos e critérios do seu exercício. Não é possível apreciar a constitucionalidade da “amplitude” da liberdade de limitação do direito à vida, sem antes ou simultaneamente apreciar a existência e a constitucionalidade dessa mesma liberdade.

Daí que o TC, no caso de entender, por exemplo, que o artigo 24.º, n.º 1, da Constituição, ao consagrar a “inviolabilidade da vida humana”, é incompatível com a “antecipação da morte medicamente assistida”, em qualquer circunstância, fica dispensado de analisar a questão da constitucionalidade das restantes normas, relativas ao modo de exercício ou de “funcionamento” da eutanásia.

Assim como o TC pode pronunciar-se, em fiscalização preventiva, declarar, em fiscalização abstracta sucessiva, ou julgar, em fiscalização concreta, sem violar o princípio do pedido, a inconstitucionalidade consequencial de normas, mesmo que não objecto expresso do pedido, por considerar que tais normas não podem subsistir sem as declaradas inconstitucionais, também pode, sem violação do princípio do pedido, declarar a inconstitucionalidade de uma norma que seja o pressuposto das normas objecto directo do pedido, porque estas não têm sentido sem aquela. Em qualquer caso, não há violação do princípio do pedido, mas tão-só o recurso a uma causa de pedir mais ampla, que está na disponibilidade do Tribunal.

Imagine-se que amanhã a Assembleia República aprova uma lei que repõe a pena de morte para certos tipos de crimes considerados de extrema gravidade, regulando as condições especiais em que a aplicação da pena de morte é admitida, e que o Presidente da República suscita a fiscalização preventiva da constitucionalidade de apenas algumas das suas normas, por considerar que os

seus conceitos são muito indeterminados ou por questionar um dos tipos de crimes previstos, alegando que não é objecto do seu requerimento a questão de saber se a pena de morte, enquanto conceito, é ou não conforme com a Constituição, mas antes a questão de saber se a concreta regulação da aplicação da pena de morte operada pelo legislador se conforma com a Constituição. Estará, neste caso, o TC impedido de apreciar a constitucionalidade da pena de morte? Estou segura que não.

Em suma, não só o TC pode apreciar e declarar a inconstitucionalidade de uma norma que seja pressuposto das normas cuja apreciação seja expressamente requerida, como terá de o fazer, caso estas normas tenham uma intrínseca conexão normativa com aquela norma primária ou principal, da qual são dependentes ou mesmo parte integrante, sob pena de deixar de fora o foco originário e primário de propagação da invalidade das normas.

E, se as considerações antes feitas se afiguram válidas, em tese geral, são-no, seguramente, mais válidas no caso concreto da lei da eutanásia, não só porquanto o requerimento do Presidente da República dirigido ao TC solicita a fiscalização preventiva da constitucionalidade de todas as normas do artigo 2.º do Decreto n.º 109/XIV da Assembleia da República, como porque está em causa uma matéria que se situa no core dos direitos, liberdades e garantias, por envolver, desde logo, o direito à vida e a garantia de sua inviolabilidade, e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por último, não posso deixar de referir que, tendo presente a fundamentação do pedido de fiscalização apresentado ao TC e constituindo principal preocupação do Presidente da República a questão de saber se a concreta regulação da morte medicamente assistida operada pelo legislador se conforma com a Constituição, não consigo de todo compreender, para além de não terem sido referidos todos os pareceres técnicos desfavoráveis emitidos no âmbito do processo legislativo, por que razão não foi expressamente solicitada a apreciação de outros critérios e conceitos indeterminados constantes do próprio n.º 1 do artigo 2.º, nem foi invocada a violação de muitas outras normas (tais como, por exemplo, os artigos 2.º, 8.º, 9.º, 12.º, 13.º, 16.º, 25.º, 36.º, 64.º, 67.º, 68.º, 71.º, 72.º, 219.º, 266.º e 267.º da CRP) e princípios constitucionais (como, por exemplo, os princípios da justiça, da igualdade e da proporcionalidade).

É que, atendendo à concreta regulação da antecipação da morte medicamente assistida operada pelo legislador (objecto de análise em anterior artigo intitulado “A lei da eutanásia e a criação de crimes sem pena, excepto a morte das vítimas”) e à amplitude dos casos à partida admitidos, à enorme falta de rigor do procedimento legal estabelecido e à ausência total de controlo e garantia do cumprimento da lei a tempo de evitar a produção do dano de morte que a mesma poderá causar, poderia ou deveria ter sido questionada, no pedido de

fiscalização preventiva, a constitucionalidade de outros critérios e conceitos indeterminados. Eis apenas alguns exemplos:

- 1.º decisão da própria pessoa”, “cuja vontade seja actual e reiterada, séria, livre e esclarecida” – Para além de não ser possível garantir que a “decisão” de antecipação da morte é da “própria pessoa”, uma vez que se admite, em certos casos, que a pessoa possa fazer-se substituir, em todas as fases do procedimento, por outra pessoa por si indicada, e de os conceitos de vontade “séria, livre e esclarecida” não se encontrarem minimamente definidos ou determinados, não é possível garantir que os mesmos se verificarão no caso concreto, uma vez que: os médicos, orientador e especialista (isto já para não falar da Comissão) podem não conhecer previamente o «doente», estando proibidos de contactar e dialogar com os familiares e amigos do «doente», a não ser que este o autorize; não é obrigatória a emissão de um parecer por um médico especialista em psiquiatria, nem se prevê que o «doente» seja avaliado por um psicólogo; a garantia de acesso a cuidados paliativos é uma falsa garantia, dada a inexistência, real e efectiva, da prestação desses cuidados em muitas regiões do país e a quase 80% das pessoas que deles actualmente necessitam; e não existe qualquer tipo de controlo e fiscalização prévios, no decurso de cada procedimento, do cumprimento dos deveres, nomeadamente de informação, que deverão ser respeitados pelos profissionais de saúde que intervenham no procedimento,
- 2.º “doença incurável e fatal” – Para além de não se exigir que a doença incurável seja terminal (*i.e.*, com um prognóstico vital estimado de semanas ou meses) ou sequer se estimar um prazo para a ocorrência da fatalidade (que poderão ser anos), não é possível garantir que o doente padece de uma doença incurável e fatal, uma vez que não se prevê a junção obrigatória do processo clínico do doente, nem a realização obrigatória de exames, sendo que a concreta composição da Comissão (cuja forma de nomeação suscita algumas questões de inconstitucionalidade) não lhe permitirá emitir um verdadeiro parecer sobre o cumprimento dos requisitos previsto na lei;
- 3.º “antecipação da morte medicamente assistida” “quando praticada ou ajudada por profissionais de saúde” – Para além de as questões problemáticas relacionadas com a deontologia médica e a *legis artis*, com o direito à protecção da saúde e o dever que a todos incumbe de a defender e promover, e, bem assim, com o papel do Estado nessa defesa e promoção, a não definição do método, mas principalmente do local da morte da pessoa, ambos escolhidos por esta, entra em conflito com

as políticas públicas de saúde e com o funcionamento do SNS (em termos de afectação de recursos humanos, materiais e financeiros), afirmando-se absolutamente determinante saber se as pessoas que pedirão para morrer antecipadamente serão ou não objecto de um atendimento prioritário relativamente a todas as outras que querem viver.

Termino com uma frase atribuída a Martin Luther King: “Não me incomoda a gritaria dos violentos, dos corruptos, dos amorais; o que verdadeiramente me preocupa é o silêncio dos íntegros. Somos responsáveis pelo que fazemos, mas ainda muito mais pelo que não fazemos, pelo que não defendemos, pelo que omitimos”.

DOCUMENTOS

Alguns aspetos do estatuto jurídico das comunidades muçulmana e judaica no Portugal medieval

CARLOS SARDINHA*

SUMÁRIO: *Aspetos gerais. Judiarias e mourarias. Comunas de judeus e de “mouros forros”:* 1. *Comunas de judeus:* 1.1. *Organização;* 1.2. *Jurisdição:* 1.2.1. *Questões entre judeus;* 1.2.2. *Questões entre judeus e cristãos;* 2. *Comunas de “mouros forros”:* 2.1. *A “Carta de Foro” de 1170;* 2.2. *Jurisdição:* 2.2.1. *Questões entre muçulmanos;* 2.2.2. *Questões entre muçulmanos e cristãos;* 2.2.3. *Relações entre as comunas de judeus e de “mouros forros”:* *jurisdição competente nas questões entre judeus e muçulmanos. Usura. Constituição de penhores. Exercício de autoridade sobre cristãos. Regras sobre o vestuário de judeus e muçulmanos. Medidas de proteção de judeus e muçulmanos. Estatuto jurídico de judeus e muçulmanos convertidos ao cristianismo. Receção de Direito Canónico relativo à proteção de judeus. Conclusão.*

Aspetos gerais

1. Desde os primórdios da nacionalidade que a presença muçulmana e judaica tem sido uma constante na sociedade portuguesa¹. O problema do

* Professor Auxiliar de História do Direito na Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito de Lisboa. Membro do *Católica Research Centre for the Future of Law*, Palma de Cima, 1649-023, Lisboa, Portugal.

¹ Cf. Joaquim de Assunção Ferreira, *Estatuto Jurídico dos Judeus e Mouros na Idade Média Portuguesa* (Lusitania Canonica. Série C: Monografias 1), Instituto Superior de Direito Canónico, Universidade Católica Portuguesa, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2006. Sobre os judeus, ver, em língua alemã, Meyer Kayserling, *Geschichte der Juden in Spanien und Portugal*, vol. 2: *Geschichte der Juden in Portugal*, reimpr. da edição de Berlim, 1867, Gerstenberg, Hildesheim, 1978. Ver, também, Carsten

estatuto jurídico de ambas as comunidades tem-se, por isso, colocado desde sempre no direito português. As relações entre a coroa portuguesa e as comunidades muçulmanas e judaicas durante os primeiros séculos da nacionalidade obedeceram, no essencial, ao princípio da tolerância. Tal orientação está, desde logo, patente na “carta de segurança e privilégios” (1170) concedida por D. Afonso Henriques às comunidades muçulmanas de Lisboa, Almada, Palmela e Alcácer do Sal, mantendo-se, no essencial, nos reinados posteriores. Esta tolerância abrangia não só o reconhecimento da liberdade pessoal e de culto, mas também a liberdade de muçulmanos e judeus se regerem pelos respetivos direitos tradicionais, aplicados pelos seus próprios magistrados. Em contrapartida, ficavam os membros de ambas as comunidades obrigados a pagar à coroa determinadas contribuições.

2. A política adotada pelos monarcas portugueses assemelha-se à política anteriormente seguida pelos muçulmanos em relação às comunidades cristãs e judaicas (*ahl al-dhimma*) que viviam nos territórios sob o seu governo. Aos cristãos e judeus (*ahl-dhimmi*) que tivessem capitulado, isto é, aceite submeter-se voluntariamente às autoridades islâmicas, era-lhes permitido, enquanto “Povos do Livro” (*ahl al-kitāb*), continuar a praticar livremente a sua religião e a aplicar entre si o seu direito tradicional mediante o pagamento de certos tributos, nomeadamente um imposto de capitação (*jizya*)¹. Ambas as comunidades habitavam bairros próprios, em regra situados fora das muralhas das cidades, e eram governadas pelos seus próprios magistrados².

L. Wilke, *Histoire des Juifs Portugais*, Chandeigne, Paris, 2007; François Soyler, *The Persecution of the Jews and Muslims of Portugal: King Manuel I and the End of Religious Tolerance (1496-7)* (The Medieval Mediterranean, vol. 69), Brill, Leiden/Boston, 2007, pp. 21-83 [*A perseguição aos judeus e muçulmanos de Portugal: D. Manuel I e o fim da tolerância religiosa (1496-1497)*, trad. port. de Jaime Araújo, revisão de Joana Portela, Edições 70, Lisboa, 2013, pp. 43-108 (“As minorias judaica e muçulmana no Portugal medieval”)].

¹ Cf. Alcorão, 9: 29.

² Cf. MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (sécs. XII – XVI)*, seguida de subsídios para a história das fontes do direito em Portugal no séc. XVI, textos introdutórios e notas de NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, 4.ª ed., Verbo, Lisboa, São Paulo, 2000, p. 113; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 5.ª ed. revista e atualizada, 6.ª reimpressão com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 174-176; RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português (1140-1415)*, vol. I, 12.ª ed., Sintra: PEDRO FERREIRA, 2005, pp. 406-407; RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, «Um relance sobre a administração muçulmana peninsular». In: Manuela Mendonça (coord. geral), *Simmvs philologvs necnon verborvm imperator: Colectânea de Estudos em Homenagem ao académico de mérito Professor Dr. José Pedro Machado no seu 90º aniversário*, Academia Portuguesa da História, Lisboa, 2004, pp. 129-141; SULEIMAN VALY MAMEDE, *O Islão e o Direito Muçulmano*, Edições Castilho, Lisboa, 1994, pp. 196-197, s/data; A. H.

Judiarías e mourarias

1. Em todas as localidades em que residissem judeus e muçulmanos em número suficiente estavam estes obrigados a viver em bairros próprios separados dos cristãos, as chamadas judiarías e mourarias³, em regra situadas fora das muralhas das cidades. É isto que explica que o *alcaide dos mouros*, ou seja, o alcaide eleito pela comunidade muçulmana, também fosse conhecido por “alcaide dos arrabaldes”⁴. Assim, nas Cortes de Elvas de 1361 queixaram-se os povos de que em muitas localidades judeus e mouros viviam misturados com os cristãos, causando nestes “*escandalo e nojo*”. D. Pedro I, em resposta, ordenou que nos locais em que havia mais de dez judeus e mouros estes vivessem em bairros próprios separados dos cristãos⁵. Poucos anos volvidos, em 1366, proibiu os cristãos de entrarem na judiaria e mouraria de Lisboa e mandou que os judeus de Lisboa se recolhessem aos seus bairros “*ataa que tangam as Ave Marias*”, sob pena de serem açoitados⁶. D. João I, por sua vez, confirmou em 1400 a proibição de judeus viverem fora das judiarías e de delas se ausentarem durante a noite, estabelecendo penas gravosas para os infratores: prisão e confisco de todos os bens⁷. Logo em 1411 decidiu, porém, atendendo às queixas das “*Comunas dos Judeos*”, substituir o confisco por multa e prever expressamente vários casos em que judeus surpreendidos fora da judiaria depois do

DE OLIVEIRA MARQUES, *História de Portugal*, vol. I: *Das origens ao Renascimento*, 13.ª ed., Editorial Presença, Lisboa, 1997, pp. 117-118; MARIA JOSÉ PIMENTA FERRO TAVARES, «Judeus e mouros (séculos XII a XIV)». In: João Medina (Dir.), *História de Portugal dos tempos pré-históricos aos nossos dias*, vol. III: *Portugal Medieval*, Clube Internacional do Livro, Amadora, s/d, pp. 341-349; HELENA CATARINO, «A ocupação islâmica». In: João Medina (Dir.), *História de Portugal dos tempos pré-históricos aos nossos dias*, vol. III: *Portugal Medieval*, cit., pp. 47-92.

³ Cf. O.A. [= *Ordenações do senhor rey D. Affonso V*, fac. simile da ed. Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1792, nota de apresentação de Mário Júlio de Almeida Costa, nota textológica de Eduardo Borges Nunes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984], II, 76; *ibidem*, II, 102. Ver, também, MANUELA SANTOS SILVA, «Judiarías». In: João Medina (Dir.), *História de Portugal dos tempos pré-históricos aos nossos dias*, vol. III: *Portugal Medieval*, cit., pp. 337-341.

⁴ Com o crescimento das cidades, as mourarias acabaram, contudo, por ficar rodeadas de bairros cristãos. Ver JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal*, vol. I: *Estado, Pátria e Nação (1080-1415)*, 5.ª ed., Verbo, Lisboa, 1995, p. 192.

⁵ Cf. MARIA JOSÉ PIMENTA FERRO, *Os judeus em Portugal no século XIV*, Instituto de Alta Cultura, Centro de Estudos Históricos, Lisboa, 1970, pp. 62-63. Ver, também, MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (séc. XII-XVI)*, cit., p. 506; RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português (1140-1415)*, vol. I, cit., p. 751.

⁶ Cf. MARIA JOSÉ PIMENTA FERRO, *Os judeus em Portugal no século XIV*, cit., p. 210, doc. n.º 33; RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português (1140-1415)*, vol. I, cit., pp. 751-752. Veja-se, também, JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal*, vol. I, cit., p. 342.

⁷ Cf. O.A., II, 76.

toque do “*sino d’Oraçom*”, “sino de oração”, ficariam, mesmo assim, isentos de pena⁸. D. Duarte veio, posteriormente, alargar as hipóteses de isenção de pena⁹. De referir ainda que as Ordenações Afonsinas, ao confirmarem a referida lei de 1411, tiveram o cuidado de esclarecer que a constituição de judiarias só seria obrigatória nas localidades onde residissem pelo menos dez judeus¹⁰.

2. Causa de tensões entre a população islâmica e cristã foi, também, o costume muçulmano de chamar os crentes à oração a partir do alto das mesquitas, como se deduz da Carta régia de D. João I que proibiu esta prática em 1384¹¹.

Comunas de judeus e de “mouros forros”

1. *Comunas de judeus*

1.1. *Organização*

As judiarias estavam constituídas em comunas com organização semelhante à dos concelhos, elegendo os moradores os seus magistrados por pelouros. A eleição do *arrabi*, a quem competia a administração da justiça, carecia, porém, de ser confirmada pelo *arrabi-mor* (*Arraby Moor*) nomeado pelo rei¹². O *arrabi-mor* tinha jurisdição sobre todas as comunas de judeus do reino e era assistido por um *chanceler*, a quem cabia guardar o seu selo privativo¹³, um *ouvidor*, que o acompanhava e substituíam nos seus impedimentos¹⁴, um *escrivão-jurado*, a quem incumbia escrever “*todolos desembargos, e feitos e livramentos, e Escripturas, que o Arraby Moor, ou ho Ouvidor, que com elle andar, desembargarem, e mandarem fazer*”¹⁵ e um *porteiro-jurado* com competência para fazer penhoras e executar sentenças¹⁶. Competia-lhe, ainda, nomear os *ouvidores das comarcas*, assis-

⁸ *Ibidem*, II, 80.

⁹ *Ibidem*, II, 80, § 13.

¹⁰ *Ibidem*, II, 76, § 4. Veja-se MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (sécs. XII-XVI)*, cit., p. 506.

¹¹ Cf. GABRIEL PEREIRA, *Documentos Históricos da Cidade de Évora*, Parte I, Évora, 1885, p. 101, cit. por Joaquim Veríssimo Serrão, *História de Portugal*, vol. I, cit., p. 344, nota 99.

¹² Cf. O.A., II, 81, § 23.

¹³ *Ibidem*, II, 81, § 5.

¹⁴ *Ibidem*, II, 81, § 7.

¹⁵ *Ibidem*, II, 81, § 24.

¹⁶ *Ibidem*, II, 81, § 33..

tidos cada um por um *escrivão*¹⁷. Para além do *arrabi*, assistido, em regra, por três vereadores¹⁸, as comunas de judeus contavam ainda almotacés (*almotacés judeus*)¹⁹, *procuradores* e *tesoureiros* encarregados de administrar o património da comuna²⁰, *letrados* incumbidos de ensinar e *capelães*²¹. As comunas dispunham, além disso, de tabeliães privativos (*Tabelliaaês dos Judeos*)²².

1.2. *Jurisdição*

1.2.1. *Questões entre judeus*

Em cada comuna cabia ao *arrabi* e *almotacé* exercer as funções de juiz nas causas cíveis e criminais entre judeus, aplicando os seus direitos e usos²³. Das sentenças dos *arrabis* (*Arrabys dos Lugares*) em causas criminais (*feitos crimes*) cabia recurso para o *arrabi-mor*, devendo os *arrabis* interpor os recursos *ex officio* (*appellem polla Justiça*) sempre que as partes o não fizessem. Da sentença do *arrabi-mor* cabia, ainda, recurso para o rei²⁴. Nas causas cíveis (*feitos Civys*), cabia recurso para os ouvidores das comarcas ou para o *arrabi-mor*, sempre que este estivesse na comarca. Das decisões dos ouvidores ou, nos casos em que estava presente na comarca, do *arrabi-mor*, cabia, ainda, recurso para o rei²⁵.

1.2.2. *Questões entre judeus e cristãos*

Tratando-se de causas mistas entre judeus e cristãos, havia que distinguir entre questões cíveis e criminais. A competência para julgar as causas cíveis

¹⁷ Cf. O.A., II, 81, § 24. Eram sete as comarcas: Entre Douro e Minho (*Antre Doiro, e Minho*) (Porto), Trás-os-Montes (*Tra-los-Montes*) (Torre de Moncorvo), Beira d'Aquém da Serra (*Beira d'aquem da Serra*) (Viseu), Ribacoa pela Serra-Além até ao Tejo (*Riba de Coa pela Serra aallem ataa contra o Tejo*) (Covilhã), Estremadura (*Estremadura*) (Santarém), Entre Tejo e Guadiana (*Antre Tejo, e Odiana*) (Évora) e Algarve (*Algarve*) (Faro).

¹⁸ Em Lisboa passaram a oito no tempo de D. Pedro I. Ver MARIA JOSÉ PIMENTA FERRO, *Os judeus em Portugal no século XIV*, cit., pp. 201-202, doc. n.º 28.

¹⁹ Cf. O.A., II, 71.

²⁰ Cf. O.A., II, 81, § 17.

²¹ *Ibidem*, II, 81, § 19.

²² *Ibidem*, II, 93.

²³ *Ibidem*, II, 71; *ibidem*, II, 81 §§ 2-4.

²⁴ *Ibidem*, II, 81, § 30. Ver, sobre este ponto, MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (séc. XII-XVI)*, cit., p. 508.

²⁵ Cf. O.A., II, 81, §§ 30 e 31.

cabia a juízes especiais, sempre que existissem²⁶. Nas localidades que não dispunham de juízes especiais, era competente o foro do réu. Assim, no caso do cristão ser o autor e o judeu o réu, devia o primeiro demandar o segundo perante o respetivo *arrabi*; sendo o judeu o autor e o cristão o réu tinha este de ser demandado perante o juiz cristão do seu foro. Nas causas criminais, pelo contrário, era sempre competente o juiz do lugar da prática do crime²⁷.

2. *Comunas de “mouros forros”*

2.1. *A “Carta de Foro” de 1170*

Em 1170 D. Afonso Henriques concedeu aos “mouros forros”, isto é, aos muçulmanos de condição não servil de Lisboa, Almada, Palmela e Alcácer do Sal, uma “Carta de Foro”²⁸. Através desta carta, o rei português proibiu que os muçulmanos fossem maltratados e determinou que nenhum cristão ou judeu tivesse o poder de os lesar. Garantiu-lhes, além disso, o direito de elegerem alcaide próprio, isentando-os, deste modo, da jurisdição concelhia. Em contrapartida, ficavam obrigados a pagar vários impostos²⁹ e a prestar ao rei certos serviços³⁰.

2.2. *Jurisdição*

2.2.1. *Questões entre muçulmanos*

A referida “Carta de Foro” foi recebida nas Ordenações Afonsinas e confirmada juntamente com as liberdades concedidas pelos monarcas posteriores.

²⁶ Em Lisboa, por exemplo, funcionavam desde o tempo de D. Dinis os chamados *alvazis dos ovençais e dos judeus*, criados por lei de 30 de Abril de 1295. Cf. MARCELLO CAETANO, *A Administração Municipal de Lisboa durante a 1.ª Dinastia (1179-1383)*, 2.ª ed., Academia Portuguesa da História, Lisboa, 1981, p. 132, doc. N.º VI.

²⁷ Cf. *O.A.*, II, 92, § 2.

²⁸ Cf. *O.A.*, II, 99; *Documentos medievais portugueses. Documentos régios*, vol. I: *Documentos dos condes portugueses e de D. Afonso Henriques, A.D. 1095-1185*, t. I, ed. Rui de Azevedo, Academia Portuguesa da História, Lisboa, 1958, p. 400, doc. N.º 304.

²⁹ Cf. *O.A.*, II, 99, § 2. Em causa estão o imposto de capitação de 100 maravedis por ano, a alfita e azaqui, e a dízima dos rendimentos anuais (*dizima de todo vosso trabalho*).

³⁰ Cf. *O.A.*, II, 99, § 2: dever de cuidar das vinhas do rei (*todallas minhas vinhas adubedes*) e de vender os figos e o azeite da coroa (*e vendades os meos figos, e o meu azeite*).

Alargou-se, também, a todas as comunas dos “mouros forros” (*Commuuns dos Mouros forros*) o direito de eleger alcaides próprios. A estes alcaides (*Alquaides dos Mouros*) competia administrar a justiça nas causas cíveis e criminais entre muçulmanos de acordo com a sua Lei, usos e costumes. Das suas sentenças cabia recurso de apelação e agravo (*appellaçoões, e agravos*) para a corte (*pera nós, e nossos Officiaaes*), que os julgaria segundo o Direito Islâmico (*pelo direito, e Ley dos Mouros*)³¹.

2.2.2. *Questões entre muçulmanos e cristãos*

Nas questões mistas entre cristãos e mouros, a citada “Carta de Foro” mandava seguir o foro do réu: os mouros demandavam os cristãos perante os alvazis da cidade de Lisboa (*Alvazys de Lixboa*) e os cristãos demandavam os mouros perante o “alcaide dos mouros” (*Alquaide dos Mouros*). Posteriormente, no reinado de D. João I, foram instituídos juízes especiais para as questões mistas (*Juizes deputados para conhecerem dos feitos, e contendas, e debates, que fossem antre os Chrisptaaõs, e os Mouros*), fixando-se, para todo o reino, regras de competência semelhantes às estabelecidas para as causas mistas entre judeus e cristãos. Nestes termos, havia, pois, que distinguir entre causas cíveis e criminais. As causas cíveis eram julgadas pelos juízes especialmente nomeados para o efeito pelo rei. Nas localidades onde não havia tais juízes a competência era, uma vez mais, fixada pelo foro do réu. Já nas questões criminais, a competência cabia sempre aos juízes do crime da cidade ou vila onde o crime tivesse sido praticado³².

2.2.3. *Relações entre as comunas de judeus e de “mouros forros”: jurisdição competente nas questões entre judeus e muçulmanos*

Tratando-se de questões mistas entre muçulmanos e judeus, havia que distinguir entre as causas cíveis e criminais. Nas causas cíveis era competente o foro do réu: se este fosse judeu, era competente o *arrabi do lugar*; se fosse muçulmano, a competência cabia ao *alcaide dos mouros*. Nas questões criminais a competência cabia sempre aos juízes do crime do lugar da prática do crime³³.

³¹ Cf. *O.A.*, II, 99, § 4; *ibidem*, II, 101, §§ 3 e 4.

³² Cf. *O.A.*, II, 100.

³³ Cf. *O.A.*, II, 100.

Usura. Constituição de penhores

As atividades bancárias a que, tradicionalmente, se dedicava a comunidade judaica provocavam, muitas vezes, rivalidades e ressentimentos entre a população cristã. Assim, nas Cortes de 1331 queixam-se os povos da usura (*onzena*) praticada pelos judeus³⁴. D. Afonso IV proibiu-os de celebrar contratos usurários, sob pena de terem de devolver o que tivessem ganho através da usura³⁵. Anos depois, em 1349, insistiu nesta proibição, vedando-lhes a celebração de “contratos atempados”³⁶. Neste quadro é, ainda, de aludir à lei de D. Sancho I que proibiu os judeus ou mouros (*mauri aut iudei mei*) de receber penhores, a não ser com o testemunho de homens-bons³⁷.

Exercício de autoridade sobre cristãos

D. Afonso II determinou por lei que nenhum judeu podia ser ovençal, isto é, funcionário da fazenda régia³⁸. Esta proibição parece, contudo, não ter sido observada, pelo menos até D. Dinis. É o que se deduz de uma queixa formulada pelo clero no tempo de D. Afonso III que aparece reproduzida no artigo 27 da concórdia celebrada em 1289 entre D. Dinis e os bispos do reino³⁹. D. Afonso III é aí acusado de “*contra o estabelecimento do Concelho geeral*” (isto é, muito provavelmente, contra o cânone 69 do IV Concílio de Latrão de 1215⁴⁰) e a lei de seu pai (*contra a ley do seu Padre*, isto é, a citada lei de D. Afonso II), nomear judeus e dar-lhes poder sobre os cristãos “*nas ssas ouenças pubricas*” (isto é, na

³⁴ Cf. JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal*, vol. I, cit., p. 342.

³⁵ Cf. O.A., II, 96. Veja-se MARIA JOSÉ FERRO TAVARES, *Os Judeus em Portugal no Século XIV*, Segunda Edição, Guimarães Editores, Lisboa, 2000, p. 108.

³⁶ Cf. Carta régia de 28 de Julho de 1349, in *Livro das Leis e Posturas*, ed. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, Maria Teresa Campos Rodrigues, Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, Lisboa, 1971, pp. 443-448. Veja-se, também, *ibidem*, pp. 458-462.

³⁷ Cf. Carta régia de 7 de Dezembro de 1210, in *Documentos de D. Sancho I (1174-1211)*, ed. Rui de Azevedo, Avelino de Jesus da Costa, Marcelino Rodrigues Pereira, Centro de História da Universidade de Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1979, pp. 302-303, doc. N.º 196. Ver, também, MARCELLO CAETANO, *A Administração Municipal de Lisboa durante a 1.ª Dinastia (1179-1383)*, cit., pp. 127-129, doc. N.º IV.

³⁸ Cf. O.A., II, 85 § 1; *Portugaliae Monumenta Historica, Leges et Consuetudines*, vol. I, ed. Alexandre Herculano, Typis Academicis, Lisboa, 1856, p. 178.

³⁹ Cf. Bula do Papa Nicolau IV sobre a concórdia de 40 artigos entre D. Dinis e os bispos do reino (7 de Março de 1289), in *Livro das Leis e Posturas*, cit., p. 352.

⁴⁰ Cf. *Medieval Sourcebook: Twelfth Ecumenical Council: Lateran IV*, Canon 69, in *Internet History Sourcebooks Project (fordham.edu)* (01.06.2021)

administração fiscal) (*prepom os Judeus e da lhys poder sobre o christãos em nas ssas ouenças pubricas*).

Regras sobre o vestuário de judeus e muçulmanos

1. Retira-se da concórdia celebrada em 1289 entre D. Dinis e os bispos do reino⁴¹ que o clero acusou D. Afonso III de, ao arrepio do “estabelecido no Concílio Geral” (“*stabeleçudo em no Concelho geeral*”), isto é, muito provavelmente, no cânone 68 do IV Concílio de Latrão⁴², não obrigar os judeus a trazer um sinal no vestuário que permitisse distingui-los dos cristãos. Nas Cortes de 1481-1482, reunidas no reinado de D. João II, foram os judeus acusados de montar cavalos e mulas “*com lobs e capuzes finos, com jubões de seda, espadas douradas, toucas rebuçadas, jaezes e garnimentos*” sem qualquer sinal que os distinguisse dos cristãos. Em resposta, mandou o rei que os judeus andassem vestidos mais modestamente, usando “*o sinal da estrela costumado acima da boca do estomago*”⁴³.

2. No que respeita aos muçulmanos, é de notar que são estes que, pelo contrário, se queixam ao rei de o seu direito a usar a indumentária tradicional não ser respeitado pelas autoridades cristãs. Assim, a Comuna dos Mouros de Lisboa queixou-se ao rei D. Duarte de que o alcaide de Lisboa lhes proibia, sob pena de prisão, o uso dos seus albornozes, “*trajo usado, e costumado em terra de Mouros*”. O rei, ouvido o seu Desembargo, deu razão aos muçulmanos e autorizou-os a usar a indumentária tradicional (albornozes, capuzes, balandraus ou aljubas), sem por isso perderem o seu vestuário, incorrerem em prisão ou em “*feito outro alguũ desaquisado*”⁴⁴.

Medidas de proteção de judeus e muçulmanos

D. João I proibiu aos cristãos matar ou ferir judeus, roubá-los e desrespeitar os seus costumes sem autorização do rei. A profanação dos seus cemitérios e a perturbação das suas festas foi proibida. Para além disso, foi proibido aos cristãos

⁴¹ Ver *supra*.

⁴² Ver *supra*, Canon 68.

⁴³ Cf. MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (séc. XII-XVI)*, cit., p. 506. Ver, também, MARIA JOSÉ PIMENTA FERRO TAVARES, *Os Judeus em Portugal no século XV*, Vol. I, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Lisboa, 1982, p. 222, com a nota 82 (p. 261).

⁴⁴ Cf. O.A., II, 103, §§ 1-3.

obrigar judeus a trabalhos que não costumavam prestar segundo usos antigos⁴⁵. Determinou-se, também, que estas⁴⁶ medidas fossem aplicadas aos “*Mouros forros dos nossos Regnos, e Senhorio*”⁴⁷.

Estatuto jurídico de judeus e muçulmanos convertidos ao cristianismo

D. Afonso II tomou medidas destinadas a proteger os judeus e muçulmanos convertidos ao cristianismo e a evitar o seu regresso ao antigo credo. Assim, proibiu aos pais judeus deserdar os filhos convertidos à religião cristã⁴⁸. Judeus convertidos ao cristianismo e regressados às antigas crenças sujeitavam-se, por sua vez, à pena de morte, se, uma vez admoestados, não voltassem à religião cristã⁴⁹. Esta lei foi mandada aplicar aos mouros⁵⁰. D. João I proibiu os batismos forçados de mouros⁵¹ e favoreceu a conversão de judeus e mouros⁵². Neste quadro, o cristão que injuriasse um judeu batizado respondia perante o tribunal do rei (*perante as nossas Justiças*)⁵³.

Receção de Direito Canónico relativo à proteção de judeus

De acordo com as Ordenações Afonsinas, D. João I mandou observar como lei uma Bula de Clemente VI confirmada por Bonifácio IX que estabelece várias medidas de proteção dos judeus referidas acima^{54 55}, punindo-se com a «perda da honra e do ofício» ou, na ausência de ofício, com a excomunhão todo o cristão que violasse estas normas⁵⁶. Sob a epígrafe “*Que nom façam tor-*

⁴⁵ Cf. O.A., II, 120.

⁴⁶ Cf. O.A. II, 94, § 9.

⁴⁷ Cf. O.A. II, 120, § 1.

⁴⁸ Cf. O.A., II, 79.

⁴⁹ Cf. O.A., II, 121.

⁵⁰ Cf. O.A., II, 121, § 1.

⁵¹ Cf. O.A., II, 119.

⁵² Cf. O.A. II, 83; O.A. II, 110.

⁵³ Cf. O.A., II, 89.

⁵⁴ Cf. O.A., II, 94. Veja-se MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (sécs. XII-XVI)*, cit., p. 509.

⁵⁵ Cf. O.A., II, 94, § 15, que formaliza a receção do direito canónico relativo à proteção de judeus.

⁵⁶ Cf. O.A. II, 94, § 9: «*E mandamos, que se alguũ Chrisptaão, depois que for sabedor do theor destes nossos mandados, contra elles quiser vir, o que DEOS nom queira, perca sua honra, e seu Ofício, se o ouver, ou seja ferido de sentença d'Escumunhom...*».

*nar nenhum Judeo Chrisptaaõ contra sua vontade*⁵⁷, estabelece-se, em geral, que ninguém deve prejudicar os judeus⁵⁸. Sujeitava-se às referidas penas o cristão que fêrisse, matasse ou roubasse judeus, mudasse os seus costumes sem autorização⁵⁹, tentasse obrigá-los a receber o batismo⁶⁰, perturbasse ou impedisse a realização das suas festas e solenidades, por exemplo, com armas, paus ou pedras⁶¹ ou o cristão que obrigasse algum judeu a prestar-lhe um serviço ou a realizar uma obra, exceto se se tratasse de serviços que os judeus tinham por costume prestar⁶². Além disso, aparece aqui, também, a referida proibição de profanação de cemitérios judaicos⁶³.

Conclusão

Resulta do exposto que, no Portugal medieval, as comunidades de judeus e de muçulmanos faziam parte integrante da vida quotidiana da população cristã. Basta referir o facto de, em processos entre judeus e cristãos, por um lado, e muçulmanos e cristãos, por outro, os cristãos, sendo autores e tratando-se de matéria cível, poderem ficar sujeitos à jurisdição de juízes judeus ou muçulmanos, respetivamente, nas localidades que não dispunham de juízes especiais (era, por isso, como vimos, competente o foro do réu), para colocar em evidência a tolerância recíproca que deveria existir entre cristãos, judeus e muçulmanos. O próprio tribunal do rei estava obrigado a julgar litígios entre mouros segundo o Direito Islâmico. No entanto, normas canónicas e agitação social causavam tensões entre a coroa portuguesa e ambas as minorias étnico-religiosas. O interesse do rei pelos muçulmanos e judeus (*mauri aut iudei mei*) favorecia, contudo, relações de tolerância entre estas comunidades e a maioria cristã. A Igreja, contudo, não deixou de tomar medidas destinadas a proteger os judeus contra os abusos da população cristã. A sua receção em Portugal por lei do rei prova que o rei cooperava com a Igreja na defesa dos direitos da minoria judaica.

⁵⁷ Segundo as Ordenações, trata-se de uma tradução para português do original latino feita na Chancelaria do Rei. Cf. O.A., 94, § 1: «... a qual letera era escripta em purgaminho, da qual o theor della, que nós mandámos examinar, e trasladar do latim em linguagem na nossa Chancellaria, de verbo a verbo tal he».

⁵⁸ Cf. O.A., II, 94, § 3.

⁵⁹ Cf. O.A. II, 94, § 5.

⁶⁰ Cf. O.A. II, 94, § 4.

⁶¹ Cf. O.A. II, 94, § 6.

⁶² Cf. O.A. II, 94, § 7.

⁶³ Cf. O.A. II, 94, § 8.

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de Publicação n'º Direito

1. A publicação de textos na revista *O Direito* depende de parecer prévio favorável da Comissão de Revisão, para verificação do cumprimento dos correspondentes critérios de publicação.

2. Os artigos a publicar n'º *O Direito* devem:

- (i) Cumprir os critérios de elevada qualidade científica, incluindo rigor, clareza e fundamentação científica, fixados no Estatuto Editorial da Revista;
- (ii) Ser inéditos;
- (iii) Cumprir o limite de 90.000 caracteres (cerca de 30 páginas), incluindo espaços e notas de rodapé;
- (iv) Incluir os nomes dos autores no corpo do texto em caracteres normais e os referidos em notas de pé-de-página em versalete;
- (v) Incluir os títulos de monografias, obras coletivas e revistas em itálico e os de textos inseridos em revistas e em obras coletivas entre aspas, em caracteres normais;
- (vi) Incluir resumos em português e em inglês, com 500 caracteres cada.

3. Os textos a incluir na secção “Breves Comentários”, incluindo breves anotações de jurisprudência e recensões devem cumprir os critérios definidos para os artigos, salvo quanto ao limite de caracteres, que é de 25.000, e à extensão dos resumos, de 150 caracteres cada.

4. Os textos devem ser submetidos em versão final. Só há umas provas antes da publicação, na qual se admitem correções de gralhas, mas não a introdução de texto novo.

