

O DIREITO

Ano 148.º (2016), II

Diretor

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 148.º (2016), 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

Propriedade de JURIDIREITO – Edições Jurídicas, Lda.

NIPC 506 256 553

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

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

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

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 300 exemplares

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

Número avulso € 20,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS – Digital Printing Services, Lda.

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

ARTIGOS DOCTRINAIS

MAFALDA MIRANDA BARBOSA <i>Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida</i>	233
PAULO MARQUES <i>Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes</i>	283
RUI MARQUES <i>Constituição fiscal, direitos sociais e tributação da Família</i>	309
CARLOS FILIPE COSTA <i>A execução de julgado anulatório no contencioso administrativo: algumas considerações a partir do Processo ‘Shopping do Bom Sucesso’</i>	341
RÚBEN RAMIÃO <i>Projeções jusfundamentais do direito à alimentação</i>	395
HUGO LUZ DOS SANTOS <i>O crédito para jogo nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: subsídios para a resolução da questão do “side-betting or the multiplier” e para a admissibilidade da figura doutrinal alemã do “contrato com eficácia de proteção para terceiros”</i>	449
MARIA MARGARIDA ACATES CANDEIAS <i>O Acordo TRIPS e o Direito à Saúde [Conclusão]</i>	473

NOTA BREVE

HUGO LUZ DOS SANTOS <i>O requisito de idoneidade dos vip-room contractors e dos seus cooperators (artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento Administrativo n.º 6/2002): “culpa de organização”?</i>	543
---	-----

ARTIGOS DOUTRINAIS

*Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida**

PROF.^a DOUTORA MAFALDA MIRANDA BARBOSA

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *O tempo atual como um tempo de liberdade. O sentido da liberdade. Liberdade e juridicidade.* 3. *A Pessoa como ser de liberdade. A Pessoa no centro da fundamentação da juridicidade.* 4. *A pessoa e os direitos de personalidade: a) O direito subjetivo; b) Os direitos de personalidade ancorados na pessoa e não no indivíduo.* 5. *A questão concreta da eutanásia.*

1. Introdução

Os conceitos de dignidade e autonomia trazem-nos à memória três ideias fundamentais: omnipresença argumentativa, incompreensão valorativa e importância fundacional. Na verdade, raros são os discursos jurídicos em que os conceitos referidos estão ausentes. Raros são também os contextos em que os mesmos aparecem mobilizados com o sentido ético-axiológico que os deve predicar. Não obstante, o dado que se constata não abala a sua importância fundacional. Daí o tríptico com que julgamos que os podemos captar.

Um exemplo paradigmático do que acabámos de referir pode ser encontrado a propósito do debate acerca do fim da vida ou mais concretamente acerca da eutanásia. Não se estranha que assim seja. Aí onde o ser humano se torna mais radical, ao ponto de questionar a própria vida, não poderiam deixar de estar presentes noções que marcam indelevelmente a essência do ser pessoa. Independentemente do tom dos discursos e da profundidade dos argumentos mobilizados, intui-se que o cerne da problemática passa pelo exercício da liber-

* O texto que se dá à estampa aborda o mesmo tema da conferência que proferimos no dia 14 de Abril de 2016, nas Jornadas sobre Pessoa Humana, Eutanásia e Fim da Vida, organizada pela Comissão de Ética da Universidade do Porto. Foram, contudo, acrescentadas ideias e desenvolvidos argumentos nesta versão, mais ampla, do texto da conferência.

dade. Sobretudo entre quem advoga a liberalização do comportamento, invoca-se amiúde a liberdade de escolha do sujeito como razão fundamentante para a sua permissão. Ao horror da morte, para mais dada por outrem, contrapor-se-ia o consentimento do lesado. Far-se-ia intervir a sua vontade, de tal modo que o ato inicialmente desvalioso passa a merecer o beneplácito dos comuns e a ser cunhado eufemisticamente como morte assistida.

O certo é que, contra a exacerbação das paixões que os temas ditos fraturantes nos oferecem, há que tentar perceber claramente do que se fala quando se fala de autonomia e de dignidade. O exercício, filosoficamente densificado, não é fácil. Porém, afigura-se entusiasmante e imprescindível.

2. O tempo atual como um tempo de liberdade. O sentido da liberdade. Liberdade e juridicidade

Não erraremos se afirmarmos que o nosso é um tempo de liberdade. O debate em torno da eutanásia mostra-nos isso mesmo. Aquele que até há bem pouco tempo era assumido como o valor supremo na hierarquia valorativa do ordenamento jurídico cede perante a invocação da autonomia, vertente da liberdade que assume foros de referência máxima.

Castanheira Neves¹ diz-nos que “todas as civilizações conheceram “capitais polaridades referenciais” que são “os agónicos matizes culturais dessas épocas e de compreensão do homem nelas”. Para os gregos, a determinante polaridade cultural era a de o Ser e a tragédia; para o homem medieval (e também para todo o bíblico Cristianismo e também o actual) foi a de Deus e do pecado; a da modernidade a do homem e a ciência; e a nossa actual, a da liberdade e o sentido. O nosso tempo é, segundo o diagnóstico do pensador, caracterizado por diferentes mortes: a morte de Deus (Nietzsche), a morte da história (Fukuyama), a morte da responsabilidade (Perry Anderson), a morte da consciência na sua explicativa redução bio-psicológica (Freud), a morte do próprio homem (Foucault). E isso leva-o a questionar²: “mortes todas essas para que viva o quê?” Para que viva a liberdade. Só que

¹ A. Castanheira NEVES, “O “jurisprudencialismo” – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito”, *Teoria do direito: direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao doutor António Castanheira Neves* (coord. Nuno Coelho; António Silva), Salvador, 2012. p. 9-79, 24 s.

² A. Castanheira NEVES, *O “jurisprudencialismo” – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito*, 27.

“essa liberdade consequente ao vazio não pode ser ela mesma uma abertura vazia – o que seria uma liberdade de absurdo e que desse modo a si mesma se negaria – assim como não será, em alternativa, a da vontade absoluta da autonomia incondicional que em si mesma assume o infinito (...), já que nessa liberdade (...) também menos o homem autenticamente se reconheceria, pois o homem só o é na sua existência, no ser e na história, pelo transcender-se a algo convocante com que dialogue na procura da resposta às perguntas fundamentais”.

Mais explicitamente, Castanheira Neves diz-nos que

“a liberdade não a podemos compreender hoje como a mera disponibilidade de um vazio residual e redutor que como tal nos anulasse, mas como a abertura convocada e responsabilizada por referências transcendentais que nos realizem na nossa humanidade. Pela proclamação das mortes referidas, e seja ou não fundada essa proclamação, não se pretenderá que regressemos radicalmente a nós para aí ficarmos vazios e sim para nos abirmos sem obstáculos à possibilidade dessa nossa realização (...). O sentido e os sentidos não os temos de compreender como meras criações humanas e de que o homem de todo disponha (...), antes o vemos (...) como respostas humanas histórico-culturais humanas ao apelo absoluto da Transcendência”.

A verdade é que, herdeiros que somos do pensamento moderno, a liberdade surge muitas vezes pensada num sentido empobrecedor, como uma mera ausência de constrição heterónoma³. O homem, tido por autossuficiente, é

³ Diogo Leite CAMPOS, *As relações de associação, – o direito sem direitos*, Coimbra: Almedina, 2011, 104 s., afirma que

“qualquer vínculo social, qualquer norma é considerada naturalmente infundamentada por limitar a natureza humana que é a vontade livre do sujeito. O social, o público, nesta medida desaparece. A (ex-) sociedade parece desagregar-se em miríades de indivíduos que, como um caleidoscópio, se compõem e decompõem de instante a instante”.

Note-se que Leite Campos acaba por atingir criticamente não só o individualismo de raiz iluminista, mas também o subjetivismo pós-moderno que não seria mais do que exasperação daquele. Assim, para as

“doutrinas modernas do direito natural, a base do direito – o Direito natural – deve ser procurada nos indivíduos, feitos à imagem e semelhança de Deus (não sociais); portanto, cada um é autossuficiente – uma sociedade em si mesma por ser dotado de razão (...). O Estado da natureza é o Estado de cada homem, considerado individualmente, antes de qualquer vínculo social” (p. 90).

Sendo, a partir daqui, necessário construir teoricamente o Estado como um “conjunto”, chega-se à concepção contratual de ROUSSEAU, no qual “a liberdade passará a ser (só) o direito de fazer o que a lei permite”, abrindo-se “as portas à entrada de todo e qualquer totalitarismo”. Sendo necessário agir contra isso, passam a afirmar-se os direitos individuais contra o Estado e, no séc. XIX,

compreendido, nesse quadro, como um ente que se situa antes de qualquer contacto social, um indivíduo, em confronto com os demais – tidos como obstáculos à realização das suas aspirações – e com o Estado. A grande preocupação que avulta é, portanto, a da limitação do poder daquele – forjado com base no mecanismo do contrato, através do qual o indivíduo lhe transfere parte dos seus direitos, de modo a garantir a ordem e sair do estado de natureza –, e qualquer imposição ou proibição surge como anómala, como uma limitação da vontade do indivíduo⁴.

“a maioria do liberalismo acentua a liberdade negativa do indivíduo que decorreria da sua própria natureza – e que seria uma exigência da sua liberdade. Liberdade que, perdidas as barreiras e as referências, caía no anonimato e na anomia” (p. 95).

Por isso,

“ao transformar o indivíduo em súbdito de si mesmo (leia-se: da vontade geral), transforma-se a liberdade no direito de fazer (só) o que a lei permite. Mas, seriam os homens, desvinculados de modelos, capazes de se comportar moralmente e de definir normas éticas? (...) O direito parece desaparecer enquanto tal, para se transformar na expressão, ou instrumento, de uma (mera...) ordenação social (...)” – p. 97.

“Enquanto o modelo tradicional, romano, é o do «princeps» («primeiro»), modelo de autoridade, saber, virtude, prudência; e o modelo medieval é o do sacrifício, o das virtudes heroicas, da total dádiva aos outros (o santo) – o (não) modelo pós-moderno é o do instinto selvagem e predador” (p. 98).

Nesta medida,

“parece ter-se ultrapassado o conceito de pessoa (ou de personalidade) jurídica, enveredando-se por uma subjetividade (concreta e histórica) não abstrata (...). A única proibição (único limite) é de proibir: é proibido proibir. Qualquer norma (...) é considerada como desprovida de fundamento, e intolerável por limitar a vontade livre do indivíduo” (p. 99).

Diogo Leite Campos contrapõe o liberalismo, que se

“fundava[...] na convicção de que a justiça nas relações entre os privados decorria do livre jogo das vontades individuais até atingirem um equilíbrio. Mas pressuponha uma tensão no sentido de Justiça, a consciência da possibilidade, se não se atingir a Justiça, pelo menos de uma progressiva aproximação desta. O subjetivismo pós-moderno funda-se, antes de mais, no afastamento da referência à Justiça, conceito vazio” (p. 100). “Criaram-se novas relações de força justificadas de modo novo (...). Por assentarem declaradamente no desejo desvinculado e se dirigirem à satisfação dos mais fortes. Com progressivas vitórias do individualismo e consequente destruição do fundamento ético da ordem social e do Direito”.

⁴ Cf. nota anterior.

Para o pensamento moderno, arauto do liberalismo, a liberdade – estribada no indivíduo – era vista de um prisma meramente negativo (cf., a este propósito, Lucien JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris: Fayard, 1997 e *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris: Fayard, 2000). Mas a visão libertária da liberdade não se confina ao passado, apresentando, atualmente, um peso específico grande. Pense-se em Rawls, Nozick e Hayek.

A liberdade seria, então, a mera liberdade negativa, como ausência de constrictão. A ela associar-se-ia uma ideia de liberdade positiva, entendida como autonomia ou poder de autodeterminação. Sem que, contudo, essa liberdade positiva seja, também ela, sempre adequadamente compreendida.

Em Kant, a liberdade é posta na dependência do cumprimento do imperativo categórico. O homem é livre não quando, à deriva, vai agindo instintivamente, mas quando, guiado pela razão prática, faz da sua vontade a instância que dita as regras de conduta⁵. Acontece que a vontade a que se alude está

Veja-se, ainda, Stuart MILL, *Sobre a liberdade*, Edições 70, Lisboa, 2006, 106, onde transparece a ideia da liberdade apenas limitada pelo confronto com a esfera de liberdade alheia (“A liberdade do indivíduo tem de ter essa limitação; não pode prejudicar as outras pessoas”). Aliás, o objetivo primacial da obra do autor é argumentar no sentido de que o Estado só tem legitimidade para atuar quando em causa esteja a necessidade de evitar que alguém cause um dano a outro indivíduo (cf. p. 159)

“(...) o indivíduo não é responsável perante a sociedade pelas suas ações caso estas não digam respeito aos interesses de qualquer outro indivíduo senão ele mesmo”. E adiante – p. 160 – refere que “o indivíduo é responsável pelas ações que são prejudiciais para os interesses dos outros”, mas “de modo algum se deve supor que, dado que só o dano – ou a probabilidade elevada de haver dano – pode justificar a interferência da sociedade, isso significa que justifique sempre tal interferência”.

Por aqui se vê, desde já, que em termos jurídicos o conceito de liberdade negativa se mostra imprestável para compreender a normatividade. Não é ele que se desvela, de facto, em soluções plasmadas pelo legislador como sejam as que se prendem com os limites impostos à validade do consentimento em caso de limitação voluntária dos direitos de personalidade. Nesse sentido, cf. artigo 81.º CC.

Não colhe a nossos olhos provimento a tentativa de contornar a crítica que se dirige ao liberalismo – sobretudo na sua versão deontológica – pela afirmação de que ele não impõe o egoísmo, dado que ao edificar a sociedade com base nas escolhas individuais não impede ninguém de fomentar o altruísmo e o espírito caritativo. Pois que, se não o impõe, pelo menos permite-o e em muitos casos potencia. Além de que, em termos teóricos, a construção se alicerça numa visão do ser humano que contraria a sua estrutura ontológica mais funda. Cf. Michael J. SANDEL, *O liberalismo e os limites da justiça*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 (tradução de Carlos Pacheco do Amaral), 34.

⁵ Criticando a tradição alemã de polarização da liberdade na vontade do homem, cf. António Braz TEIXEIRA, *Sentido e valor do direito. Introdução à filosofia jurídica*, 3.ª edição, revista e aumentada, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006, 132 s. Afirma, aí, o autor que,

“diversamente do que tende a pensar a filosofia germânica, fruto da identificação secular de alma e espírito, da esfera do psíquico e do mundo espiritual, a liberdade não pode confundir-se ou identificar-se com a vontade, já que esta é mera condição ou meio de expressão, atuação ou projeção exterior da liberdade ou de certos aspetos ou formas de liberdade, do mesmo modo que esta não pode reduzir-se a possibilidade de escolha, de opção ou de decisão. Como atividade do espírito, a liberdade tem dois vetores ou dois sentidos essenciais: o do conhecimento, orientado para a verdade, e o do agir, norteado pela Justiça, pelo Bem e pelos demais valores éticos. (...) O espírito

sujeita, para que essa liberdade seja alcançada, à moralidade, ou dito de outro modo, deve agir segundo a sua máxima de tal modo que ela possa ser convertida em lei universal⁶. Nem só em Kant, porém, se alicerça a dimensão positiva da liberdade⁷⁻⁸. Se, na divisão entre o fenoménico e o numénico, ela fica reservada para o segundo e se realiza na prossecução de máximas que se transformem em leis universais, com a dialética hegeliana, a liberdade – positivamente entendida – encontra a sua expressão nas instituições culturais – família, sociedade civil, Estado – em que se efetiva. Conforme salienta Schapp, na explicitação da categoria ética no pensamento do autor,

caracteriza-se assim, antes de mais, pela sua radical e essencial liberdade, entendida esta no sentido do conhecimento e da avaliação, escolha e decisão”.

A propósito da posição expendida pelo autor, importa considerar algumas notas.

Em primeiro lugar, saliente-se o pendor filosófico estrito das palavras de Braz Teixeira, a justificar que não tomemos posição – porque estranha à perspetiva por nós assumida – acerca da querela que divide a compreensão da liberdade colimada na vontade ou no espírito.

Por facilidade argumentativa, referir-nos-emos à vontade, tornando de certo modo mais compreensível o discurso. Sem que tal, porém, nos condene a uma mera ponderação entre alternativas de ação para aí encontrarmos a essência da liberdade. Pois que, como veremos, a opção em que aquela se projeta não poderá deixar de ser animada pela pressuposição de um sentido de valor que materialmente a fundamente. Donde, afinal, quer se remeta a liberdade para a vontade, quer se compreenda a mesma por referência ao espírito, a conceção que abraçamos se afasta da impositação moderna do tema.

Uma nota suplementar para frisar que, de facto, noutros planos, a liberdade que se joga não pode ser senão determinada pela referência ao espírito. Pense-se, aliás, com grande importância no seio do pensamento cristão, na ideia de liberdade interior.

⁶ Cf. E. KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Textos Filosóficos, Edições 70, 1992, tradução de Paulo Quintela.

Interpretando o pensamento kantiano no sentido de dele extrair o suporte da afirmação de uma liberdade positiva, isto é, positivamente fundada na razão prática, “ou seja, como condição da moralidade da intenção prática”, cf. A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, (tradução de António Ulisses Cortês), 2.^a edição, 2007, 361. Refira-se, aliás, que, na exposição da sua conceção de liberdade, o autor afirma expressamente não ser a liberdade aquilo que os modernos pensaram.

⁷ Para uma análise da influência da conceção de liberdade kantiana na modelação do Estado moderno e na juridificação do direito à liberdade, cf. WRIGHT, “Right, Justice and Tort Law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon Press, , 1996, 159 a 182, 164-165.

⁸ Cf., a este ensejo, G.C. MACCALLUM, “Negative and Positive Freedom”, *Philosophical Review*, 76, 1967, 314 s.

“à pessoa oferece-se, nas instituições, uma multiplicidade de possibilidades de escolha, de tal maneira que a orientação valorativa das ações nas instituições é acompanhada pela liberdade de eleição”⁹.

A estrutura dialética do pensamento hegeliano parece afastar-nos da negatividade do agir livre, para nos encaminhar para a afirmação da liberdade como indissociável de uma conduta orientada valorativamente. E é esta nota de orientação valorativa da conduta que não podemos deixar de sublinhar, exatamente porque é ela que nos permitirá afastar decisivamente da concepção de liberdade tal como vinha pensada pelos modernos¹⁰⁻¹¹.

⁹ Cf. Jan SCHAPP, *Derecho Civil y Filosofía del Derecho: la libertad en el derecho*, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n.º8, Universidad Externado de Colombia (tradução de Luís Villar Borda), 40. Cf., também, do autor, “Die Grenzen der Freiheit”, *Juristenzeitung*, 12, 61. Jahrgang, 2006, 581 e s. A controvérsia entre Kant e Hegel acaba por resvalar na atual oposição entre liberalismo e comunitarismo, sendo importante, segundo a visão de Schapp, procurar compreender outros contributos, designadamente o modelo platónico de limitação da liberdade e a doutrina cristã. Aquele modelo platónico implica que seja dada atenção à limitação do desejo e da razão. Segundo Platão, o desejo e a paixão tendem para o excesso, dominados que são pela vontade de se ter sempre mais, competindo à razão a missão de prevenir e combater tais consequências, para o que chama a depor a virtude da prudência, que só se atinge com a sabedoria. Este modelo acaba por se dissolver noutros. Com o Cristianismo, a Pessoa é transformada pela Fé, passando o homem a ser livre em Deus e por meio de Deus.

¹⁰ Advirta-se, porém, que no período moderno a liberdade não vinha pensada em termos de puro arbítrio. Como alerta Castanheira Neves (cf. “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 6, 1996, 9 a 43, 20), ela “assimilaria a razão e se especificaria em direitos naturais”, sendo, portanto, vista como “categoria nova que à autonomia identificava o livre arbítrio, a autodeterminação em último termo da *res cogitans*”.

A entrada em cena do sujeito transcendental kantiano – com a consequente desvinculação dos condicionamentos do mundo físico – não depõe, portanto, por si só no sentido da matização eticamente conformada da liberdade a que o autor alude, tudo dependendo, como se perceberá, da interpretação que se derrame sobre o seu pensamento. Pessoa ou indivíduo serão pois os polos de dilucidação do modo como olhamos para o ser livre. E a verdade é que, tal como aduz Castanheira Neves (cf. “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, cit., p. 33), Kant não distingue o sujeito da pessoa e “o primeiro é uma entidade antropológica, o segundo é uma aquisição axiológica”. A este propósito, veja-se, ainda, René DESCARTES, *Meditações sobre Filosofia Primeira*, Almedina, Coimbra, 1992, 172. O autor define o livre arbítrio como o poder de

“fazer ou não fazer uma coisa (isto é, afirmar ou negar, seguir ou evitar), ou melhor, apenas em que para afirmar ou negar, seguir ou evitar, aquilo que o entendimento nos propõe, nos comportamos de modo a não nos sentirmos determinados a isso por nenhuma força exterior”. Mas acrescenta que “porque não é preciso, para que eu seja livre, que me possa inclinar pró e contra cada um dos dois lados, mas ao contrário, quanto mais propendo para um, ou porque conheço com evidência que nele se encontra o verdadeiro e o bem, ou porque Deus dispõe assim o íntimo do meu pensamento, tanto mais livremente elejo” (cf. p. 173).

Na verdade, quer se colime na vontade, quer se imbrique no espírito, a liberdade positiva concretiza-se, não pelo afastamento dos demais relativamente à nossa esfera de domínio, mas pela possibilidade de autodeterminação, isto é, de, optando entre diversas alternativas de ação, elevarmo-nos ao estatuto de definidores do rumo que seguimos. Dito de um modo mais direto, damos a nós mesmos as nossas regras, que, em última instância, mobilizamos diante do dilema ou mais amplamente da necessidade de escolha. Esta liberdade positiva ainda não será suficiente para afirmar a eticidade que funda a normatividade. Ela permitiria, aliás, a prática da eutanásia.

A eutanásia livre representaria isso mesmo, uma forma de exercício da autonomia, ainda que de um modo radical e inultrapassável. A questão que se coloca é se ela poderá ser encarada como uma forma de exercício da liberdade, entendida em termos de autonomia, ou se representará antes, pela negação de valores essenciais, a destruição da própria liberdade. Os arautos da liberalização da eutanásia respondem afirmativamente à questão: para eles, a morte é digna porque expressão da vontade do sujeito. Não cremos, contudo, que tal corresponda à verdade.

Analizando o pensamento do filósofo a propósito do conceito de liberdade, cf. Isabel BANOND, “Notas acerca da liberdade e o livre-arbítrio no pensamento setecentista oitocentista”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol., XLIX, n.º 1 e 2, 2008, 13:

“(…) apreciando e defendendo no início a liberdade indiferente, [acaba] por entender que nem mesmo será necessário o recurso à mesma, na medida em que no pressuposto de se saber *a priori* o que é bom ou mau, a escolha nem tão pouco se justifica. O grau de Liberdade ultrapassaria os limites da indiferença, que nem sequer teria sentido em existir. Tomar consciência é impor um sentido; por isso a consciência humana é a terra natal da Liberdade, aí acantonada e por essa via incompleta. Deus e apenas Ele pode ser completamente livre”.

Da autora, apreciando no mesmo ensejo o pensamento de Pufendorf, cf. 28 e s.

¹¹ Advirta-se, ainda, que com a asserção inscrita em texto não pretendemos anunciar qualquer abertura ao acolhimento globalizante das doutrinas neohegelianas, de que o ordinalismo concreto é expressão, para o qual o direito é perspectivado como uma ordem concreta, expressão sintética e ontológica da normatividade e da realidade. Afirma, simultaneamente, quer a dimensão histórica do direito, quer a sua dimensão axiológica. Consegue-o pela superação hegeliana da dualidade entre ser e dever ser, a permitir a definitiva problematização do jurídico como a ideia ética imanente a uma comunidade concreta. No fundo, a própria realidade levava ínsita uma determinada norma que vincularia o comportamento dos indivíduos.

Percebe-se, na enunciação exageradamente simplista que aqui trouxemos, que os termos dialéticos em que se louva a perspectiva outra coisa não podem ditar senão a sua imprestabilidade. Na verdade, a mesma realidade seria objeto e norma de valoração, transformando-se o direito numa metafísica. Para maiores desenvolvimentos, cf. Castanheira Neves, *Questão de Facto e Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. A Crise, Almedina, Coimbra, 1967, 670 s.

O Direito 148.º (2016), II, 233-282

De facto, não há-de ser qualquer critério optativo que pode ascender ao estatuto de móbil orientador de condutas a ser chancelado pelo direito. Ao admitir-se tal impostação do mundo, facilmente resvalaríamos na afirmação do direito como uma pura forma, desnudada que qualquer intenção material subjacente, e bem assim na afirmação do seu modo-de-ser totalmente dependente da prescrição legislativa.

Ou seja, a afirmação de uma liberdade positiva desarraigada de um sentido ético subjacente que a vivifique só poderia ser logicamente aceite se, *a priori*, aderíssemos a duas teses redutivistas.

A primeira a sustentar um arquétipo jurídico meramente formal, dado que a tutela da liberdade como mera possibilidade de escolha pessoal – independentemente da materialidade que subjaza ao critério mobilizado pelo agente – só é configurável se e na medida em que o direito se contentasse com a mera ordenação de condutas que aparentemente cairiam sob a chancela da liberdade.

Donde, uma segunda tese redutivista teria de necessariamente ser abençoada: aquela que reduzisse a juridicidade a um acervo de normas postas pelo órgão legitimado politicamente para o fazer. Pois que, só assim seria pensável *a posteriori* a eliminação da problematicidade do agir, como se tudo redundasse no binómio: a lei proíbe e há uma restrição à liberdade; a lei não o proíbe pelo que o comportamento é permitido, sendo tutelado pela nota do valor – embora desvalioso – que se assumia como cimeiro.

É que, ao pressupormos que a juridicidade é mais ampla que a legalidade, somos instados a estender o nosso raciocínio de forma congruente e levados a pensar que, diante de uma dada situação que, colocando um problema de partilha do mundo, convoque a cobertura do direito, ela só pode ser solucionada com apelo a um mínimo de eticidade que, em primeira instância, nos vai permitir relevar o seu cunho jurídico¹².

E mesmo que – o que só por facilidade argumentativa aceitamos – admitamos o raciocínio do tipo *o que não é proibido por lei é permitido*¹³, como justificar

¹² Cf. Mariá BROCHADO, *Direito e ética: a eticidade do fenómeno jurídico*, São Paulo: Landy, 2006. Cf., também, Germano Marques da SILVA, «Justiça, liberdade, direito e ética – diferença na unidade», *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XI, tomo I, 1997, 5 a 13.

¹³ A verdade é que as novas teorias contratualistas acabam por só ser pensáveis, na sua congruência interna, em moldes que desembocam num princípio de legalidade estrita. Nesse sentido, cf. A. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º6, 1996, 25.

O individualismo levado ao extremo leva os autores neoliberais a aliar-se ao neocontratualismo.

“O contrato social é uma constituição económica e forma assim um Estado-de-direito que é simultaneamente uma economia de mercado – o Estado de um *homo oeconomicus* apenas. Estado

a opção do legislador de salvaguardar uma dada posição em detrimento de uma antagônica, sem a pressuposição de um valor ético que, transcendendo a situação concreta, a permita ajuizar¹⁴?

E se tudo isto depõe no sentido da imprestabilidade da compreensão do direito como pura forma, na total dependência da *voluntas* do legislador, sempre tendencialmente arbitrária, implica também a impossibilidade de a liberdade – no direito – ser ancorada na pura vontade subjetiva do agente decisor¹⁵, sob pena de se cancelar como valiosa uma conduta materialmente desvaliosa só

simplesmente protetor que não atua, mas só executa”, pelo que “a responsabilidade só pode resultar da violação das regras do jogo que as leis definem numa imputação que, decerto, a invocação da liberdade de ação justifique” (cf. A. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 26).
¹⁴ A dúvida não é exclusivamente nossa, tendo sido colocada anteriormente por diversos autores. Nesse sentido, cf. A. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 27:

“a responsabilidade jurídica é unicamente perspetivável pela liberdade que atue interesses e titule direitos individuais? Questão esta – a básica – que nos põe perante a aporia última de todos os contratualismos e liberalismos radicais, tanto os modernos como os contemporâneos: pois se tudo parte e se funda nos interesses do indivíduo natural – pré-social, préordenado e dessolidário – em recusa de todos os deuses (sejam eles eleutéricas transcendências ou valores transindividuais), e em termos de nessa linha se dizer inclusivamente que acreditar em direitos fundamentais é o mesmo que acreditar nas bruxas (não sendo eles senão interesses e determinados por interesses), como constituir e fundamentar então o vínculo social, supraindividual e normativo? (...) Com a consequência de ser a própria responsabilidade que fica assim sem fundamento”.

Veja-se, numa linha procedimentalista diversa, Chaim PERELMAN, *Ética e Direito*, tradução de João Duarte, Instituto Piaget, 1990, 65, que, ao afirmar que, “quanto ao valor que funda o sistema normativo, não se pode submetê-lo a nenhum critério racional”, sendo, portanto, “perfeitamente arbitrário e logicamente indeterminado”, está, no fundo e aos nossos olhos, a abdicar de toda a juridicidade que matiza a normatividade e faz dela um desiderato do homem a cumprir a sua própria personalidade.

¹⁵ Ligando o modo como concebemos a liberdade a uma dada conceção de juridicidade, cf. A. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 17. O autor parte da constatação do que é a liberdade do prisma do homem da modernidade para, e uma vez que ela o condena ao vazio solitário, questionar

“não se poderá ver as coisas de outro modo e reconhecer simplesmente na situação caracterizada uma restaurada, mas agora radical, separação e autonomia entre direito e a ética? (...) Não se viverá assim melhor, sem metafísicas exigências, cada um e todos mais tranquilos na administração apenas dos seus interesses (...)? (...) E porque não – terceira perspetiva possível – a superação inclusive do próprio direito (...) numa terminal evolução da *social engineering* (...)?”.

No fundo, o autor, ao tentar olhar para perspetivas hermenêuticas de abertura dialógica à pergunta maior – como entender hoje a juridicidade colimada na personalidade –, mostra que uma dada conceção negativa da liberdade só é pensável no quadro de um sistema jurídico que prescindia de uma ancoragem ética e axiológica, secundando, por isso, a nossa exposição em texto.

porque vestida com a capa formal da liberdade e, com isso, se contrariar a intencionalidade do próprio jurídico.

No fundo, o que pretendemos significar é que a defesa da eutanásia alicerçada na ideia de autonomia do sujeito que pede para morrer não corresponde a uma forma legítima de exercício da liberdade e que só pode ser assumida no quadro de um ordenamento jurídico que rejeite, para a fundamentação da juridicidade, qualquer pressuposto axiológico. Simplesmente, como sublinhámos, nesse contexto é a própria ideia de direito que se perde, ao perder-se a dimensão ética que o informa.

Concita-se, então, uma dúvida: como pensar a liberdade, essa liberdade positiva – compreendida como autodeterminação – preenchendo o seu conteúdo com a nota do valor?

O mesmo é – num outro plano – questionar qual o fundamento material da juridicidade se não se quiser ficar preso ao formalismo de que somos herdeiros diretos, e sem que com isso se resvale na impositação jusnaturalista do direito, pouco consentânea, no seu dedutivismo, com a especificidade das exigências que são colocadas ao direito, e arredada da historicidade e complexidade informadoras do mundo tal como o concebemos¹⁶.

Encontrada a resposta para esta *vexata quaestio*, dir-se-á que fica respondida a primeira das cogitações, dado que o direito só pode cobrir com o seu manto aquilo que for reconhecido, ao extrapolar-se do sistema positivo, como juridicamente valioso¹⁷⁻¹⁸.

Se ali nos cingimos ao formalismo tipicamente referenciado quando, ao nível do direito, o jurista se quer apartar de impositações positivistas, Castanheira Neves acaba por, de uma forma alargada, questionar a (im)pertinência não só das aporias modernas, como também pós-modernas. Dito de uma forma mais direta, há uma íntima conexão entre o modo como a juridicidade vem pensada e o olhar derramado sobre a liberdade. Donde, não bastará, no nosso percurso reflexivo, afastar o niilismo e ceticismo contaminadores da conceção do mundo e carrascos condenadores do homem ao empobrecimento da conceção ontológica que de si mesmo colhe. Haverá que perceber quais as exigências hodiernamente dirigidas ao pensamento jurídico. De umas passaremos às outras e vice-versa, num refluxo argumentativo que reforça a nota de interpenetração com base na qual construimos o nosso pensamento.

¹⁶ Cf., para além de outras referências ao pensamento do autor, A. Castanheira NEVES, “O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, *Digesta, Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outro*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 287 a 310; ID., *O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito*, Coimbra-Lisboa, 1994.

¹⁷ Ligando a ideia de direito, à qual é inerente um sentido ou um conteúdo axiológico, à ideia de liberdade, cf. António Braz TEIXEIRA, *Sentido e valor*, 150. Afirma o autor que,

“porque o direito se reporta à ordenação da conduta humana na convivência e na coexistência social, pressupõe, naturalmente, a liberdade, porquanto só enquanto o homem é livre no seu agir,

Deixamos, portanto, de postular uma pura forma para eivarmos a normatividade com a nota da eticidade sem a qual o direito não pode ser reconhecido como ordem justa, de direito e do direito.

A ação livre não pode, pois, continuar a ser vista na solidão atomizante do homem-vazio que atende à sua vontade no sentido instintivo do seu ser. O posso, quero e mando em que ela se vem a traduzir desvirtua a dimensão em que se polariza e converte um valor num não-valor. A escolha livre deve, então, ser vista como a decisão que, na autodeterminação pessoal, não olvida a essência predicativa do ser pessoa¹⁹.

Ou dito de outro modo, a liberdade só o é verdadeiramente, enquanto dimensão ontológica da pessoa, se ela não se descaracterizar, isto é, se for e enquanto for a manifestação da pessoalidade de quem a reivindica²⁰.

quando pode escolher o seu comportamento e optar entre diversas condutas possíveis, tem sentido que se lhe ordene que aja de certo modo e se responsabilize e puna pelo desrespeito pela ordem recebida e imposta”.

A fundamentação do autor – acabando por ser coincidente – desvia-se daquilo que nós deixámos inscrito em texto. Embora preste a devida atenção à ideia de pessoa e matize a liberdade com os contornos éticos que lhe hão-de ser reconhecidos, a verdade é que o excerto transcrito parece denotar uma fundamentação direta da juridicidade na liberdade, em nome da função reservada ao direito enquanto realidade cultural, enquanto nós – tendo o referido alicerce na liberdade – assumimos, na esteira do ensinamento de insígnies filósofos e metodólogos do direito, a necessária dimensão ética da fundamentação normativa na pessoalidade, donde decorrem, então, as notas da liberdade e da responsabilidade sem as quais ela não é pensável.

Salientando, porém, o papel da pessoa no contexto ético-cultural e jurídico, pela impossibilidade de realização plena do ser humano no isolamento do seu ser, cf. António Braz TEIXEIRA, *Sentido e valor*, cit., 138-139.

¹⁸ Cf. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto e questão-de-direito*. No seu denso diálogo filosófico, fornece pistas incontornáveis de inteligibilidade do direito enquanto tal.

¹⁹ Cf. Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito do Direito e do Estado*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 38-39:

“A liberdade só existe na pessoa e esta só pode ser pessoa se for livre. As duas ideias pressupõem-se uma à outra. São elementos de significação contidos no mesmo noema (...)”.

²⁰ No fundo, o que se pretende salientar é que a liberdade não se reduz a um decidir no vago entre duas possibilidades de ação, porque isso não distinguiria, verdadeiramente, o homem de qualquer outro animal. A decisão livre implica – não sendo possível nunca a redução da complexidade da eleição pelo absoluto conhecimento das consequências da ação – um salto qualitativo que, na sua radicalidade, e com toda a angústia mínima ou máxima que carrega, não pode ser dado no vazio, antes implicando uma referência de sentido: a pressuposição de algo, numa perspetiva empírica do tipo analógico, que, transcendendo a própria vontade arbitrária (ou a dimensão instintiva do desejo), o sustente. É por isso que uma decisão – qualquer que ela seja – pode ser explicada e fundamentada, havendo infindáveis – e quantas vezes insindicáveis – motivos para cumprir tal desiderato. Só que, do ponto de vista ético e jurídico – já que este faz apelo ao primeiro –,

Pelo que é, afinal, na caracterização do modo como o homem se concebe a si, no momento histórico-cultural que nos situa e condiciona, que vamos encontrar a matriz enformadora daquela, a partir da qual devemos pautar a nossa análise judicativa.

3. A Pessoa como ser de liberdade. A Pessoa no centro da fundamentação da juridicidade

Importa, então, perceber quem é, afinal, a pessoa²¹⁻²².

torna-se impropriedade o acolhimento da panóplia global de motivações individuais, na medida em que tal implicaria desconsiderar o cerne da personalidade em que ambas as ordens normativas se colimam. Donde resultam duas consequências. Do ponto de vista da liberdade, se esta é um atributo essencial da pessoa, o seu uso em contradição com a eticidade que a enforma e informa implica uma degradação da própria liberdade.

Por outro turno, do prisma da fundamentação do jurídico e da judicativa realização em que ele se cumpre, o desvalioso – porque contrário à dignidade da pessoa humana – não pode ser chancelado, num autismo obnubilador da axiologia fundamentante, como valioso por mero apelo a uma carapaça formal.

Cf. Castanheira NEVES, *Questão de facto*, cit., 472 a 474. Afirma o autor que,

“no comportamento ético, o ego é pessoa, realidade axiológica, que se constitui pela referência e na vivência de uma ordem de valores, que não são objeto a apreender teoricamente, pois são a constitutiva dimensão axiológica da pessoa a revelar-se no seu próprio comportamento”.

E mais à frente sustenta, impressivamente, que

“o sujeito pode ter de abster-se de concluir cognitivamente, mas já não pode haver abstenção ética. A abstenção, a suspensão da ação e do juízo, é sempre no domínio ético ou farisaísmo [sendo o fariseu aquele que “se fecha à compreensão, que corta a comunicação da coresponsabilidade, isolando-se do outro, através de um véu de suposta pureza] ou imoral abdicação [própria do desinteresse ou da indiferença ética, que rompe a comunicação e se recusa à humana solidariedade]”.

Castanheira Neves sublinha, portanto, a natureza do ser humano como um “ser com os outros numa coresponsabilidade moral”.

²¹ A propósito da compreensão do homem no âmbito do pensamento jurídico, cf. A. KAUFMANN, *Filosofia*, 274 s. Sustenta o autor que só com a fenomenologia de Husserl se torna possível uma verdadeira antropologia jurídica, pois até aí – mesmo referindo-se ao homem emancipado do cosmo ou da transcendência – os filósofos perspetivavam-no como sujeito do conhecimento. (cf. HUSSERL, *Recht und Zeit*, 1955, 14 s.).

Fala, então, o autor de duas correntes de pensamento acerca do modo como se encara a antropologia. Uma que dá “à antropologia jurídica uma acentuação marcadamente jusfilosófica” e que tenta “legitimar o direito a partir da determinação do que o homem é”; outra que “vê na antropologia jurídica uma disciplina puramente empírica”.

Sobre a questão da antropologia, *vide*, igualmente, Martin BUBER, *Qué es el Hombre?*, México, 1949, tradução de Eugénio Imaz; Ortega y Gasset, *El Hombre y la Gente*, Madrid, 1957; Wolfgang

De facto, se o homem enquanto tal existe desde sempre, o olhar que, reflexivamente, sobre si derramou nem sempre foi coincidente. Da imersão no cosmos ao tempo hodierno, passando pela individualização iluminista, muitas

FIKENTSCHER, *Modes of Thought: A study in the Anthropology of Law and Religion*, 1995; MAIHOFER, “Anthropologie der Koexistenz”, *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, 1972, 163 s.

Sobre o papel da fenomenologia no quadro do pensamento jurídico, cf. Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 635 s. Salienta o filósofo do direito português, contudo, que não é possível a defesa de um pensamento jurídico exclusivamente assente na fenomenologia, porque, com a sua dupla redução – fenomenológica e eidética –, acaba por se preocupar com o ideal, cortando com a intenção concreta da juridicidade (cf. p. 640).

O contributo decisivo da fenomenologia na matéria reside, então, na importância da intencionalidade e da intersubjetividade, denotada pela abertura ao mundo e ao outro como meio de captação da essência do ser.

Não será, porém, possível, como veremos, atermo-nos a um puro saber fenomenológico – procurando através dele a essência do ser humano –, abdicando de ulteriormente darmos o salto em frente no sentido da busca da fundamentação axiológica.

Sobre a importância da fenomenologia no quadro jurídico, mostrando que a mesma não está condenada a um subjetivismo arbitrário, antes permitindo a abertura quer à objetividade, quer a um sentido ético, cf. J. Oliveira ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*, 10.^a edição, Coimbra: Almedina, 1997, 181 s. Denuncia à corrente jus-filosófica o enviesamento da perspectiva a que conduz, condenando o jurista, as mais das vezes, a um enfoque nos direitos do homem, com obnubilação dos deveres, e bem assim a um individualismo espúrio. Tal seria o resultado de um reducionismo eidético e da polarização da pessoa, categoria central da análise, como um dado da consciência.

Ora, pensamos que o salto operado do plano ontológico para o plano axiológico – e o mesmo é dizer, a abertura do subjetivismo a uma objetividade de sentido ético que Oliveira Ascensão não deixa de reconhecer – nos resguarda, não obstante a importância que possamos reconhecer ao pensamento fenomenológico, da crítica subjacente ao pensamento de Oliveira Ascensão. No fundo, se a fenomenologia não nos basta, podemos lançar mão do conceito de pessoa para ainda assim fundamentar a juridicidade.

²² Sobre o ponto, cf. o estudo de D. Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, *Estudos de Direito da Bioética*, vol. 2, Coimbra: Almedina, 2008, 125 s., em especial p. 126, onde, considerando que o grande desafio do jurista é “estabelecer o ditame deontico que ordene a potestas do Homem sobre o próprio Homem”, frisa a necessidade de se perguntar previamente o que é o homem, o que é a pessoa humana, o que é a personalidade e reconduz a trilogia interrogativa a uma única questão “o que é ser Pessoa para o Direito?” (cf. p. 127), reconhecendo que só a realidade ontológica da pessoa “pode ser fundamento da concretização normativa desejada” (cf. p. 128) e que o intérprete aplicador deve garantir

“o respeito pela primazia da realidade ôntica da pessoa humana sobre qualquer construção técnico-formal ou recondução dogmática”.

O esforço compreensivo do autor é merecedor de aplauso, embora se possam intuir, pelo apego denotado a categorias hermenêuticas, pontos de clivagem em relação à proposta metodológica a que nos temos tentado manter fiéis.

O Direito 148.º (2016), II, 233-282

foram as formas como se compreendeu até à afirmação contundente da pessoalidade como categoria ética capaz de captar a essência informadora do ser humano²³.

Veja-se, ainda, em resposta à questão “O que é o homem?”, *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra: Almedina, 2008, 38 s. Em primeiro lugar, apresenta o homem como *distinctum subsistens* (ser vivo, animal, distinto dos outros seres, desde logo ao nível da intensidade –

“a realidade do ser, no homem, é tão plena e suficiente que o Homem é (...) em si, pelo que não necessita de qualquer consciência psicológica ou emotiva”,

ou seja, deixando de olhar para a consciência como marca definitiva essencial, o autor afirma, a páginas 42, que a marca da diferença específica está no próprio ato de ser, pelo que qualquer homem é necessariamente pessoa, independentemente do estado, circunstância ou aparência, recusando-se os gradualismos personalistas – único, irrepetível, com uma estrutura ôntica incomunicável). Em segundo lugar, refere-se a ele como *distinctum subsistens respectium*, no âmbito do que considera a solidão ontológica e a intersubjetividade. Aquela solidão ontológica, não se identificando com a ausência de relações afetivas ou outras, implica

“afirmar que nenhuma relação da alteridade humana constitui o esse da pessoa”, porque “as relações com os outros seriam exteriores à perfeição do Homem” (cf. p. 45). “A ser verdade esta solidão, o drama humano agudizar-se-ia profundamente; a hora suprema da morte revelaria, afinal, a esterilidade e a mentira das relações humanas”.

Ora, “a relação, no Homem, é constitutiva da sua realidade ontológica”, ou seja, a realização do homem só se dá em relação (não só na esfera biológica e económica o homem surge totalmente dependente dos outros, como não podemos esquecer, segundo o autor, o realismo relacional bíblico). Por último, apresenta uma terceira categoria da realidade humana: a categoria da realização (cf. p. 51). Marcado pelo desafio de sentido, é nesta dimensão que se integra a liberdade, que assim surge como uma possibilidade de não ser. Além disso, é uma constante no homem a necessidade de escolha. O homem olha para os fins porque a sua vida é uma tarefa. Assim, “a liberdade humana não é concebível sem o desafio dos fins”, mas (p. 56)

“nem todas as formas de realização pessoal são verdadeiramente humanas. A liberdade do homem pode eleger (...) fins que o destroem, fins que são expressão (...) de não ser”, não sendo possível “afirmar uma relatividade subjetiva da categoria da realização (...) Não é o homem que define o que o realiza, num exercício arbitrário e neutro de sentido da vida... O homem não é medida dos seus fins” e, nessa medida, a liberdade humana implica um percurso de realização que é singular, mas que só o realizará se se encontrar marcado por aquela dimensão.

Em sentido concordante, Oliveira Ascensão, *Prefácio* da obra anteriormente citada, considerando que hoje a autonomia surge desligada da sua finalidade essencial, que é a realização da pessoa, transformando-se a dignidade num conceito vazio.

²³ Cf. V. Duarte de ALMEIDA, “Sobre o valor da dignidade da pessoa humana”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2005, 623-648, aqui 626, mostrando a ambiguidade da noção de pessoa humana e bem assim a dimensão ética que a informa e lhe comunica um sentido de problematicidade, sobretudo em situações de fronteira.

Cf., ainda, D. Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia”, 130-131, considerando que

E se o mundo de oitocentos foi dominado pela ideia de individualidade, o ficcionismo que imbuía a forma de autocompreensão do *eu* – isolado e solitário

“dizer que o Homem é pessoa é dizer nada acerca do Homem”, porque “o pensamento jurídico, político e mesmo filosófico dos últimos tempos acabou por esvaziar o conteúdo semântico da noção de pessoa”.

Como bem compreenderemos, o sentido da personalidade intencionado em texto aponta para um referente de sentido ético-axiológico que está longe do vazio.

Refira-se, *in fine*, que o estudo de Diogo Costa Gonçalves passa, exatamente, pela tentativa de densificação do conceito de pessoa, lançando pontes com o pensamento histórico e filosófico.

Acompanhemos o excuro propiciado pelos seus escritos. Assim, a pessoa aparece na Grécia antiga ligada ao teatro, e à máscara da tragédia, conduzindo

“à identificação do conceito (...) com a própria personagem representada” (cf. p. 132). “Da personagem do teatro, pessoa passará a designar cada indivíduo humano que, no palco da vida e da polis grega, representa o seu papel” (cf. p. 132),

tornando-se uma categoria mobilizável para designar o indivíduo em contraste com a humanidade e desconhecendo qualquer sentido metafísico (p. 134), que só aportaria com o cristianismo e a teologia cristã (cf. p. 135). [cf., ainda, do autor e no mesmo sentido, *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, Coimbra: Almedina, 2008, 23: o homem, na antropologia antiga, não passa de uma *res* bem ordenada. A filosofia antiga não sistematizou um conceito ôntico de pessoa, sendo a individualidade humana vista sob os augúrios da máscara trágica].

“Ao ser introduzido na teologia cristã, o conceito *persona* alterou-se substancialmente, e (...) passou a ser uma verdadeira categoria ontológica. A noção de pessoa é, em justiça, uma criação da teologia cristã” (cf. 135), surgindo ligada a três questões: o problema da Santíssima Trindade, o problema da Encarnação do Verbo e o problema da semelhança ontológica entre o Homem e Deus (cf. *Pessoa e direitos de personalidade*, cit. p. 24) “Com Santo Agostinho acentuam-se a individualidade e singularidade como notas do conceito de pessoa e aparecem já sistematizadas, como integrantes do conceito, as potências da inteligência, da memória e da vontade” (p. 138)

e para São Tomás de Aquino, “pessoa é *subsisten in rationalis natura*”.

Mais especificamente, salienta Diogo Costa Gonçalves que

“o Homem, na visão cristão do mundo, era o único ser querido por Deus em si mesmo”, “é imagem de Deus porque é pessoa, como Deus é pessoa” (cf. p. 139) [*vide*, também, *Pessoa e direitos de personalidade*, cit., p. 28/29].

Com o pensamento moderno e aquilo que o autor cunha por *Antropologia da Subjetividade*, a pessoa perde o seu conteúdo ontológico e passa a designar uma realidade psíquica, emotiva, subjetiva (cf. p. 141). Curiosamente, se o *eu cartesiano* é o eu estritamente psíquico, se em Locke “a pessoa não era mais do que consciência”, se com Hume se afirma ser “impossível falar filosoficamente de pessoa”, para Kant, “a tónica da realidade pessoal é posta, essencialmente, na consciência moral” e o “eu pessoa aparece como o eu do dever ser”, e para Hegel, “não é mais do que a humanidade (...) manifestação da razão, da ideia e do espírito” (cf. p. 142 e 143).

A miríade de conceções a que, pela pena do autor que aqui acompanhamos, trazemos a lume (às quais aquele acrescenta uma breve referência ao pensamento de Kierkegaard, para quem o homem é em relação com Deus, e Nietzsche) é por si sistematizada com apelo a dois segmentos primordiais: a) intrasubjetividade (a pessoa surge a designar uma realidade psíquica ou emotiva, trans-

no confronto com os demais – acabou por ser ferido de morte pelos contributos de filósofos como Heidegger²⁴, Lévinas²⁵, Max Scheler²⁶ e pelo próprio pensamento cristão.

O homem já não é identificado com o dessolidário eu, mas passa a ser compreendido na pressuposição de um tu. Como nos diz Cabral de Moncada,

“a ideia de personalidade reclama a de outras personalidades (...). O *Eu* pressupõe e reclama o *Outro*; o *ego*, o *alter*. Ninguém pode sentir-se plenamente eu, pessoa, senão em frente de outros *eus*, outras pessoas ou personalidades”²⁷⁻²⁸.

mutando-se na subjetividade absoluta); b) intersubjetividade (o homem seria uma “relação social, filosoficamente relevante”, sendo esta a “premissa dos sistemas coletivistas”) – cf. p. 145.

Sucedem à absoluta subjetividade moderna a *antropologia contemporânea*, a que o autor dá voz a págs. 146 e ss., e da qual derivam, segundo o seu estudo, dois sistemas: o *existencialismo* e o *personalismo*. Para as construções existencialistas, a pessoa é

“um projeto de si”, “o desafio permanente a ser mais ou a ser algo”, dividindo-se numa *matriz ateia*, quando “a realização [se] limita (...) à realidade fáctica e histórica da civilização e da sociedade”, e numa *matriz cristã*, quando o homem se realiza “na abertura à transcendência, na realização do seu ser face ao Eterno (...)”. (cf. p. 147).

Para o personalismo, a dimensão essencial da personalidade encontra-se na abertura ao outro, isto é, parte não da

“subjetividade mas sim da intersubjetividade”, “não no sentido da dissolução do homem no coletivo (...) mas antes da abertura do homem – incomunicável e subsistente – ao outro, abertura esta constitutiva da sua realidade” (cf. p. 147).

Embora critique a autonomização da segunda via, o autor não deixa de referir que contemporaneamente são três os traços marcantes da pessoa humana: “alteridade, abertura relacional e liberdade como axioma fundamental” (cf. p. 146) [cf. ainda *Pessoa e direitos de personalidade*, cit., p. 36]

²⁴ Cf., para maiores desenvolvimentos, Frederick A. OLAFSON, *Heidegger and the grounds of Ethics. A study of Mitsein*, Cambridge University Press, 1998.

Cf., igualmente, para uma perspectiva generalista, Nicola ABBAGNANO, *História da Filosofia*, vol. XIV, Lisboa: Editorial Presença, 1978, 192 s.

²⁵ Cf. Jonathan CROWE, “Levisian Ethics and Legal Obligation”, *Ratio Iuris*, vol. 19, issue 4, 2006, 421–433. Analisando as implicações da ética de Lévinas na conformação legal da noção de obrigação, e centrando-se sobretudo na noção de terceiro de que o filósofo fala, Crowe sustenta a sua incompatibilidade com teorias como as de Hart, na proposta de distinção entre obrigações morais e obrigações legais.

²⁶ Como veremos, entendemos não ser possível fundar a juridicidade – e concretamente o sentido positivo da liberdade tal como ela vem pensado – na pura descoberta fenomenológica do ser humano.

Abona a favor dela, no entanto, o apego ao dado concreto, fugindo do racionalizante modelo de pensamento típico da modernidade.

²⁷ Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito*, vol. I, 39. Mais acutilantemente, o autor chega a dizer que “trata-se (...) dum singular que não pode jamais pensar-se sem o seu plural”.

Porque o homem encerrado na sua identidade não é capaz de desenvolver a sua personalidade, ele só é pensável no encontro com o seu semelhante – através do qual se reconhece. Ao *Dasein* (ser aí) heideggeriano alia-se sempre o *Mitsein* (o ser com os outros).

Simplesmente, o outro a quem me dirijo não pode ser visto numa perspectiva instrumental. Como diria Castanheira Neves, o outro de que aqui se cura não é mera

“condição de existência (pense-se na *Lebenswelt* e na linguagem)”, “condição empírica (pense-se na situação de carência e a necessidade da sua superação pela complementaridade e a participação dos outros)” ou “condição ontológica (pense-se no nível cultural e da existência, no nível de possibilidade do ser, que a herança e a integração histórico-comunitárias oferecem)”²⁹.

Pois se todas estas dimensões são relevantes na vivência da individualidade, elas por si só não arredam da conformação da ipseidade a recusa ética, pelo que só o respeito e o reconhecimento do outro como um fim em si mesmo podem permitir a plena assunção da dignidade de cada um. Com o que se encontra a dignidade do ser humano, não por derivação de uma qualquer caracterís-

Saliente-se, porém, que em Lévinas o conhecimento do ser não se baseia numa estrutura dialógica, já que se toma conhecimento do outro porque ele nos atinge, ficando o eu passivo na afirmação do “eis-me aqui” de Abraão. Cf., para mais desenvolvimentos sobre o ponto, Castanheira NEVES, *Questão de facto*, 725.

²⁸ Cf. D. Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia”, 155 s., evidenciando o dado e mostrando a importância que a teologia cristã teve na compreensão do homem como um ser em relação:

“para a antropologia cristã o homem é em relação e só é em relação. Não existe verdadeira realidade pessoal sem relação, sendo que a primeira e mais fundamental dimensão relacional é com Deus, o *Tu* eterno face ao qual o *eu* de cada Homem se explica e se compreende” (cf. p. 156).

Veja-se, ainda, no estudo citado, p. 159:

“o Homem não é só abertura relacional, perspectiva que nos levaria a negar qualquer verdadeira realidade ôntica subsistente. Nem é só, também, uma exclusiva clausura ontológica, em razão da qual a intersubjetividade aparecesse como verdadeiramente acidental e dispensável. É, antes, tudo isto, num único e mesmo ato de ser... a esta realidade chamamos pessoa”.

Saliente-se, igualmente, que o autor autonomiza uma terceira dimensão predicativa da pessoalidade: *a realização*

(“o Homem (...) vive marcado pelo desafio do sentido. A vida não lhe aparece, nunca, como uma realidade estática, acabada, mas antes como um projeto, um desafio a ser mais, a se tornar aquilo que é”. É esta dimensão que o leva a eleger fins e a operar escolhas (“a missão do homem (...) só se realiza a partir da escolha livre de fins” (cf. p. 161).

²⁹ Cf. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, 34.

tica ontológica, mas porque as exigências de sentido que lhe são comunicadas inculcam a necessidade do salto para o patamar da axiologia³⁰⁻³¹⁻³²⁻³³.

³⁰ Cf. Castanheira NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, cit., p. 34.

³¹ No quadro do diálogo de superação do jusnaturalismo e do positivismo, cf. Pinto BRONZE, *A metonimologia entre a semelhança e a diferença – reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 3, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, 325-326, numa referência à improcedência de quaisquer *ontologificantes empirismos*, que considerariam “a coisa direito *na sich*” e não “*für uns*”, como na ótica hermenêutica.

Saliente-se que o afastamento da ontologia aí referida não equivale ao sentido assumido por nós, traduzindo-se antes no afastamento metodologicamente comprometido daquelas impositões da juridicidade que o autor questiona. Mais se diga, agora numa perspectiva que transcende o âmbito das lucubrações aqui inscritas, que a pretensa aproximação a uma racionalidade hermenêutica foi, em trabalhos posteriores, posta em causa, numa revisão do seu posicionamento na matéria, pelo próprio autor.

³² Cf. D. Costa GONÇALVES, “Pessoa e ontologia”, 154. A consideração exclusivamente ontológica da Pessoa como pressuposto da juridicidade conduz a uma diversa intencionalidade do sentido da responsabilidade que se escora na liberdade. Assim,

“a liberdade humana radica na realidade da autopossessão. Na verdade, ser livre, para o Homem, não é para tanto poder fazer o que quiser quanto pode ser o que é... a verdadeira dimensão da liberdade radica, uma vez mais, no próprio ato de ser; o homem, porque se autopossui, é livremente aquilo que é! Mas esta consideração conduz-nos, também, ao limiar da tragédia da liberdade: o Homem, porque é livre, pode escolher, tão simplesmente, não ser... Na autopertença radica também a sua autonomia e o senhorio sobre os seus próprios atos. Neste senhorio se funda a responsabilidade e, por isso, só o Homem é capaz de culpa e de mérito”.

Reconhecendo ainda uma dimensão ontológica relacional e uma dimensão ontológica finalista, inerente à constante e instantânea procura de realização que o faz eleger fins e atuar de acordo com eles, Diogo Costa Gonçalves salienta que

“a liberdade humana não é concebível sem o desafio dos fins... de que aproveita ao Homem ser livre, se a sua liberdade não o permitir eleger a verdade de si mesmo; de que lhe serve ser livre, se cada sentido eleito pela sua escolha for tão relativo quanto o sentido contrário?” e acrescenta que “afastar do discurso antropológico o problema dos fins do Homem é rebaixar a sua própria liberdade, é roubar-lhe dignidade (...)” [cf. p. 163].

Observa, portanto, a este ensejo que

“por mais reservas que se possam colocar na identificação dos fins do Homem, é por mais evidente que nem todas as formas de realização pessoal são verdadeiramente humanas... A liberdade do Homem pode eleger, e eleger muitas vezes, fins que o destroem, fins que não são expressão de ser mas antes, simplesmente, de não ser. (...) Não é o homem que define o que o realiza, num exercício arbitrário e neutro do sentido da vida... o Homem não é a medida dos seus fins. Há, na verdade, uma dimensão objetiva da realização humana que se torna conhecida quando olhamos a realidade ontológica da pessoa; e essa dimensão – objetivada na ordem do ser – é a que atrás identificámos como categoria da realização: O homem, um ser para o outro” [cf. p. 165].

O salto para o plano axiológico torna-se, pois, evidente, mas ele acaba por não contaminar a sua compreensão da liberdade.

O homem como pessoa transforma-se, portanto, no centro gravitacional do jurídico.

Na verdade, considera Diogo Costa Gonçalves que

“porque é livre, o homem pode escolher fins (...) que não realizam aquilo que ele é... Só o homem pode não ser aquilo que é. Mas esta dimensão negativa da liberdade tem, no seu reverso, que também o homem só se realiza voluntariamente. Nada nem ninguém pode substituir a ação humana na busca da sua realização. (...) A realização humana é (...) tão única, singular e irrepetível quanto cada pessoa. No entanto, esse percurso singular e único não realizará o Homem que o percorre se não se encontrar marcado por aquela dimensão própria do ser para. Sem ser para, o Homem nunca chegará a ser mais” [cf. p. 165]. Para tanto, o homem revê-se em ideais, que busca alcançar e que, se no quadro de um pensamento cristão, se identificarão com a santidade, nas sociedades modernas ou pós-modernas se encontram fragmentados entre uma multiplicidade de objetivos de vida, aparecendo “o problema da realização do homem sem uma verdadeira resposta”. Ou como conclui o autor, “mercê desta marcada ausência, o Homem contemporâneo vai vivendo... (...) vive como se nunca morresse e morre sem saber, afinal, para que tinha vivido” [cf. p. 168].

Mergulhando na dimensão ontológica do ser humano, entendido como Pessoa, Diogo Costa Gonçalves acaba por sentir necessidade de operar o salto para o jurídico. Fã-lo com uma pressuposição de sentido da juridicidade diversa daquela de que partimos, posto parecer fazer apelo a uma dimensão ainda *jusnaturalista* e a uma racionalidade de pendor hermenêutico (cf. p. 176). Contudo, para lá das clivagens, não deixa de ser eloquente o apelo a três categorias fundamentais do jurídico: *alteridade*, *exterioridade*, *conteúdo ético*. Na definição dos contornos da personalidade merecedora de tutela ao nível do direito afirma só ter relevância jurídica

“a realidade pessoa que esteja trespassada pelo conteúdo ético (...) a orientação dessa realidade aos fins da realização humana, à construção do Homem no sentido de ser mais, que se consubstancia, como vimos, em ser para” [cf. p. 178].

Veja-se, ainda, do autor *Pessoa e direitos de personalidade*, 88 s., onde, a partir das considerações expendidas, Diogo Costa Gonçalves toma posição acerca da conformação dos direitos de personalidade. As críticas que aí encontramos prendem-se com a pressuposição do indivíduo em detrimento da pessoa, com a desconsideração do conteúdo ético necessário para a valoração jurídica, com a protecção de certos direitos que não são verdadeiramente direitos de personalidade,

“ou porque a realidade jurídica que lhes serve de objeto não está compreendida na noção de personalidade ou porque não preenche o conteúdo ético exigido para a valoração do direito” – cf. p. 94, nota 174,

considerando que o direito à imagem não é um direito de personalidade em sentido próprio –, pela não introdução de um conjunto de noções como sejam a solidariedade, o sacrifício, o dever. Para o autor,

“se a pessoa humana é abertura relacional, o direito não pode suportar a construção de uma tutela da personalidade que acolha o egoísmo, o direito a estar só, o direito a uma privacidade exacerbada que mais configura um solipsismo jurídico, um direito a não ser incomodado pela comunidade e a despreocupar-se dela. A solidariedade, a doação ao outro, a responsabilidade pelo outro aparecem como reflexos da realidade óptica que o direito é chamado a considerar (...). O outro não é obstáculo à personalidade” – cf. p. 97.

O Direito 148.º (2016), II, 233-282

Importa ainda perceber por que razão não pode o direito quedar-se num puro plano antropológico e reivindicar uma nota de alteridade que se esgote no respeito do outro enquanto outro diverso de mim, senhor dos seus destinos, como nós dos nossos. Isto é, por que razão se acolhe ao nível da juridicidade uma perspetiva fundamentante colimada na dignidade do ser pessoa?

Responder a tal questão implica uma árdua tarefa. É todo o mundo em que mergulhamos que assim vai questionado. Mas, em detrimento de uma complexa formulação do porquê e para quê do direito, podemos optar por apontar as linhas mestras de inteligibilidade da assunção previamente anunciada.

Estribam-se em três pontos: insusceptibilidade de se apreender e realizar o direito se reduzido a uma pura forma orientadora das conduta em sociedade; inaceitabilidade de uma recondução daquele a um sistema que obnubile a centralidade do sujeito. A estes dois alia-se um último a mexer com a própria conceção de ser humano com que havemos de jogar.

Se, por um lado, já aduzimos argumentos suficientemente seguros no sentido de mostrar a imprestabilidade de um ponto de vista estritamente individualista³⁴, quer pelo ficcionismo intelectualizante que o mesmo comporta, quer pelo autismo desagregador dos laços comunitários em que se verte, por outro lado, cremos não ter ficado ainda suficientemente explicitado por que razão se opera aquele salto do plano ontológico para o plano axiológico³⁵.

Conclui, assim, que há deveres que conformam o conteúdo daquela personalidade.

Dois aspetos hão-de ser sublinhados do excursus do autor que acompanhámos de perto. Em primeiro lugar, louva-se a perceção da necessidade de apelar à dimensão ético-axiológica. Em segundo lugar, sublinha-se a compreensão da liberdade humana como uma liberdade com sentido, integrada, também, por deveres para com o outro, conceção esta que é a única que pode ser aceite pelo direito. Refira-se, porém, que, como veremos *infra*, isto não nos leva a aceitar a sua posição em matéria de direitos de personalidade.

³³ Cf., a este propósito, a interessante perspetiva comunicada por Bento XVI ao Parlamento Federal da Alemanha na sua viagem apostólica, a 22 de Setembro de 2011, referindo-se à dicotomia entre o ser e o dever ser e evidenciando que a fundamentação do jurídico no plano ontológico e da natureza só não é possível quando se olhe para esta de uma perspetiva que abandone a pressuposição de uma Razão Criadora que comunique à própria natureza determinadas regras. No fundo, a dimensão axiológica de que falamos continua presente na lição do Santo Padre, não se gerando, para o crente, qualquer contradição entre as duas leituras da juridicidade. Na verdade, o necessário salto axiológico a que nos referimos não implica a negação de uma Entidade Suprema, que dê ao ser os Seus princípios, antes evidenciando que não é possível colher o sentido do direito na realidade de que nos falam os autores que ainda comungam, consciente ou inconscientemente, de uma visão positivista da natureza.

³⁴ Esta imprestabilidade redundava, afinal, na insusceptibilidade de com base nele se criarem vínculos normativos, quaisquer que eles sejam.

³⁵ Não queremos, com isto, incutir no leitor a ideia da autoria do salto axiológico de que se cura.

No fundo, o vetor central do nosso discurso passa pela correta colocação metodológico-filosófica dos dados do problema. E refrate-se em dois níveis.

Por um lado, se partimos exclusivamente do dado onto-antropológico não conseguimos, concludentemente, aceder ao agir ético porque ele, colocando-se no plano do dever ser, não pode ser colhido dedutivamente – à semelhança do que pretendia uma visão dedutiva jusnaturalista – do ser. O que este nos transmite é a impertinência racionalizante dos extremos: a solidão atomizante do individualismo e a sufocante hipertrofia socializante. Mas, se o plano do ser nos permite, logo, afastar determinadas mundividências jus-culturais, ela não logra, só por si, fundar a normatividade. A necessidade do outro não é impreterivelmente, como nos mostrou Castanheira Neves, a necessidade do agir ético, podendo cumprir-se na indiferença da sobreposição adjacente de existências que não se abrem ao outro nem atuam no âmago da sua dignidade humana.

Do plano filosófico e metodológico, a conclusão não será diversa. A fundamentação do jurídico no ontológico, do dever ser no ser não pode ser aceite na medida em que o direito não pode cumprir a sua função de validade

“com o seu simples ser na realidade e com a realidade, mas mediante o transcender a realidade pressuposta numa intenção de validade que visa justamente realizar”³⁶.

Tempestivamente, tivemos oportunidade de, através da exigível citação, o atribuímos ao seu verdadeiro autor: Castanheira Neves.

Sobre esse salto do patamar ontológico para o plano axiológico importa tecer algumas considerações, a refratarem-se em dois níveis: no exercício da liberdade e na fundamentação da juridicidade.

Dir-se-á, no que ao segundo denominador diz respeito, que o encontro de subjetividades não garante a validade de uma ordem normativa. Só o olhar axiologicamente conformado, pelo reconhecimento do outro como pessoa, portadora de uma ineliminável dignidade ética, a reivindicar o meu análogo estatuto, garante que se alcance tal desiderato. Mais se diga que, a ser assim, a liberdade de que se fala – como valiosa do ponto de vista jurídico – não pode ser a mera autoterminação ontologicamente predicada, mas há-de ser axiologicamente informada. Donde resulta uma matização própria que, em texto, caracterizaremos.

³⁶ Cf. Castanheira Neves, *Questão de facto*, 668.

Aliás, se não resistíssemos à tentação de deduzir a validade a partir da realidade do ser, poderíamos ser condenados a um modelo de juridicidade aparentado com o dedutivismo criticado em outros tempos e ficar enredados num conceptualismo que olvida o caso concreto.

Note-se, porém, que ao lançarmos mão do contributo fenomenológico, acabamos por negar, de todo o modo, uma mera referência cognitiva ao real e o formalismo – cf. *Questão de facto*, 696.

Cf. Simone GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, tradução de Cláudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2002, 5 s., para a caracterização da tradição jusnaturalista, quer de base onto-teológica, quer de base obsessivamente individualista, mostrando-se, assim, a distância que dessa impoção do jurídico nos separa.

Ora, a verdade é que o direito é uma ordem normativa. Tem como finalidade ordenar condutas, para o que assume uma determinada intencionalidade, a traduzir uma validade. E, para que essa validade não resvale num sem sentido ordenador do encontro no mundo, ela não pode deixar de convocar – para ser verdadeiramente válida – uma axiologia fundamentante. Que vem a encontrar-se, afinal, naquele sentido de *dignitas* que a ética descobre no encontro – entendido no sentido do reconhecimento e do respeito – do *eu* com o *tu*³⁷.

Pelo que o reconhecimento da liberdade do homem e, concomitantemente, da sua responsabilidade terá de surgir como um mínimo de sentido com base no qual o jurídico se edifica e cumpre o seu papel no todo social.

Esta liberdade, porque a ela recorremos na pressuposição da leitura ético-axiológica do dado ontológico, não é mera definição de uma esfera de não interferência do outro, sequer uma estrita possibilidade de escolha entre possibilidades de ação que olvide o outro – o *tu* – que, com a sua pretensão de respeito, e o convite à abertura de pontes de solidariedade comunicantes entre

³⁷ Cf.

“Uma certa valoração remete necessariamente para um objeto com uma determinada e correlativa estrutura do ser. E essa estrutura ou modo de ser implica necessariamente um certo tipo de valoração (...)” Uma certa valoração “vai implicada se entre o objeto e a valoração se antecipasse uma unidade constitutiva intencional de que eles fossem faces correlativas. Ou então, se a estrutura objeto a ter em conta fosse mero correlato objetivo da valoração” – cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*. 725 s. Ou seja, e continuando a acompanhar o pensamento do autor que aqui acolhemos:

“a valoração pressupõe o objeto que valora. E fá-lo para o julgar ou valorar. (...) Mas não se pode concluir que a valoração lhe vai referida em termos de nele próprio irem traçadas as linhas da sua integração axiológica”.

Dito de uma forma mais direta, se o fundamento último da valoração for o próprio objeto valorado, o juízo a que acedemos não ultrapassa a mera explicitação do sentido daquele. Donde se conclui que o fundamento da juridicidade – não podendo ignorar a estrutura ontológica do ser humano – há-de fazer apelo a uma dimensão axiológica sem a qual a judicativa tarefa em que ela se realiza não se logrará cumprir.

No fundo, o que pretendemos mostrar em texto foi a necessidade de considerar, contra todo o racionalismo, o dado concreto do modo de ser do sujeito, para depois, transcendendo-o, o assumir como um ser de valor, isto é, que incorpora um determinado sentido de valor.

A liberdade a que aludimos colima-se, portanto, não no ser humano em si, mas no ser humano como pessoa, portador de uma ineliminável dignidade ética.

Voltando a Castanheira Neves, dir-se-á que

“só deste modo o normativo e a sua valoração se fundam no ser e encontram limites imanentes no ser (...) A unidade entre o ser e valor tem de apelar a uma conceção metafísica do ser” (*Questão de facto*, 731),

pelo que ultrapassa a mera descrição do fenómeno.

humanos, permite o reconhecimento da ineliminável dignidade ética do *eu*. É antes uma liberdade eticamente informada e enformada.

Dessa liberdade – ainda pensável do ponto de vista atomizante da individualidade – decorre a ilegitimidade de qualquer imposição heterónoma que não tenha por objetivo a garantia da compossibilidade prática de existências paralelas, bem como o desvalor de qualquer comportamento que contenda com a esfera de domínio do sujeito. O acesso ao dado ontológico viabiliza a percepção da insustentabilidade de tal imposição, quando pensada na sua autossuficiência. Ela revela-se, na verdade, ficcional, intelectualizante e contraditória com o dado do ser real. O homem é incapaz de viver no isolamento da sua subjetividade, só se realizando plenamente, no plano material e espiritual, no encontro com o outro.

A liberdade deixa de ser pensada de um prisma negativo para reclamar uma compreensão positiva, a traduzir-se na possibilidade de autodeterminação. Uma autodeterminação que coenvolve, na sua projeção efetiva, a possibilidade de escolha entre diversas possibilidades de ação.

Nessa atuação optativa, nessa seleção de oportunidades, nesse dar a si mesmo a sua própria norma de conduta, prosseguindo os seus interesses, o ser humano leva a cabo uma tarefa judicativa, porque, no inapagável salto que qualquer decisão implica, ela reclama – na sua radicalidade – um mínimo de fundamentação, isto é, a mobilização de razões que justifiquem a eleição operada.

Quantas vezes insindicáveis, elas podem estribar-se em diversas racionalidades. Sem que possam, indistintamente, ser consideradas valiosas do ponto de vista jurídico.

Dá-se o salto do plano ontológico para o plano axiológico para, fundamentalmente, sustentar que uma validade que o queira ser não pode extrair do puro encontro de subjetividades o critério da sua fundamentação, pois que nada garante que o outro seja visto na sua total dignidade³⁸. De outro modo, dir-se-á, acompanhando o ensinamento dos mestres em que nos estribamos e que oportunamente citámos, que, ao situarmo-nos nessa dimensão do ser, não conseguiremos nunca determinar qual das posições subjetivas – eventualmente em conflito – deve prevalecer, posto que só na pressuposição de uma

³⁸ Por isso, considera-se também inconcludente a perspetiva filosófica de responsabilidade proposta por HABERMAS, decorrente da edificação das condições transcendentais da comunicação. Cf. HABERMAS, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, 2003 (original: *Faktizität und Geltung. Beiträg zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats*, 4.ª edição, Frankfurt, Ed. Suhrkamp, 1994). Não é a definição das regras que viabilizem a situação discursiva ideal que logram a obtenção do reconhecimento ético entre iguais, no qual se pudesse fundar a responsabilidade.

intencionalidade, colhida numa ordem valorativa também pressuposta, é possível salvaguardar uma em detrimento da outra, sem resvalar no puro arbítrio. O fundamento da normatividade não pode deixar de ser encontrado na ética, exceto se – posição que liminarmente rejeitamos – entendermos ver na juridicidade uma mera forma ordenadora de condutas.

Não é o encontro do *Eu* com o *Tu* que permite fundar o dever ser. Mas já o será o encontro do *Eu* que olha para o *Tu* no sentido do respeito, o encontro do *Eu* que, reconhecendo-se como pessoa, dotada de uma ineliminável dignidade ética, vê no *Tu* um semelhante igual a si³⁹.

Ora, com o exercício de uma pretensa autonomia que pretende fundamentar o fim da própria vida, o homem nega o seu estatuto de pessoa, porque corta radicalmente a ligação com o outro, que o permite ser na sua integral dignidade. Amputa os outros do *eu*, pelo que aquela suposta autonomia não poderá configurar o exercício de uma liberdade, pois não podemos ser *nós* sem esses *outros*.

4. A pessoa e os direitos de personalidade

a) O direito subjetivo

O direito subjetivo “começou por não existir”⁴⁰⁻⁴¹⁻⁴².

³⁹ Nesse reconhecimento do *tu* interpõe-se a comunidade ética onde ambos se inserem e por meio da qual se responsabilizam eticamente com os outros. Cf., sobre o ponto, Castanheira NEVES, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, 52 s. É que o reconhecimento da personalidade do outro implica um referente de sentido – e portanto o salto do plano ontológico para o plano axiológico – através do qual a presença dele como um igual se torna visível. A experiência solipsista – a mera consciência do *eu* – não logra garantir tal desiderato, pelas idiossincrácias e por vezes perturbantes percepções individuais. Daí a referência ao terceiro de que nos fala Castanheira Neves.

⁴⁰ A expressão, com todo o sentido comunicativo que encerra, foi colhida em Pinto BRONZE, *Lições de introdução do direito*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 595, onde o autor explica que, a despeito de já ser conhecido o

“(epi-)fenómeno da titularidade dos direitos”, durante a pré-modernidade, o que importava verdadeiramente, em obediência ao domínio da ordem objetiva, era a definição dos “estatutos em que os diversos atores sociais se inseriam”.

⁴¹ Cf., igualmente, A. Santos JUSTO, *Direito privado romano, I, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos direitos)*, 3.ª edição, 2006, 20; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte I, Tomo I, 3.ª edição revista, 2009, 311 s.; A. Guzmán BRITO, “Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Historia del Pensamiento Jurídico*, XXV, Valparaíso, Chile, 2003, 407-443, 407 s.; KOSCHEMBAHR-LYKOWSKY,

E o que impressivamente nos comunica o paradoxo não resulta de nenhuma opção de princípio, mas da ausência de um polo autorreferencial que potenciasse – ou sequer permitisse a problematização – (d)a subjetivação jurídica. Inexistindo a condição mínima de emergência dos direitos subjetivos, estes foram, durante todo o período pré-moderno, um não problema⁴³.

“Quelques dispositions générales d’un projet de Code Civil polonais”, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, n.º27, 1928, 569 s.; A. D’ORS, “Ius en sentido objetivo-subjetivo”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º24, 1954, 635 s.

No período do direito romano, o que existia era uma ordem objetiva definidora da posição que nela cada um ocupava. Para tanto, conferia-se ao cidadão (e mais tarde aos *peregrini*), por referência a determinadas situações, a possibilidade de, junto de um magistrado, propor uma ação, por intermédio da qual seriam adotadas medidas de salvaguarda do estatuto delineado. A estrutura jurídica objetiva de que aqui sumariamente se dá conta estava em perfeita sintonia com a mundividência da altura. O homem da Antiguidade Clássica só se compreendia por referência ao cosmos, na imanência a uma ordem pré-constituída (cf. D. Leite CAMPOS, *Lições de Direitos de Personalidade*, 2.ª edição, Coimbra, 1992). Trata-se, pois, de uma visão organicista da sociedade que perduraria durante toda a Idade Média, embora aí orientada segundo preocupações teológicas e animada pela ideia de um plano de salvação coletivo. Cf., igualmente, Michel VILLEY, “Les origines de la notion de droit subjectif”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1953-1954, 169 s.; ID., « Les institutes de Gaius et l’idée du droit subjectif », *Revue Historique du Droit Français et Étranger*, 1946, 201; ID., *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, 227 s. e 167 s.

⁴² Cf. Vittorio FROSINI, “Diritto soggettivo”, *Novissimo Digesto Italiano*, V, 1957, 1047 a 1050 (aqui 1048, *in fine*); ID., “Las transformaciones del derecho subjetivo”, *Anuario de Filosofia del Derecho*, 1967-68, pp. 267 e ss.

⁴³ Várias são as vozes que filiam o surgimento dos direitos subjetivos no pensamento de Guilherme de Occam – cf. Annabel S. BRETT, *Liberty, right and nature. Individual rights in later Scholastic Thought*, Cambridge University Press, 1997, 49. Trata-se de uma posição controversa, como, aliás, ali se dá conta. Se a paternidade de Occam, em virtude da sua definição de direito como um poder do indivíduo, foi sustentada por Villey e Lagarde (cf. ANNABEL S. BRETT, *Liberty*, 50 e Michel VILLEY, “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, *Seize Essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1969, 140 s.), outros contestam o uso inovador que o autor pretensamente terá feito da expressão. O que Brett propõe é a demonstração da originalidade da invocação do direito, sobretudo no cotejo com o significado que o mesmo adquiria na literatura franciscana, para considerar que ela residiria na configuração do *right* como “um potencial subjetivo da ação humana”. Dando conta da controvérsia, cf., ainda, A.GUZMÁN BRITO, “Historia de la denominación”, 410 e 411. [Veja-se, ainda, para um acompanhamento do pensamento dos canonistas e da escolástica acerca do direito subjetivo, o que o autor diz nas págs. 412 a 415].

Na base da construção de Occam esteve, por certo, a polémica que opôs o Papa João XXII aos franciscanos.

Referindo-se aos ventos de mudança que se fizeram sentir ainda em pleno período medieval, cf. PINTO BRONZE, *Lições...cit.*, p. 596.

Cf., ainda, Cesarini SFORZA, “Diritto soggettivo”, *Enciclopedia del Diritto*, XII, p. 671 e ss. e João LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, *Studia Iuridica*, 13, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 180-181. O último autor citado constata o

Sem que isso implicasse, é bom notá-lo, uma desproteção da pessoa⁴⁴, refletindo, somente, uma ontologia radicada no cosmos natural ou em Deus.

A evolução cultural, científica, económica e religiosa experimentada entretanto não deixariam intocável a estrutura tradicional da sociedade que, paulatinamente, se foi desagregando. O protestantismo, ao colocar o ser humano em relação direta com Deus, sem a mediação da Igreja, constituiria, então, um marco decisivo na progressiva autonomização do indivíduo que, sendo primeiramente moral, acabaria por se refletir em termos políticos⁴⁵ e ser acompanhado, culturalmente, pelo iluminismo que no humanismo emergente encontrava um dos seus alicerces⁴⁶. A secularização do pensamento e a emergência de uma racionalidade de tipo sistemático, na esteira do cartesianismo, conducente à afirmação do homem como a única instância capaz de aceder à verdade, levaram à edificação de uma ordem a partir da autocompreensão antropológica. Os filósofos e juristas orientaram-se, de facto, impulsionados pela necessidade de sedimentar uma nova ordem do mundo de acordo com as coordenadas dominantes, pela construção de grandes sistemas que, partindo da análise das características humanas essenciais, erigiram a natureza racional deste como o fulcro de um novo direito natural. É chegado o tempo do jusracionalismo e, com ele, da afirmação de um quadro de direitos naturais, inalienáveis, imutáveis.

paradoxo de a “ideologia proprietarista da Modernidade” ter nascido “da tentativa franciscana de cumprir o seu voto de pobreza”. Veja-se, também, DESPOTOPOULOS, « Le droit subjectif dans le système du droit », *Archives de Philosophie du Droit*, 1970, 251

⁴⁴ Nesse sentido, D. Leite CAMPOS, “O direito e os direitos da personalidade”, *Nós: Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, 110.

Vide, ainda, Tiziana CHIUSI, “A dimensão abrangente do direito privado romano. Observações sistemático-teoréticas sobre uma ordem jurídica que não conhecia direitos fundamentais”, *Direitos fundamentais e direito privado, Uma perspectiva de direito comparado*, (Pinto Monteiro, Ingo Wolfgang Sarlet, Jorg Neiner, org.), 2007, 11 a 39.

⁴⁵ Cf. D. Leite CAMPOS, “O direito e os direitos de personalidade”, 118, onde se pode ler que

“o individualismo contemporâneo encontrará o seu tronco nas seitas cristãs reformadas do Renascimento – antepassadas próximas do utilitarismo anglo-saxónico”.

Os ventos da secularização fizeram-se sentir, em termos políticos, numa fase pré-moderna, fruto da teoria política maquiavélica. Massimo La TORRE – “*Rechtsstaat* and Legal Science. The Rise and Fall of the Concept of Subjective Right”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXXV, Heft 1, 1990, 52 – aponta o maquiavelismo como o passo obrigatório de surgimento do Estado Moderno.

⁴⁶ Cf. Michel VILLEY, *Leçons*, 238, 239. Na busca dos fatores causais do surgimento do direito subjetivo, o autor encontra-os, longinquamente, no Cristianismo e no longo processo social de desestruturação do Império Romano conduzindo a que cada particular afirme o seu direito.

A emancipação do indivíduo viabilizava agora o que a imersão no cosmos tinha impedido, a afirmação de direitos polarizados no sujeito, que a ele pertencem como decorrência da sua natureza moral livre⁴⁷. Não é outra a definição de Grócio, ao olhar para o direito subjetivo enquanto *qualitas moralis personae competens ad aliquide iuste habendum vel agendum*⁴⁸.

E se o individualismo é o dado sem o qual se não tematiza o direito subjetivo, a chave da compreensão da figura implica a complementação desse elemento com aqueloutro que, intimamente ligado a ele, se funde numa mesma perspectiva: a liberdade do ser humano, entendida à época segundo um prisma negativo. É essa a matriz valorativa do direito subjetivo, assumindo-se, dessa feita e por isso, a propriedade como o paradigma exemplar da ordem moderna⁴⁹. Representa ela a esfera pessoal onde cada um, livre de qualquer constrição e de qualquer interferência, pode fazer aquilo que lhe aprouver⁵⁰.

⁴⁷ Sobre o individualismo, cf. Louis DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, 1983.

⁴⁸ GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, 1625, lib.I, cap. 1, parágrafo 4 (I.I.4.) (*The Law of War and Peace in Three Books*, tradução inglesa de FRANCIS W. KELSEY, 1925.)

Referindo-se a GRÓCIO, a propósito da origem histórica dos direitos subjetivos, cf. MICHEL VILLEY, *Leçons*, 221 e 222.

⁴⁹ Cf. HOBBS, *Leviathan*, 1651, cap. 14, onde, de forma direta, o autor apresenta a sinonímia entre os direitos naturais (*rights*) e a liberdade.

Entre os autores jusracionalistas, cf., ainda, na matéria, PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, tradução de BARBEYRAC – *Le droit de la nature et des gens*, tome I, Basle, 1732, 1.1, parágrafo 20 (“qualidade moral, pela qual retamente exercemos o domínio sobre as pessoas, ou temos uma coisa ou em razão da qual algo nos é devido”); THOMASIIUS, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, 1694, I.1. parágrafo 82 (“o direito tomado como atributo da pessoa é uma qualidade moral activa que pertence a uma pessoa por concessão superior”); LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, 1657, II, parágrafo 14a.

Sobre a importância do pensamento de Suárez no arrolamento do desenvolvimento do direito subjetivo, cf. Angel Sanchez de la TORRE, “Derecho subjetivo y deber juridico, en la Escuela de Suarez”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXV, 1989, 145 a 170.

⁵⁰ Cf., num apontamento expressivo acerca da origem no novo direito natural (*de l'individu*), MICHEL VILLEY, *Leçons*, 245

Cf., acerca da concepção de propriedade individualista, João LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, *Studia Iuridica*, 13, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 181, nota 572, onde se esclarece que o conceito de propriedade, *lato sensu*, compreende a vida, a liberdade e a propriedade.

Cf., ainda, numa referência ao pensamento hegeliano e à sua dialética entre o sujeito e a coisa, no quadro do idealismo que prefigura, Simone GOYARD-FABRE, *Os fundamentos da ordem jurídica*, 261 s. Cf., a este ensejo, numa perspectiva superadora da radical ligação entre o individualismo e o direito de propriedade, Orlando GOMES, “A função social da propriedade”, *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Arruda Ferrer Correia*, 1984 e Orlando de CARVALHO, *Para uma teoria humana da propriedade – do problema do ser ao problema do ter*, Coimbra, 1952

Não estava, porém, concluída a evolução conducente à autonomização dogmática da figura. Uma coisa era a afirmação da existência de direitos naturais, outra seria a configuração de um modelo que permitisse a sua institucionalização. Dito de outro modo, era necessário garantir a transposição daqueles direitos naturais para o plano civil, com o que se compossibilitaria a sua existência conjunta.

Ao individualismo alia-se o contratualismo, bebedor das mesmas influências filosóficas. As teorias do contrato social criam o modelo teórico explicativo da institucionalização dos direitos naturais permitindo a sua conversão em direitos subjetivos⁵¹, sem que as possamos encarar como um magma uniforme.

Na verdade, o mesmo contratualismo justificou quer a alienação hobbesiana de todos os direitos em favor do soberano, quer a institucionalização de um Estado liberal, assente na *volonté générale* de Rousseau⁵². A mesmíssima força motriz fundaria o *Leviatão* e ofereceria o sustentáculo ideológico para as revoluções burguesas liberais que, fazendo frente ao despotismo do período transato contra o qual pretenderam lutar, converteram, *ex via realitatis*, a potência em ato e geraram uma ordem político-social de que ainda somos herdeiros diretos⁵³.

Curiosamente, se um dos pilares legitimadores daquelas foi a proclamação dos direitos intrínsecos ao ser humano, a sua concretização num Estado de legalidade formal, condição da degenerescência do juracionalismo no positivismo jurídico, acabaria por fazer resvalar o subjetivismo para o objetivismo, pela afirmação de que os direitos subjetivos – em que se transmutaram – são, afinal, aqueles que o direito objetivo atribui⁵⁴⁻⁵⁵.

Descaracterizados na sua essência, os direitos subjetivos, proclamados por via revolucionária, confundiam-se com liberdades, exercitáveis, sobre-

⁵¹ Cf. Castanheira NEVES, “Entre o legislador a sociedade e o juiz ou entre o sistema, função e problema – os modelos atualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, n.º74, 1998, 1-44.

Veja-se, ainda, PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 598.

⁵² Cf. REIS MARQUES, *Grandes linhas de evolução do pensamento e da filosofia jurídicas*, Universidade Internacional da Figueira da Foz, Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX, 235.

⁵³ Cf., quanto ao ponto, e para maiores desenvolvimentos, SIMONE GOIYARD-FABRE, *Os fundamentos*, 49 s.

⁵⁴ Cf. Castanheira NEVES, “Entre o legislador a sociedade e o juiz”, 5. No mesmo sentido, PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 599.

⁵⁵ Desconsiderando a importância da questão que redundava na precedência ou não do direito subjetivo relativamente ao direito objetivo, cf. A. von THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Alemán*, volumen I, *Los Derechos subjetivos y el patrimonio*, tradução de Tito Ravá, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid/Barcelona, 1998, 58, nota 2.

Cf., ainda, E. HÖRSTER, *A parte peral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 1992, 45.

tudo, em face do Estado. Não eram algo que nuclearmente predicasse o ser humano, mas um limite que o direito objetivo a si mesmo impunha, como fator legitimador⁵⁶⁻⁵⁷.

Na sua gênese, os direitos subjetivos conformam-se como liberdades negativas de exercício contra o Estado, não sendo ainda clara a separação entre os direitos fundamentais, jus-publicistas, e os direitos de natureza privada, que só seria logradamente tematizada sob influência da pandetística germânica⁵⁸.

Deve-se a Savigny a primeira formulação doutrinal do direito subjetivo⁵⁹. Influenciado pelo racionalismo idealista e fortemente ancorado na liberdade humana, de pendor jusnaturalista⁶⁰, o jurista da Escola Histórica apresenta-o

⁵⁶ Cf. D. Leite CAMPOS, “A gênese dos direitos da pessoa”, 44.

⁵⁷ O diverso contexto político e a influência da corrente empirista determinariam que, no mesmo hiato temporal, o figurino de construção dos direitos subjetivos fosse outro nos países da *Common Law*. Liga-se aí a liberdade à ideia de privacidade (*privacy*). Estabelece abertamente esta dicotomia, ainda hoje condicionante de clivagens discursivas em matérias fraturantes (v.g. o caso do aborto e, com especial interesse para o nosso estudo, da eutanásia), Jürgen HABERMAS, *O futuro da natureza humana a caminho de uma eugenia liberal?*, Almedina, 2006 (com nota de apresentação de João Carlos Loureiro; tradução de Maria Benedita Bettencourt), posfácio, p. 119, ligando a tradição liberal norte americana ao pensamento de Locke.

Para a contraposição atual entre a visão liberal e republicana dos direitos fundamentais, cf. Jürgen HABERMAS, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, 133 e 135 e PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 599.

⁵⁸ Cf. P. Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2005, 642.

Refira-se, porém, que a incipiente dogmática que acompanhava a subjetivação jurídica, a despeito do que seria espectável fruto do sincretismo denunciado, não logrou problematizar a *Drittwirkung*. Quem o afirma é Habermas, ao evidenciar que o “direito liberal clássico é alheio à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas” – cf. HABERMAS, *O futuro da natureza humana*, 119. Cf., ainda, Michel VILLEY, *Leçons*, 249-250.

⁵⁹ Cf. Friedrich von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Aalen, Scientia V, 1973, 332 s., reimpressão Berlim, 1840, § 4 (veja-se, ainda, a tradução SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, Frimin Didot Frères, Paris, 1841, 327-328).

⁶⁰ Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, 313 e 318, nota 934, onde o autor, a propósito da contraposição entre Savigny e Ihering, afirma que o primeiro não era um liberal individualista. Veja-se, ainda, o que ficou dito na pág. 314. Acedendo à materialidade que subjaz à formulação savigniana, Menezes Cordeiro sustenta que

“o direito subjetivo não era (...) um mero expediente técnico, destinado a exprimir soluções pontuais”, surgindo antes como “um vetor significativo-ideológico destinado a melhor firmar as concepções liberais, protegendo-as contra investidas exteriores”.

Diversamente, Habermas afirma que Savigny terá interpretado de modo individualista o conteúdo moral dos direitos subjetivos – cf. HABERMAS, *Direito e democracia*, 118.

como um *poder da vontade*, dando origem à chamada teoria voluntarista, ainda hoje acolhida, entre nós, por inúmeros autores⁶¹.

Com ele demarcar-se-ia uma “região” onde impera “a nossa vontade e o nosso consentimento”⁶², garantindo-se um espaço de dominação independente da interferência alheia⁶³. A liberdade negativa, potenciadora do absolutismo subjetivista, ganhava foros de categoria dogmática⁶⁴, numa deriva que culminaria com o aprofundar do conceptualismo protagonizado pelos subsequentes autores desta corrente metodológica e sucessivas degenerescências.

Puchta continuaria a ligar o exercício da liberdade humana à titularidade do direito subjetivo, considerando que este implica o reconhecimento daquela, “que advém em igual medida aos homens como sujeitos que detêm um poder da vontade”⁶⁵⁻⁶⁶.

Fiel ao sistematismo dogmático, foi o responsável pela elaboração, segundo as regras da lógica formal, de uma pirâmide de conceitos (“genealogia dos conceitos”), que, encabeçada por um supremo, permitia a dedução de todos os

Veja-se, ainda, P. Pais VASCONCELOS, *Teoria Geral*, 647, com uma coloração diversa. Entende o autor que, com Savigny, a origem do poder já não é a dignidade humana, como no jusracionalismo, sendo antes o direito objetivo que, tutelando a vontade, o confere.

⁶¹ Cf., *inter alia*, Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I Coimbra, 1992 (reimpressão), 3; C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 178; R. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 178-179.

⁶² SAVIGNY, *System des heutigen*, § 4.

⁶³ SAVIGNY, *System des heutigen*, § 53.

⁶⁴ Parece ter sido a conceção de Savigny que exerceu influência sobre o Visconde de Seabra, consagrando-se no artigo 2.º do Código Português de 1867 o direito subjetivo como “a faculdade moral de praticar ou deixar de praticar certos atos”. Nesse sentido, cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 175; Menezes CORDEIRO, *Tratado I/I*, 313; Orlando de CARVALHO, *A relação jurídica e o direito subjetivo*, Coimbra: Centelha, 51, nota 59.

Saliente-se, porém, que, independentemente do olhar derramado sobre o núcleo essencial da teoria da vontade e do seu compromisso ou não com as posições individualistas e liberais mais radicais, o Código de Seabra, sendo embora um diploma do seu tempo, não deixou de apresentar notas de originalidade que a este propósito urge salientar. Na verdade, como refere Francisco VELOZO – “Na iminência de um novo Código Civil Português”, *Brotéria*, Vol. LXXXIII, Lisboa, 1964, 311 –,

“o princípio da autonomia da vontade, proclamado e formulado por Kant, é a chave da compreensão do pensamento jurídico do Visconde de Seabra e do Código de 1867.”

Mas acaba por reconhecer que o autor do primeiro Código Civil Português se afasta do idealista alemão em determinados aspetos.

⁶⁵ PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838, § 4

⁶⁶ Cf. Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 3.ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, tradução de José Lamego e Ana Freitas, 25 s.

outros⁶⁷. Como esclarece Larenz, urgia que aquele tivesse algum conteúdo que, não podendo resultar dos conceitos inferiores, foi colhido na filosofia do direito e no conceito kantiano de liberdade, pelo que, segundo o autor, verdadeiramente não se poderia, ainda, acusar o jurista alemão de ser cultor de um positivismo estrito⁶⁸.

Acontece que, à medida que se ia descendo na pirâmide conceptual, o fundamento ético em que a mesma assentava ia-se rarefazendo progressivamente, “a tal ponto que vem a tornar-se, em último termo, irreconhecível”⁶⁹.

Estava, portanto, aberta a porta ao formalismo⁷⁰, que triunfaria definitivamente com o pensamento de Windscheid, denotando-se, a propósito do direito subjetivo, o mesmo trilha percorrido pelo Direito, e abrindo-se o flanco a críticas que, se outras não houvesse, foram determinantemente assumidas por juristas que posteriormente se debruçaram sobre a problemática.

⁶⁷ Karl LARENZ, *Metodologia*, 25

⁶⁸ Karl LARENZ, *Metodologia*, 26, nota 8

⁶⁹ Karl LARENZ, *Metodologia*, 25. Larenz esclarece, ainda, que

“a maneira como ele [Puchta] constrói os conceitos ulteriores, ou seja, o processo lógico-dedutivo, deriva não da filosofia idealista, designadamente da hegeliana, mas (...) do racionalismo do século XVIII, em especial do pensamento de Christian Wolff”.

No mesmo sentido, WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980 (que, aliás, Larenz cita, embora na versão original, 373 s).

⁷⁰ Saliente-se, ainda, que Puchta afirma que

“existe um direito (em sentido subjetivo) quando por força do Direito (em sentido objetivo) um objeto cai em poder de certa pessoa”.

A formulação contida no seu *Lehrbuch der Pandekten* (§ 28) mostra, a despeito do que ficou dito, um paulatino resvalar para o objetivismo a que somos conduzidos pela dependência relativamente ao direito objetivo. E evidencia, sobretudo, que o fundamento ético percecionado na obra do autor, tal qual nos apresentou Larenz, longe de ser assumido na sua radicalidade condicionante das concretas soluções predispostas pelo legislador ou pela doutrina, funciona como uma fórmula que, conferindo fundamento e consistência sistemática ao modelo proposto, fica encerrada no domínio especulativo sem interferir na judicativa realização do direito.

Cf., a propósito da deriva formalista, cf. Larenz, *Metodologia*,. 39. Afirma o autor que

“Desto sentido ético-jurídico de propriedade, referido em última análise à pessoa, não resta, manifestamente, na definição de propriedade de Windscheid o mais ligeiro vestígio, ao invés do que acontece ainda com as ideias de Puchta. O que é, porém, característico do pensamento conceptual abstracto em geral: os conceitos extraídos permitem apenas apreender a superfície exterior do fenómeno; o cerne, isto é, o conteúdo significativo vem a ser quase completamente eliminado. Visto do plano lógico-formal, o sistema está certo; visto do plano material, falta-lhe justamente o essencial, a substância espiritual”.

Cf., igualmente, Menezes CORDEIRO, *Tratado*, I/I, 314.

Cultor do modelo conceptual, o “último sistematizador do Direito Comum”⁷¹, mantém-se fiel a Puchta na colocação cimeira do direito subjetivo na estrutura da pirâmide idealizada. Diverge, porém, profundamente no modo como compreende a categoria. Não que a formulação seja díspar, mantendo-se, pelo contrário, a referência ao poder da vontade. No entanto, o que na aparência poderia implicar a convergência traduz-se, numa visão não perfunctória do seu pensamento, num dissenso.

Windscheid define o direito subjetivo como “um poder da vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem jurídica”⁷². E com isso passa a ser claro o posicionamento do autor no nexos estabelecido entre aquele e o ordenamento positivo, transmutando-se, nas palavras de Habermas, num “reflexo de uma ordem jurídica que transmite aos indivíduos o poder de vontade incorporada objetivamente nela”⁷³.

Perceciona-se o afastamento do fundamento ético jusnaturalista. E o dado é transparentemente confirmado quando nos deparamos, sem embargo da linha kantiana de afirmação da liberdade humana, com uma conceção psicológica da vontade, ao arrepio do que até então se tinha sustentado⁷⁴, motivando críticas que perduram hodiernamente⁷⁵. Na verdade, não se pode ignorar aquelas situações em que um direito é titulado por alguém cuja vontade está diminuída ou

⁷¹ A expressão é de Larenz, *Metodologia*, 34

⁷² WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, 6. Aufl., Rütten & Koenig, Frankfurt, 1887, § 37 (cf., igualmente, a tradução italiana *Diritto delle Pandette*, II, Torino, 1925 (tradução italiana de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa 170 – “diritto è una podestà o signoria della volontà impartita dall’ordine giuridico”)

⁷³ HABERMAS, *Direito e democracia*, 117

⁷⁴ Apontando a transmutação da vontade enquanto categoria ética para uma categoria psicológica, cf. P. Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral*, 647 e 670. Diz-nos, aí, o autor que a doutrina da vontade incorreu no erro de interpretar aquela num sentido psicológico sem entender que a referência deve ser feita à vontade livre, no sentido de livre arbítrio. Donde conclui o autor que a liberdade não se prende com uma realidade psicológica, mas com uma conceção ética e política de liberdade individual e de autonomia.

⁷⁵ Cf., numa referência a essas mesmas críticas, embora as não acolha de modo pleno que justifique a adesão às teorias que se situam nos seus antípodas, R. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral*, 175.

Veja-se, ainda, Menezes CORDEIRO, *Teoria geral do Direito Civil*, 1.º volume, 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 1987-1988, 319 e 315 e, com um impulso gerador de uma conceção de direito subjetivo de sentido oposto, R. von IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* III, 1, Adamant Media Corporation, 2003, 332.

Cf., igualmente, Pires de LIMA e Antunes VARELA, *Noções fundamentais de direito civil*, 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1973, 231 s.

mesmo excluída⁷⁶. O próprio Windscheid tem a sensibilidade de antecipá-las⁷⁷. E se as contorna pela suposição de que a vontade de que se fala não é do titular, mas da ordem jurídica, o expediente de congruência interna do sistema de que lançou mão deixa-o ainda mais preso ao formalismo conceptual⁷⁸.

⁷⁶ Pense-se no caso dos menores ou dos dementes. E bem assim, numa leitura atualista da problemática, o caso dos direitos dos nascituros, a respeito dos quais alguns autores chegam a formular a hipótese da existência de direitos sem sujeito.

⁷⁷ Cf. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, 89.

Para a explicitação do modo como Windscheid desenvolve a sua conceção de direito subjetivo, cf. LARENZ, *Metodologia*, 37-38, que aqui acompanhamos de perto. Larenz adverte que, com Windscheid,

“a tónica desloca-se da possibilidade de domínio sobre um objeto (...) para a possibilidade de se impor judicialmente uma injunção da ordem jurídica contra outrem, o que designa por pretensão. O efeito da propriedade vê-o ele não tanto no poder do proprietário dispor da coisa (...), mas na mera possibilidade de excluir os outros da mesma coisa (...).”

Para uma crítica desta visão empobrecedora da propriedade, e mais amplamente de todos os direitos reais, cf. Henrique MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 1997, 47 s.

⁷⁸ Uma análise cuidada da pertinência ou impertinência da doutrina da vontade será levada a cabo posteriormente. Na verdade, estamos em crer que a crítica já explicitada – contra o que afirmam vozes incontornáveis da nossa doutrina civilística – pode ser ultrapassada. Basta para tanto que, mantendo a fidelidade ao espírito voluntarista, se coloque o acento tónico no poder e não no poder da vontade. Esta é, aliás, a solução encontrada atualmente pelos juristas pátrios que, percecionando as suas falhas, continuam a entender que ela capta melhor o fenómeno da subjetivação do que aquela que se focaliza no interesse, tal como propôs Ihering.

Assim, C. A. MOTA PINTO, *Têoria Geral*, 178, define o direito subjetivo como

“o poder jurídico, reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa, de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou por um ato de livre vontade, só de *per si* ou integrado por um ato de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos, que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário)”.

CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral*, 178-179, apresenta uma noção similar, afirmando ser o direito subjetivo

“o poder atribuído ou reconhecido pela ordem jurídica de exigir ou pretender de outrem um dado positivo ou negativo ou de impor unilateralmente determinados efeitos à esfera jurídica alheia”.

Já anteriormente, MANUEL DE ANDRADE, *Têoria Geral*, 3, tinha adotado uma posição que serviu de inspiração aos civilistas referidos.

Em qualquer uma delas é patente a exclusão da referência à vontade, persistindo, unicamente, a acentuação do elemento “poder”, o que, permitindo a filiação dos autores na doutrina voluntarista, e motivando críticas de quem a contesta (cf., a título exemplificativo, Menezes CORDEIRO, *Tratado*, I/I, 321, nota 938), contorna o óbice mais visível daquela, na sua última formulação, e concede espaço à indagação da sua bondade dogmática, já que, do nosso ponto de vista, não é a exteriorização do conceito que o fere de morte, mas o desenraizamento de um fundamento

O direito subjetivo converte-se numa pura forma, num expediente técnico-jurídico que olvida a materialidade subjacente ou, ancorando-se numa visão enganadora da liberdade humana, encaminha-nos para uma neutralidade valorativa fomentadora do jus-absolutismo que desagrega a personalidade.

São os laços caracterizadores da intersubjetividade quebrada que Ihering tenta de algum modo resgatar, influenciado pela abertura a uma jurisprudência sociológica que, embrionariamente, protagonizava⁷⁹.

A essência determinante do direito já não é o poder⁸⁰, mas o interesse, definindo-se aquele como o “interesse juridicamente protegido”⁸¹⁻⁸². De uma visão estrutural, assente na ideia de pretensão, somos conduzidos a uma visão funcional, onde o dado relevante passa a ser a possibilidade de aproveitamento de um bem e o escopo dessa atuação. O direito subjetivo é atribuído pela ordem jurídica e tutelado através da *actio*⁸³.

personalista que não poderá ser olvidado que nos conduz a resultados concretos, em que aquele se projeta, nefastos.

Cf., a propósito da vontade e do modo como ela deve ser encarada, contornando as críticas que ressaltam a ausência da mesma nos dementes e crianças, A. VON TUHR, *Derecho Civil*, 60, onde se estabelece a diferença entre a vontade atual e a vontade potencial para, a partir da dicotomia, se defender que o relevante é a vontade potencial (a coisa deve estar à disposição do proprietário para que ele a use quando quiser e entender).

A propósito da ideia de direito subjetivo como um poder jurídico, cf. Giuseppe GUARINO, *Poteri giuridico e diritto soggettivo*, Ristampa, Napoli, Eugénio Jovene, 1990

⁷⁹ Para mais desenvolvimentos sobre o papel de Ihering na história do pensamento jurídico filosoficamente comprometido, cf. LARENZ, *Metodologia*, 55 s. e, ainda, Michel VILLEY, “Le droit subjectif chez Ihering”, *Seize Essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1969, 208 s.

⁸⁰ Cf. Maria Cristina Silva Carneiro NOBRE, *Direito subjetivo e poder*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003

⁸¹ R. von IHERING, *Geist des römischen Rechts*, 329.

Cf. Vânia Isabel da Costa Gomes JACINTO, *Direito subjetivo e interesse. A teoria de Rudolf von Ihering*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003

⁸² Para uma análise crítica da teoria do interesse na doutrina portuguesa, cf., *inter alia*, e sem embargo de ulteriores considerações, Capelo de SOUSA, *Teoria geral*, 176, nota 428; Mota PINTO, *Teoria geral*, 180 s.; Pires de LIMA e Antunes VARELA, *Noções fundamentais*, 233; HÖRSTER, *A parte geral*, 228; Menezes CORDEIRO, *Tratado*, I/I, 319.

Entre as principais objeções à noção introduzida no debate, pela primeira vez, por Ihering apon-tam-se: o facto de ela não viabilizar a distinção entre o direito subjetivo e os interesses legalmente protegidos; o facto de poder haver direitos aos quais não corresponde um interesse do seu titular; o facto de este não estar adstrito, no seu exercício, a uma qualquer finalidade definida heterono-mamente, recusando-se uma funcionalização da categoria.

⁸³ Cf. IHERING, *A luta pelo direito*, tradução de Pietro Nassetti, Martin Claret, 2003 (texto original de 1872), 53, onde o autor afirma que o direito subjetivo representa “a atuação concreta da norma abstrata, de que resulta uma faculdade específica de determinada pessoa” e refere que “o interesse constitui o núcleo prático do direito subjetivo”.

Curiosamente, na sua exortação pela defesa do direito subjetivo, entendida como um dever do titular do direito para consigo mesmo (um imperativo de autodefesa moral) e um dever para com a comunidade, já que só através dela o direito objetivo se pode realizar, sustenta que

“a visão materialista que confunde a questão do direito com a questão do interesse perde toda a justificação, pois o golpe que o arbítrio puro desfere contra o direito não atinge apenas este, mas a própria pessoa”.

Assumindo a propriedade como “a periferia da pessoa projetada no terreno material” e considerando a existência de um valor ideal em qualquer direito, resultado do incomensurável valor comunicado pela relação entre o direito e a pessoa, Ihering liga insofismavelmente a existência do direito subjetivo e o seu exercício à personalidade⁸⁴.

Considera, ainda, que, a par da dimensão pessoal da titularidade do direito, há uma dimensão “comunitária” do mesmo que o obriga a analisar – nesse espírito exortativo a que já fizemos referência – as relações entre o direito entendido em termos subjetivos e em termos objetivos. E nessa dialética entretecida, sustenta que o segundo, o direito abstrato, depende do primeiro, o direito concreto, porque aquele só se cumpre na vida graças à atuação dos particulares, do mesmo modo que o direito objetivo constitui o pressuposto do subjetivo, porque este só se pode constituir se se preencherem os requisitos que o primeiro erige⁸⁵.

Há, no fundo, para Ihering uma “solidariedade” entre a lei e o direito subjetivo⁸⁶, e com ela o regresso a uma forma de objetivismo⁸⁷.

⁸⁴ IHERING, *A luta pelo direito*, 54. Cf., a este propósito, HÖRSTER, *A parte geral*, 48.

⁸⁵ IHERING, *A luta pelo direito*, 58.

⁸⁶ IHERING, *A luta pelo direito*... cit., p. 65.

⁸⁷ Cf., depondo nesse sentido, ainda, P. Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral*, 644.

Saliente-se que entre as críticas dirigidas ao insigne jurista não se aponta o retorno ao objetivismo no sentido da dependência do direito subjetivo relativamente ao ordenamento jurídico. Pois, se é certo que em Ihering a não subjetivação resulta, também, da colocação do direito ao nível da regulação objetiva, afastando-se o poder da vontade que até então caracterizava o núcleo essencial daquele, uma coisa são as lanças desferidas contra a funcionalização teleológica da categoria, outra diversa é a positivação do direito subjetivo. E a verdade é que, ainda hoje, muitos autores afirmam que é o ordenamento jurídico a atribuí-lo e não meramente a reconhecê-lo.

Para uma síntese das posições que se foram delineando acerca da relação entre o direito objetivo e o direito subjetivo, cf. Vittorio FROSINI, “Diritto soggettivo”, 1048. Fala-nos o autor de três possíveis posições: 1) jusnaturalista, para a qual o direito subjetivo precede o direito objetivo, que se limita a reconhecê-lo; 2) positivista, aqui sem o cunho da corrente jus-filosófica, para a qual

Esta percepção do retorno ao objetivismo com Ihering pode ser encarado sob um duplo prisma. De um lado, o objetivismo tão tipicamente positivista, que impede a consideração da existência de direitos subjetivos que não sejam atribuídos pelo ordenamento jurídico, obrigando-nos a ponderar as relações entretecidas pelos dois polos dialeticamente comunicantes do nosso sistema. De outro lado, o objetivismo resultante da recondução daqueles a um interesse legalmente protegido, com o conseqüente esbatimento da dimensão de soberania do querer em nome de uma tendencial funcionalização do direito.

Liga-se a segunda perspectiva ao combate da voragem individualista que contaminou a gênese dos direitos subjetivos e ainda hoje reclama os seus créditos, sem que seja, como veremos, a única via de superação do tecnicismo e voluntarismo radical da corrente contrária⁸⁸.

todo o direito se reduz ao direito objetivo; 3) dialética, para a qual há um conceito central, o de direito, que pode ser perspectivado duplamente: em sentido objetivo ou subjetivo.

Sem embargo do mérito da sistematização proposta, importa ter em conta que a ideia de reconhecimento de determinados direitos pelo ordenamento que, inelutavelmente, se impõem ao próprio legislador não nos condena ao jusnaturalismo.

O objetivismo de que aqui se dá nota redundante, então, na subjetivação do bem, que se traduz no interesse. O direito subjetivo passa a ser predisposto à tutela de bens – cf Carlo BOZZI, “Interesse e diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, 1957, 847.

Cf., a este propósito, HÖRSTER, *A parte geral*, 47.

Quanto ao primeiro nível argumentativo, importa referir, de modo global, que a identificação entre o direito e o interesse inviabiliza a consideração dos interesses legalmente protegidos que não ascendem à categoria do primeiro, ao mesmo tempo que o exercício deste não deve implicar qualquer tipo de funcionalização. Até porque, como salienta MENEZES CORDEIRO (*Tratado*, I/I, 319), há determinados direitos aos quais não corresponde qualquer interesse. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, cf., *inter alia*, CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral*, 176.

Para uma síntese dessas críticas, cf. o que dissemos supra, em nota.

⁸⁸ Falamos não só das posições ecléticas patenteadas por autores como Regelsberger, como também e preferencialmente de inúmeras outras teorias que, apreendendo as notas ideológicas e técnicas fundamentais do direito subjetivo, apresentam noções da categoria que não podem ser reconduzidas, *in totu*, a qualquer uma das posições explanadas.

Para Regelsberger, o direito subjetivo seria simultaneamente um poder da vontade e um interesse protegido, na medida em que o ordenamento jurídico reconhece o primeiro à pessoa para lhe facultar a realização de um determinado interesse, que assim passa a ser protegido.

Considerando que a posição do autor não é superadora das concepções anteriores, limitando-se a, “acumulando os inconvenientes das posições que utilizou”, proceder a um “somatório ou justaposição” dos termos daquelas, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I/I, 318 e CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral*, 176, nota 429.

Num sentido diverso, entendendo que contra as doutrinas ecléticas não podem ser movidas as críticas que atingiam a doutrina do interesse, cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 25.

Inserir-se a primeira numa tendência de exclusão do domínio jurídico de tudo quanto não seja posto ou imposto pelo legislador, pelo que está longe de ser monopólio da interressiologia a que somos conduzidos pelo pensador germânico⁸⁹.

Mais do que a escalpelização do pensamento do autor que perfunctoriamente acompanhámos, a bipartição problemática proposta tem o condão de nos auxiliar discursivamente na medida em que nos alerta para os pontos fulcrais a abordar se quisermos ser logrados na compreensão do direito subjetivo enquanto categoria dogmática autónoma. Dito de outro modo, serão direitos subjetivos apenas aqueles que são atribuídos pelo nosso ordenamento ou limitar-se-á este, em muitos casos, a reconhecê-los? E como antever as relações dialéticas entre o direito subjetivo e o direito objetivo⁹⁰? Inquietante, ainda, a ligação entre o direito e o interesse. Estarão eles imbricados e, se sim, comportará tal conceção uma funcionalização do primeiro, ao ponto de se perder uma nota distintiva essencial entre ele e os poderes-funcionais⁹¹?

Antes de continuarmos, importa, porém, salientar que a funcionalização e objetivação do direito subjetivo experimentadas em Ihering viabilizaram posi-

Na esteira de Regelsberger, outros autores adotaram uma posição mista. Entre eles, Jellinek (*Sistema dei diritti pubblici subjettivi*, tradução italiana de Vitagliano, Milão, 1912, que define o direito subjetivo como o poder de querer que o homem tem, reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico, dirigida a um bem ou interesse), e, entre nós, Castro MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, AAFDL, reimpressão, 1998, 325; Guilherme MOREIRA, *Instituições de Direito Civil Português*, 1.º volume, *Parte Geral*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907, 4; Cabral MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 1.º volume, 3.ª edição, Atlântida, Coimbra, 1959, 62 e Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.º volume, 5.ª edição, 2010, 549.

⁸⁹ A mesma tendência ficou denotada quando acompanhámos o pensamento de Windscheid, pelo que a grande diferença será a nota de unicidade das diversas tutelas erigidas em nome dos interesses predispostos. Motivo de crítica por inúmeros autores, a identificação do direito subjetivo com o interesse implica a tarefa suplementar de distinção entre uma tutela direta e uma tutela reflexa daquele. E se tivermos presente que esta é reconhecida por todos – até porque é no quadro legislativo que se fala de interesses legalmente protegidos ou normas de protecção de interesses alheios –, há que, em rigor, reduzir o problema ao seu mínimo denominador para reconhecer que em causa está, afinal, a pertinência ou impertinência da colagem evidenciada.

⁹⁰ Na verdade, importa sublinhar, para afastar qualquer equívoco, que, ainda que se evite a positivação dos direitos subjetivos, há uma nota de objetivação que não pode ser olvidada. Pois que não estamos a falar de direitos naturais ou de natureza social, mas de direitos jus-civilisticamente protegidos, pelo que o mínimo de reconhecimento pelo ordenamento há-de existir. O que se questiona é se o direito subjetivo é anterior ao direito objetivo ou o contrário.

⁹¹ Note-se que parte da doutrina vê estes direitos funcionais ou poderes deveres como uma submodalidade de direitos subjetivos. Nesse sentido, cf. CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral*, 185 s. e ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 40 s.

ções mais radicais, que, embora se situem ideologicamente nos antípodas umas das outras, se reconduzem, *grosso modo*, à negação daquele⁹²⁻⁹³.

Falamos de Duguit, Kelsen⁹⁴ e Larenz, na primeira fase do seu pensamento.

Para Duguit⁹⁵, seria inconcebível que, sob a chancela do ordenamento jurídico, se pudesse afirmar que uma vontade é superior à outra, ao que acresceria

⁹² Cf. HABERMAS, *Direito e democracia*, 119; cf., igualmente, Massimo la TORRE, *La lotta contro il diritto soggettivo, Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, 234 s., para um confronto entre a posição de Ihering e a sua luta pelo direito e a posição de Larenz e a sua luta contra o direito.

⁹³ Cf. Vittorio FROSINI, “Diritto soggettivo”, 1049. O autor salienta que foi com o advento do século XX e a intensificação da intervenção do Estado nas relações societárias que o conceito de direito subjetivo entrou em crise, dando-se especial ênfase ao dever.

⁹⁴ Contestando a inserção de Kelsen entre os autores negativistas, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado*, I/I, 322, nota 941 e François LONGCHAMPS, “Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine”, *Archives de Philosophie du Droit*, IX, 1964, 63, que, aliás, é citado pelo primeiro autor.

Referindo-se à posição de Kelsen, cf., ainda, Reis MARQUES, *Introdução ao Direito*, volume I, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, 260 s.

⁹⁵ Cf. Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1920, 12 s. O autor afirma que a questão central é a da existência ou não de uma manifestação de vontade. Se esta estiver em conformidade com a lei, pode surgir o problema de conflitar com ela uma outra que, nesse caso, atuaria contra o ordenamento. A questão da existência de um direito subjetivo, emergindo diante da violação da lei, redundaria, afinal, em saber se os expedientes que o ordenamento faculta para fazer face a essa *actio contra legem* podem ou não ser assim qualificados, para se responder, na esteira do pensamento do autor, negativamente. Reduzido a um mecanismo de movimentação das vias judiciais, o direito subjetivo reduz-se a zero, sobretudo se pensarmos que a atuação dos órgãos judiciais e/ou administrativos, perante a reação de um cidadão, é vinculada ao quadro legal, não sendo possível a omissão de agir.

Para o autor, quando alguém propõe uma ação, não está a exercer nenhum direito, mas a agir *secundum legem*. E o mesmo se pode dizer, *mutatis mutandi*, da prática de um ato lícito, considerando-se, ademais, numa visão conflitual do problema, que aquele que se opõe a tal atuação comete um ato ilícito.

O fenómeno jurídico, tal como é encarado por Duguit, sublinha o dever, em detrimento do direito, numa linha de acentuação da solidariedade social, ao ponto de perceber a própria propriedade como o poder do indivíduo que ocupa uma específica posição económica de cumprir a obrigação inerente ao seu estatuto social e de afirmar que não existe outra lei que não seja a lei de cumprir o seu dever. Na verdade, (cf. *Manuel de Droit Constitutionnel. Théorie générale de L'État. Le droit de l'État. Les libertés publiques. L'organisation politique de la France*, Paris, 1923, 12-13) encontrando o autor o fundamento do direito objetivo na solidariedade social, o direito subjetivo não poderia deixar de derivar dele e de ser entendido como “o direito de realizar todos os atos pelos quais coopera na solidariedade social” e bem assim “o direito de impedir que quem quer ponha obstáculos ao cumprimento do papel que lhe compete”. É nesse quadro que o autor vê a liberdade como um direito, porque

que os pressupostos metafísicos do direito subjetivo e a sua natureza antissocial o tornariam um expediente indesejável.

Já Kelsen⁹⁶ encara o problema da conceptualização do direito subjetivo à luz da sua teoria normativista do direito⁹⁷.

Nunca é demais recordar que para ele, oriundo do Círculo de Viena, o jurista deve abster-se de considerações acerca dos valores e das normas, porque carecidas de sentido⁹⁸, e debruçar-se, apenas, sobre as estruturas formais daquelas. Nessa medida, o dever de que o direito cura não é um valor ético, mas uma pura forma⁹⁹⁻¹⁰⁰. Reduzido à norma, percebe-se que o direito objetivo absorva

“o homem tem o dever de desenvolver a sua atividade individual tão plenamente quanto possível”, dado ser ela “um fator essencial da solidariedade que decorre da divisão do trabalho”.

Dito de outro modo com o autor,

“ele tem o direito na medida em que consagra a sua atividade própria à realização da solidariedade social”.

E acrescenta que insistir na visão do direito de propriedade como um direito natural nos conduzirá logicamente ao comunismo, uma vez que, se ela assenta na ideia de que o homem tem o direito de se apropriar do produto da sua atividade, todo aquele que trabalha deveria ser proprietário e só quem trabalha o poderia ser (p. 13).

Veja-se, ainda, *Le droit social. Le droit individuel et la transformation de l'état*, Paris, 1908.

Cf., ainda, para maiores desenvolvimentos do pensamento de Duguit no quadro das preocupações de fundamentação do sistema de normatividade, Simone GOYARD-FABRE, *Os fundamentos*, 153 s. V., igualmente, François GÉNY, “Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit”, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1922, XXI, 779-829 e Alfonso de TORRES, “Algunas consideraciones sobre la negación del derecho subjetivo en L. Duguit”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. 1, 1984, 301-330

⁹⁶ Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 4.ª edição, Arsénio Amado, Coimbra, 1976 (tradução de Baptista Machado), 185.

⁹⁷ A teoria pura do direito, edificada por Kelsen, insere-se no positivismo normativista ou lógico-normativo, distinto do positivismo jurídico empírico, que concebia o direito na perspectiva dos factos, fossem eles factos do mundo psicológico, na esteira de Bierling, fossem eles factos do mundo exterior, como no positivismo jurídico sociológico. Cf., para maiores desenvolvimentos, A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 21 s. e, *supra*, as considerações que foram expendidas acerca do autor.

⁹⁸ Cf. A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 21.

⁹⁹ Cf. A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 22. Note-se que, para Kelsen, a justiça é “um belo sonho da humanidade” que verdadeiramente nunca se conhecerá, redundando a afirmação naquilo que Kaufmann qualifica por relativismo axiológico – KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 22 e nota 6.

¹⁰⁰ Cf., igualmente, KELSEN, *Teoria pura*, 201, onde o autor, na voregem formalista da posição que sustenta, admite que uma norma jurídica pode ter um conteúdo absurdo ou arbitrário. Note-se, porém, que o autor admite a existência de uma norma fundamental de direito natural (*Grundnorm*), “um mínimo de metafísica”, sem a qual “não é possível o conhecimento do direito”. No fundo, o que o autor vem dizer é que o juízo de imputação em que se traduz a norma (tida como uma estrutura de ligação entre um fundamento e uma consequência) se configura como uma

o direito subjetivo. Tido como um expediente de que o primeiro se serve, embora tal não tivesse de ser necessariamente assim, é definido como o poder de reagir, através de uma ação, contra o não cumprimento de um dever¹⁰¹⁻¹⁰².

Larenz¹⁰³, por seu turno, substitui o conceito de direito pelo conceito de *status*¹⁰⁴. Recusando a distinção entre a esfera pública e privada, dado o sujeito estar totalmente integrado na estrutura social, o direito subjetivo não resulta da essência do ser humano e da sua intrínseca dignidade, mas do facto de ser mem-

injunção dirigida ao órgão judicial. Para tanto, este deveria estar obrigado por uma segunda proposição jurídica pelo que, como não se pode caminhar *ad infinitum*, a *Grundnorm* haveria de ser postulada. Cf. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928, *apud* Kaufmann, *Filosofia do direito*, 24, que nesta nota acompanhámos de muito perto e que, em virtude disso, afirma que “em último termo, portanto, o dever é, também em Kelsen, uma categoria ética”.

No fundo, para Kelsen o direito subjetivo deixa de ser o vetor dominante da construção jurídica para ser substituído pela noção de dever. Como afirma Carlo Bozzi (“Interesse e diritto”, 848), o direito subjetivo é uma *obrigação relativa* (se A tem o direito de usar uma coisa, isso implica que as demais são titulares do dever de não interferir com ela).

¹⁰¹ HANS Kelsen, *Teoria pura*, 186.

¹⁰² Cf., para uma interessante abordagem do pensamento de Kelsen a este propósito, traçando uma linha de continuidade do objetivismo que começou a desenhar-se desde Ihering, Carlo Bozzi, “Interesse e diritto”, ... cit., p. 847 e sobretudo 848, onde o autor acaba por dizer que uma dada interpretação da teoria Kelsiana toca o interesse, enunciado por Ihering e aprofundado por Thon. Mostra-nos o autor que o entendimento kelsiano acerca do direito subjetivo é tributário de uma conceção mais ampla acerca do direito e do Estado.

Refira-se, ainda, que Bozzi deixa claro que o resvalar para o domínio do ordenamento é potenciado pela própria teoria da vontade, na versão de Windscheid. Pois que basta considerar que a vontade que caracteriza o direito subjetivo é, afinal, a vontade do ordenamento jurídico.

¹⁰³ K. Larenz, “Rechtsperson und subjektivs Recht”, Larenz, (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935., 225 ss. Note-se que falamos aqui de uma primeira fase do pensamento de Larenz, posteriormente abandonada. Cf. Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München: C. H. Beck, , 2004, 270 s. O autor abstém-se de apresentar uma noção de direito subjetivo, dando origem àquilo que, entre nós, Menezes Cordeiro designa por orientação neo-empírica (cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, I/I, 323). Na verdade, tendo em conta a multiplicidade de situações abarcáveis pela figura, Larenz opta por apresentar um elenco descritivo delas, falando, então, de direitos absolutos de senhorio (direitos de personalidade, direitos reais e direitos sobre bens imateriais); de direitos de família pessoais; de créditos; de pretensões; de direitos potestativos; de direitos participativos e de expectativas.

A nota comum entre elas é a função que cumprem de protecção de uma esfera de liberdade.

Para uma análise do conceito de direito subjetivo elaborado por Larenz numa primeira fase do seu pensamento, cf. Massimo la Torre, *La lotta*, 167 s. Integra-se, aí, no movimento de renascimento jurídico alemão, intimamente comprometido com o regime nacional-socialista.

¹⁰⁴ Cf. o que à frente, em nota, se diz sobre Siebert e a influência que exercer sobre esta fase do pensamento de Larenz.

bro da comunidade¹⁰⁵⁻¹⁰⁶, sendo reduzido a uma especificação do direito objetivo. A sua essência traduz-se, não numa liberdade ou num poder, mas num dever ser, expressão de um vínculo existencial e não meramente normativo¹⁰⁷.

A radicalidade com que somos confrontados insta-nos a ponderar reflexivamente a essência do direito subjetivo, na profundidade dos alicerces que o sustentam. Em jogo está a própria manutenção daquele na sua autonomia conceptual. E sem querermos resvalar num conceptualismo espúrio, estamos seguros que o seu combate não passa pela eliminação pura e simples de qualquer conceito do quadro jurídico. Desde que operativos, estes afiguram-se imprescindíveis, sendo expedientes incontornáveis ao contribuírem para a redução da complexidade que a realização judicativo-decisória do direito acarreta.

Revela-se a prudência fundamental a este ensejo, conduzindo à rejeição de duas posições extremas. Quer aquela que, aceitando que a realidade tudo comanda, importa para o mundo jurídico dados dela sem se aperceber da natureza juridicamente cunhada que os mesmos *comungam ab initio*. Quer aquela

¹⁰⁵ LARENZ, “Rechtperson”, 241.

¹⁰⁶ Note-se que a pertença, como membro, à comunidade estava reservada a quem pertencesse ao povo germânico. Cf. LARENZ, “Rechtperson”, 246.

Partindo de uma conceção organicista de sociedade, Larenz presenteia-nos com o conceito de *status*, enquanto posição jurídica que combina, polarizados num mesmo sujeito, direitos e deveres. É dele que decorre a capacidade jurídica, tornando-se plausível em termos teóricos, projetáveis na *praxis*, a existência de capacidades limitadas.

De acordo com a escalpelização de Massimo la TORRE (cf. *La lotta*, 187), enquanto para a doutrina tradicional, a subjetividade jurídica (ali entendida como capacidade jurídica) é tida como um pressuposto da titularidade do direito, com Larenz, a capacidade jurídica é antes um produto da situação jurídica específica em que o sujeito está investido.

Ela surge identificada como a idoneidade de assumir uma dada função no quadro do organismo social (Massimo la TORRE, *La lotta*, 195).

A posição jurídica assume, portanto, uma dupla vertente. Por um lado, ela indica a pertença a uma comunidade; por outro lado, é concebida por referência aos membros singulares dessa mesma coletividade – cf. LARENZ, “Rechtperson”, 245. Se do primeiro resultam diversos deveres, o direito subjetivo aparece como um dever ser de todos os membros da comunidade perante a mesma (cf. MASSIMO LA TORRE, *La lotta*, 210).

¹⁰⁷ Cf. Massimo la TORRE, *La lotta*, 190-191. Significa isto, em termos de repercussões dogmáticas, que o direito já não se considera limitado exteriormente, mas no seu próprio interior.

Mais do que isso, com a doutrina de Larenz, na primeira fase do seu pensamento, a ideia de dever sobrepõe-se à de direito e aquele é configurado, contra o que sucede num quadro liberal, em termos positivos. Já não está só em causa a simples omissão de qualquer conduta que contenda com a liberdade do outro indivíduo mas, outrossim, o dever de adotar comportamentos positivos – cf. Massimo la TORRE, *La lotta*, 193.

Cf., dando ênfase à elasticidade do BGB que, vigorando desde 1900, foi capaz de atravessar o período nazi, Pietro RESCIGNO, “Lo Schuldrecht del codice civile tedesco: l’esperienza di un secolo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LII, n.º3, 780.

que, num esforço tecnicista, olvida a materialidade subjacente para alienar o mundo concreto. Qualquer uma comete o erro de esvaziar o conceito da intencionalidade especificamente jurídica que o há-de predicar, pelo que o que metodologicamente foi aflorado significa, afinal, a impertinência das soluções negativistas.

Num plano discursivo diverso, dogmaticamente mais denso, há que apontar as falhas dessas mesmas posições.

Esquemáticamente, descortina-se uma linha de força que, para lá da diversidade denotada pelos autores em apreço, pode ser tomada como denominador comum: a redução do direito subjetivo a um comando permissivo comunicado pelo direito objetivo. E é este predomínio do segundo relativamente ao primeiro que não podemos deixar de criticar, pois, se é certo que não é defensável um determinismo dedutivista à boa maneira jusnaturalista, há certos bens que o legislador não pode deixar de tutelar em nome da ineliminável dignidade do ser humano que urge reconhecer.

Inúmeras formas protecionistas¹⁰⁸ poderiam, contudo, ser forçadas sem que fosse imprescindível a consagração de direitos subjetivos. Tratar-se-ia, no fundo, e afastando-nos já do posicionamento kelsiano, de um objetivismo não positivista, eivado de uma matriz axiológica fundamentante¹⁰⁹. Não cremos, porém, que tal espelhe corretamente os dados do nosso ordenamento jurídico.

¹⁰⁸ O que aqui fica implicitamente referido é que negamos que a essência do direito subjetivo se cumpra num mero esquema protecionista, que, aliás, implicaria a sua desapareição. Mais se diga que, embora estejamos aqui a ligar a posição de Duguit e Kelsen a essa visão protecionista, Menezes Cordeiro a autonomiza das conceções negativistas, das quais, aliás, exclui o segundo autor citado. Referindo-se às doutrinas protecionistas, de que seria exemplo paradigmático o pensamento de Von THON, cf. *Tratado*, 322 e ss.

¹⁰⁹ Relembra-se, a este propósito, a discussão havida no ordenamento jurídico tudesco acerca da configuração dos bens elencados no §823 BGB como verdadeiros direitos subjetivos ou não. Cf. Rudolf REINHARDT, “Das subjektive Recht im § 823 Abs. 1 BGB”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 23/24, 1961, 713 s.

Veja-se, porém, a crítica de MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I/I, 324 s. Entende o autor que a desconsideração do direito subjetivo e a ponderação da sua substituição por outro expediente técnico erram ao não ter em conta a “autonomia ótica” daquele. Podemos aí ler que

“o direito subjetivo existe, pela positiva e como figura geral: negá-lo, retirar-lhe importância, reduzi-lo à defesa (termo negativo) ou proclamar a impossibilidade de o definir, substituindo-o por uma listagem é, no fundo, assumir um voluntarismo ingénuo”.

E por isso, referindo-se especificamente a Duguit, entende que nem sequer devemos ponderar a aptidão das soluções propugnadas pelo autor, na exata medida em que o direito subjetivo não é uma simples construção técnica, tendo “um nível significativo-ideológico profundo” (p. 325).

Na verdade, joga mal essa visão com a determinação de um conteúdo positivo para direitos subjetivos. Mais concretamente, se com Duguit reduzíssemos o direito subjetivo a uma questão de determinação da licitude da ação cuja problematidade se agigantaria diante da oposição voluntária à nossa atuação, tudo redundaria no desenho de relações jurídicas de tipo omissivo. Com duas consequências.

Uma, também conatural ao pensamento de quem como Kelsen o entende como um mecanismo de reação, traduzida na exacerbação da conflitualidade inerente à titularidade do direito, quando, na realidade, esse será um dado excecional¹¹⁰⁻¹¹¹.

Outra colimada na incapacidade de se considerar o conteúdo positivo do direito subjetivo. Não olvidamos que em Duguit ele é determinado pela nota da solidariedade social. Mas isso arrastar-nos-ia a uma funcionalização coletivista daquele, que tornaria, ademais, incompreensíveis soluções como a indenização no âmbito de um processo de expropriação por utilidade pública. E, em concreto, o formalismo kelsiano não logra explicar cabalmente até onde pode ir, na sua esfera de atuação, o titular do direito subjetivo. Sobretudo no

¹¹⁰ Cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado*, 325. Acresce que, em todos os casos de direitos obrigacionais, a ideia de colaboração típica entre credor e devedor parece não se enquadrar verdadeiramente neste esquema explicativo da categoria ou não categoria.

Confunde-se o direito enquanto tal com a garantia que o sustenta e lhe comunica a nota da juridicidade. Com o resultado óbvio de se tornarem, neste quadro, impensáveis as obrigações naturais enquanto direitos, contra o que nos é comunicado pelo nosso ordenamento jurídico positivo.

Ao mesmo tempo, implicaria a inexplicabilidade de situações de não reação do titular do direito diante da violação do mesmo. Não se fala aqui da omissão de reação voluntária, uma vez que ela não importa a perda da possibilidade de o fazer e, mesmo nos casos de renúncia, ela não deixa de ser querida. Mas, daquelas em que, *v.g.* por ignorância do agente violador da posição subjetiva, não há possibilidade de fazer movimentar as vias judiciais predispostas para o efeito. Nas concessões negativistas, ou mesmo naquelas que Menezes Cordeiro autonomiza como protecionistas, isso importaria a não existência do direito, o que está longe de ser correto.

Ademais, aquela renúncia de que se falou pode ser prévia e a congruência lógica do pensamento dos autores obrigá-los-ia a considerar que o direito – nessa vertente negativa a que o mesmo é reconduzido – só emergiria se e quando os pressupostos normativos erigidos para viabilizar a reação à sua lesão estivessem preenchidos. Renunciar-se-ia, então, a que se o direito ainda não estava formado? Com o que consideramos, ainda, um outro dado: a existência de providências que visam acautelar a lesão futura do direito, indiciando a sua autonomia óntica e não apenas expectável. Tanto mais que meras expectativas de aquisição de uma posição jurídica protegida não viabilizam idênticos mecanismos.

¹¹¹ Haveria um certo retorno ao direito romano e à centralidade da ideia de ação.

que tange aos direitos ditos dominiais, realça-se o lado externo dos mesmos, pondo de lado o núcleo interno que os entretece¹¹².

Não se ignora, porém, o seu contributo prestimoso. Pese embora as inconcludências denotadas, há que reconhecer o mérito da denúncia quer da deriva formalista¹¹³, quer da hipertrofia individualista¹¹⁴⁻¹¹⁵⁻¹¹⁶.

¹¹² E que, ao entretecê-lo, permite configurá-lo como um poder.

Note-se que, como veremos, estamos longe de uma proclamação absolutizadora de tal poder. Simplesmente, entendemos que só é viável a determinação do conteúdo do direito pela pressuposição de um referente de sentido que, polarizado na pessoa, permita discernir até onde pode ir o seu sujeito. É isso que KELSEN não compreende, abrindo a porta à funcionalização do direito subjetivo, despedido de todas as colorações normativas. É, aliás, esta funcionalização da categoria que permitirá, em última instância, o seu aproveitamento no quadro de regimes autoritários. Perdendo o seu horizonte de sentido fundamentante, o direito subjetivo torna-se manipulável, quer pelo individualismo potenciador do capitalismo económico, quer por formas de coletivismo de que o organicismo é expressão – cf. HABERMAS, *Direito e democracia*, 119 e 120.

¹¹³ Sublinhe-se, em nome do rigor, que, se através de algumas das conceções negativistas somos instados a refletir acerca do empobrecimento ideológico que a tecnização exacerbada do conceito de direito subjetivo comporta, nem todas conseguem escapar a uma deriva formalista, antes a acentuando. Assim com o pensamento de KELSEN e a sua teoria pura do direito, de matriz nitidamente positivista.

Note-se que em KELSEN continua a surgir uma ideia de liberdade. As normas jurídicas estabelecem, de facto, liberdades de ação, que são garantidas pelo detentor do poder.

¹¹⁴ Cf. LÉON DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel. Théorie générale de L'État. Le droit de l'État. Les libertés publiques. L'organisation politique de la France*, Paris, 1923, p. 7.

O erro de Duguit parece, pois, ser o de substituir o individualismo pelo seu antípoda, numa atitude própria de *tertium non datur*. Na linha de DURKHEIM, de quem foi discípulo, Duguit sobrevaloriza a sociedade por referência ao indivíduo.

¹¹⁵ Contributo essencial foi, igualmente, veiculado por Siebert. Cf. do autor *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB), unter besonderer Berücksichtigung des dewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG)*, N.G. Elwert, Marburg in Essen, 1934.

Propugnando uma teoria organicista, Sibert contesta a ideia de um indivíduo autónomo e distinto da coletividade o que redundará na defesa de uma ideia de posição jurídica subjetiva como *status* e de relatividade. Esta decorre do facto de aquele *status* implicar uma posição concreta no todo societário e de nele desempenhar uma função social a que fica, portanto, adstrito o direito subjetivo. Nessa medida, e não obstante o que ficou dito acerca de Ihering, precursor da *Jurisprudência dos Interesses*, Sibert mostra-se particularmente crítico desta corrente de pensamento, porque o interesse é ali considerado em termos individuais, ainda que numa dinâmica conflitualista, perdendo-se a simbiose entre direito e dever que, longe de se posicionarem de forma contraposta, se fundem na mesma posição jurídica.

Para uma análise pormenorizada do pensamento de Siebert, cf. Massimo la TORRE, *La lotta*, 174 s., que aqui acompanhamos, e onde o autor evidencia a influência que aquele exerceu sobre o pensamento de Larenz. Mostra, aí, o autor que para Sibert não bastava existir um direito para que uma ação fosse considerada lícita, sendo imperioso examinar em concreto se o direito corresponde

A falência dos quadros tradicionais em que o mesmo foi autonomizado deveu-se em parte à abstração e ao ficcionismo próprios do racionalismo iluminista que os forjou.

Na verdade, o indivíduo dessolidário, atomizado, detentor de uma vontade insindicável, desde que atuante no âmago da sua esfera jurídica – também ela erigida em termos abstratos –, não recebe acolhimento no mundo exterior, onde, reclamando-se a intervenção do direito, a alteridade e a intersubjetividade são os traços dominantes.

O homem solitário, predador de si mesmo e dos outros homens, mais não é do que uma visão empobrecida e desdignificante de cada um. Uma visão deturpada que, abrindo a porta ao formalismo e arbítrio totalizante, implicará, a um tempo, a alienação do direito e bem assim a conceptualização em moldes inconsonantes com o dado ontológico.

Ao ser em si alia-se o ser com o outro, que se reconhece no semelhante, tributário da mesma dignidade, com quem estabelece uma ponte comunicante. O sentido da comunhão que assim se postula deve, porém, ser esclarecido. E para o fazermos recordaremos algumas das notas do modo de ser pessoa, axiologicamente densificado.

O homem é incapaz de se realizar plenamente no isolamento. Necessita do outro, da abertura dialogante. Esse imperativo está, porém, distante de uma visão utilitarista, em que o outro é tido como um meio de satisfação de necessidades ou um instrumento colaborante na prossecução do bem comum. Não se ignora que muitas vezes é esse o papel da interação subjetiva. Mas, jamais a aproximação ao tu poderá implicar a sua objetivação. Desde logo porque a imperiosa

ou não a uma função efetiva da comunidade e se persegue um escopo assumido pela comunidade através dos seus valores (cf. pág. 175).

Sumariamente, e de acordo com a sistematização de LA TORRE (*La lotta*, 179-180), ao conceito de direito subjetivo, Sibert contrapõe o de *status*, a combinar, a um tempo, a posição ativa e passiva, que tradicionalmente repousam em sujeitos diversos da relação jurídica. O *volksgenössische Berechtigung* identifica-se com a posição ocupada em termos sociais pelo sujeito e os seus limites são determinados tendo em conta a função que aquele desempenha no tecido social e as imposições decorrentes da boa-fé e dos bons costumes. Em última instância (cf. LA TORRE, *La lotta*, 180), o conteúdo do direito, sempre incerto, depende da decisão do juiz que deve decidir em conformidade com a política nacional-socialista.

¹¹⁶ Também em Larenz a denúncia da hipertrofia individualista não resulta na exaltação da pessoalidade, mas antes na defesa de um coletivismo em que aquela é submetida ao todo societário em que se insere. Com a consequência terrífica da desdignificação do ser humano, traduzível na perda da ideia de igualdade entre todos e bem assim na desconsideração da autonomia daquele, pese embora não sufraguemos uma visão meramente negativa da liberdade. Cf. R. Soares PEREIRA, *Direito subjectivo ou tutela objectiva de interesses? Cavalos de Tróia e Ornitórrinco Jurídicos*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, 11 a 14.

O Direito 148.º (2016), II, 233-282

urgência da presença do outro na vida de cada um resulta anterior à experiência primeira de auto percepção do eu. Dito de outro modo, só olhando para o nosso semelhante somos capazes de nos reconhecer e, por isso, o olhar derramado sobre ele deverá estar maculado pela ideia da sua ineliminável dignidade ética com que a nós mesmos, e dialeticamente, passamos a conceber. No fundo, ao dado ontológico aliamos, como referido anteriormente, a dimensão axiológica.

Desta relação ética fundamental decorrem corolários importantíssimos.

O outro nunca pode ser um meio, mas sempre um fim, merecedor de respeito, o mesmo respeito que exigimos em relação a nós. E essa exigência de sentido é não só dirigida ao outro como a nós mesmos, sob pena de deturparmos o referencial de sentido com base no qual entretecemos as nossas relações.

Por outro lado, vemos no outro um ser único, irrepetível, portador da sua individualidade. O que significa que a teia ética assim conformada não nos pode obnubilar o sentido da reserva pessoal que a cada um cabe. A personalidade que se convoca, não encerrando o homem sobre si mesmo, abre-o ao outro pelo estabelecimento de pontes de solidariedade. Mas essa solidariedade não é gregária, pelo que não condena o homem, livre do individualismo, à totalização societária.

O referente de sentido a partir do qual se erige o direito subjetivo já não é o indivíduo, mas a pessoa¹¹⁷, com tudo o que este simples enunciado linguístico encerra.

O direito subjetivo deixa de ter como fundamento a vontade assente num quero, posso e mando para passar a alicerçar-se no reconhecimento da ineliminável dignidade ética do ser humano. Com o que o direito subjetivo será, ainda e sempre, um espaço de afirmação da autonomia pessoal.

Só que, inteligida à luz da personalidade, a autonomia, de que o direito subjetivo é expoente, passa a ser pensada em termos axiologicamente cunhados, o que implica que, na sua atuação livre, o sujeito não esqueça os laços que o unem ao tu, sob pena de cair num abuso de liberdade, ao mesmo tempo que

¹¹⁷ Neste sentido, cf. Gomes da SILVA, “Esboço para uma concepção personalista do direito: reflexões em torno do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII, 1965, 11 s.; Menezes CORDEIRO, *Tratado*, I/I, 329 (onde, a propósito do direito subjetivo, o autor afirma que “a liberdade jurídico-subjetiva deve ser complementada com as ideias de cooperação, de participação, de responsabilidade ou de deveres iminentes”).

Veja-se, ainda, na literatura estrangeira, novamente, JAN SCHAPP, *Derecho Civil*, 71; RAISER, “Der Stand der Lehre vom subjektiver Recht im deutschen Zivilrecht”, *Juristenzeitung*, 1961, 465-473; Gustav RADBRUCH, “Du droit individualiste au droit social”, *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1931, n.º3-4, 387 s.; F. MICHELMANN, “Justification and the justifiability of law in a contradictory world”, *Nomos*, vol. XVIII, 1986, 71 s.

o exercício daquele se torna sindicável por referência aos princípios do sistema que, entroncando naquela ideia ética, lhe servem de pilar sustentador. Ou seja, na sua atuação livre o sujeito não pode atentar contra a sua própria dignidade, contra a sua personalidade.

b) *Os direitos de personalidade ancorados na pessoa e não no indivíduo*

Do que ficou dito resulta que o conteúdo do direito seja igualmente preenchido por deveres e que o seu exercício seja indissociável de uma nota de responsabilidade. E resulta, também, não ser possível invocar um direito de personalidade para sustentar um comportamento que contraria a sua estrutura valorativa. Apesar de conceptualmente o direito subjetivo continuar a assentar num poder de vontade, este não é, nem pode ser, uma vontade arbitrária e sem sentido, mas há-de ser necessariamente uma vontade axiologicamente sustentada. O que quer dizer que, estando em causa um direito de personalidade, o homem não passa – por ser seu titular – a deter um poder absoluto sobre si mesmo, transformando-se num escravo de si próprio, porque o homem que o titula é pessoa e, como tal, o seu exercício há-de estar em consonância com a estrutura valorativa em que se funda.

Não aderimos a uma posição de suspeição em relação à categoria dos direitos de personalidade. Nesta matéria, afastamo-nos de autores como Diogo Costa Gonçalves, para quem o direito geral de personalidade contradiz a realidade ontológica do homem; contradiz a sua dimensão pessoal. Para o autor, o homem do direito geral de personalidade não é a pessoa, é o indivíduo; é filho da antropologia da subjetividade e da desconstrução do conceito ôntico de pessoa; é o homem que desenvolve a sua humanidade face aos outros, mas também contra os outros. Nessa medida, e de acordo com tal entendimento, a personalidade objeto do direito geral de personalidade não conhece deveres que a realizem, mas apenas deveres que a limitam e condicionam. Por exemplo, o dever de obediência do filho surge como um limite à sua personalidade, quando a relação filial deveria ser vista como uma dimensão essencial da realização da pessoa. O direito geral de personalidade não sabe lidar com a abertura relacional e com a dimensão realizacional¹¹⁸.

Ora, embora concordemos com Diogo Costa Gonçalves na preocupação de não transformar o homem no predador de si próprio, dissentimos no diagnóstico que oferece. A preocupação dos autores relativamente à perda de

¹¹⁸ Cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e direitos de personalidade*, 87 s.

Para outras posições críticas da figura do direito geral de personalidade e dos direitos de personalidade, cf. P. Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, 11 s.

dignidade a que a pessoa assim poderia ser condenada não tem razão de ser. E isto por dois motivos: em primeiro lugar, o direito subjetivo (seja ou não um direito de personalidade) radica na pessoa e não no indivíduo, pelo que ele nunca encerrará o seu titular sobre si mesmo (antes o fazendo comunicar com os seus semelhantes). Na verdade, o direito subjetivo não é apenas fonte de poderes, exercidos de acordo com uma vontade arbitrária, mas é também fonte de deveres; em segundo lugar, o direito subjetivo tem um determinado fundamento ético-axiológico (tal como o direito objetivo). No caso dos direitos de personalidade, não só o fundamento ético-axiológico como a sua teleologia primária reconduzem-se à ideia de dignidade ética da pessoa humana, donde nunca o direito de personalidade pode ser invocado para legitimar comportamentos atentatórios da dignidade. Acresce que, sendo o homem um ser relacional, que apenas se realiza no encontro do *eu* com o *tu*, a tutela dos direitos de personalidade não pode senão espelhar essa dimensão. Parece-nos, portanto, que a conceção de Diogo Costa Gonçalves, sendo meritória pelas preocupações que denota, não pode deixar de concitar críticas: é que o autor radica o fundamento da proteção da pessoa na ontologia, esquecendo o imprescindível salto para a axiologia, a que nos referimos anteriormente.

Acresce que, do ponto de vista dogmático-sistemático, não é viável olhar para a categoria fora da subjetivação. Olhar para os direitos de personalidade como meros bens da personalidade que seriam tutelados ao nível do ordenamento jurídico (portanto, objetivamente) não nos resolveria todos os problemas. Desde logo, como explicar a limitação voluntária de alguns desses bens por via do consentimento, se eles não estivessem ao abrigo da livre disposição do seu titular? E estando, por que razão não poderiam ser concebidos como direitos subjetivos se eles se integram na categoria? Como explicar, ainda, que a reação contra a lesão ou ameaça de lesão fique na dependência do seu titular, se os bens fossem tutelados de forma objetiva?

Não é, pois, pela descaracterização da categoria que se pode proteger o homem contra si mesmo. Ao invés, a proteção que se anseia só se pode encontrar pela necessária consideração do fundamento ético-axiológico do direito.

5. A questão concreta da eutanásia

Do que ficou dito, consegue perceber-se que a morte a pedido nunca deixará de consubstanciar um ato ilícito do ponto de vista do direito civil¹¹⁹.

¹¹⁹ Ainda que o legislador legitime formalmente o comportamento, ficcionando um pretense direito a morrer, importa considerar que esse será sempre um não-direito, já que estamos diante de uma

O consentimento do ofendido não surge ali para limitar o direito, dentro do que os bons costumes ou a ordem pública autorizam, mas configura uma renúncia ao direito à vida. Ora, esta renúncia, porque corta a relação do *eu* com o *tu*, atenta diretamente contra a dignidade da pessoa, não podendo corresponder ao exercício de um direito que tem nessa mesma pessoa (e na sua dignidade) o polo de fundamentação axiológica.

A vontade não pode arvorar-se no valor superior à mercê do qual a própria pessoa claudica. Se a vontade (a alicerçar o pedido de morte), na sua subjetividade quantas vezes insindicável, fosse o vetor justificador do comportamento, então, deixaríamos de ter um critério de determinação de quais os pedidos que são ou não legítimos. Advogar a licitude da morte a pedido redundaria, afinal, na desconsideração da própria dignidade da pessoa, que passaria a ser disponível e contingente no seio do ordenamento jurídico. Tal posição corresponderia a elevar a (mal compreendida) autonomia a decisor absoluto, donde deixaria de haver um limite para qualquer pretensa limitação voluntária dos direitos de personalidade. Se alguém sem justificação pode decidir eliminar a vida, por maioria de razão o ordenamento jurídico – que se condena a uma mera forma desvaliosa – fica sem mecanismos para conter outras pretensões, como por exemplo, amputar um braço ou uma perna por motivos estéticos. No fundo, o direito desapareceria, porque perderia o sustentáculo do justo.

Se, ao invés, se tentarem estabelecer critérios objetivos de determinação da licitude do pedido de aniquilação da vida, então, o fator determinativo não será, propriamente, a vontade, mas o reconhecimento de que há vidas que não são dignas de serem vividas¹²⁰. Aliás, a alocação “morte digna” usada neste contexto, se bem compreendida, remete-nos, no seu contrário, para a existência de uma vida indigna. Há, portanto, um claro atentado à dignidade da pessoa – daquela pessoa e da Pessoa em geral. A questão passa, portanto, a ser inclusivamente civilizacional¹²¹. E o direito desaparece, também, nesta vertente (aparentemente) moderada do problema, por passar a admitir a indignidade de certas pessoas.

daquelas matérias que, como se percebe pela exposição anterior, estão fora da disponibilidade do legislador, que se terá de conformar com os dados axiológicos pressupostos, sob pena de se negar o próprio sentido do justo que está ínsito a um ordenamento jurídico.

¹²⁰ Importa notar, a este propósito, que nos ordenamentos jurídicos onde foi legalizada a eutanásia se tem vindo a passar de um modelo contido de justificações para o pedido de morte para um modelo menos contido, a admitir cada vez mais situações procedentes de morte a pedido, naquilo que os autores já designam por rampa deslizante (a expressão é de Walter Osswald, na conferência proferida nas Jornadas sobre Pessoa Humana, Eutanásia e Fim da Vida, organizada pela Comissão de Ética da Universidade do Porto, a 14 de Abril de 2016)

¹²¹ Nesse sentido, embora com apelo ao dado ontológico e não axiológico, cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I, Parte Geral*, Tomo III, *Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, 128 s.

Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes

DR. PAULO MARQUES*

«Nenhum segredo é segredo perfeito, senão o que passa a ser ignorância, porque o segredo que se sabe, pode-se dizer, o que se ignora, não se pode manifestar».

PADRE ANTÓNIO VIEIRA

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *A derrogação do sigilo bancário e a Constituição*: 2.1. *A tensão indisfarçável entre o direito ao sigilo bancário e o interesse público*; 2.2. *A reserva da vida privada na Constituição*; 2.3. *A nossa posição*. 3. *A audiência prévia*. 4. *O dever especial de fundamentação*. 5. *A tutela jurisdicional*: 5.1. *O enquadramento constitucional*; 5.2. *O recurso judicial*; 5.3. *A (in)admissibilidade da suspensão da eficácia do acto*.

1. Introdução

No actual contexto de globalização, em que os problemas mais inquietantes deixaram de ter solução no espaço do “Estado Exíguo”¹, o acesso do fisco aos dados bancários constitui um dos principais instrumentos no combate à moderna criminalidade económico-financeira², cada vez mais organizada em

* Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa.

¹ ADRIANO MOREIRA, *A Circunstância do Estado Exíguo*, 2.^a ed., Diário de Bordo, Lisboa, 2009, pp. 194–202.

² Uma questão relevante é a de saber se a inspecção tributária (artigos 62.º e 63.º, n.º 4, do Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira – RCPITA) pode ou não utilizar as “provas” recolhidas em processo de inquérito criminal fiscal, agora em sede de procedimento tributário, para liquidação subsequente. A este propósito, entendemos que os elementos probatórios recolhidos no decurso da investigação criminal fiscal, podem, em princípio, ser utili-

moldes universais³ e, em especial, no combate à fraude e à evasão fiscal e aduaneira⁴. As sucessivas alterações legislativas passaram a perspectivar o referido acesso como a regra e, cada vez menos como a excepção, em resultado da necessidade de aumentar as receitas tributárias do Estado numa conjuntura de emergência financeira. Por seu lado, os cidadãos exigem legitimamente cada vez maior *igualdade* entre todos os contribuintes (artigo 13.º, da Constituição da República Portuguesa). Tal implica uma maior vigilância e diligência pelos poderes tributários, acarretando o sacrifício de alguns direitos individuais, entre

zados no procedimento de inspecção tributária, mesmo que não possibilitem ter certeza absoluta sobre os factos. Sempre que da prova produzida resulte a *fundada dúvida* [não qualquer dúvida] sobre a existência e quantificação do facto tributário, deverá o acto impugnado ser anulado (artigo 100.º, do Código de Procedimento e de Processo Tributário – CPPT). Este princípio não consagra, segundo pensamos, a substituição *tout court* da presunção da legalidade do acto tributário pela presunção da verdade declarativa do contribuinte (artigo 75.º, da Lei Geral Tributária – LGT), até porque existe a presunção da boa fé mesmo dos actos praticados pelo fisco (artigo 59.º, n.º 1, da LGT), devendo este actuar segundo a mais escrupulosa legalidade (artigo 55.º, da LGT). Apenas em caso de “*fundada dúvida*” deve ser anulado o acto tributário, em face da ineficaz demonstração da existência ou da qualificação daquele. Por seu lado, enquanto expoente do princípio da presunção da inocência do arguido, apenas deve ser proferida acusação em caso de verificação de “*indícios suficientes*”, ou seja, em caso de não existir probabilidade da prática do ilícito criminal fiscal, o Ministério Público deve proferir obrigatoriamente a decisão de *arquivamento* (artigos 277.º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Penal – CPP), tendo esta decisão um mero alcance processual e não consubstanciando propriamente então um juízo de mérito.

Segundo o Pleno do Supremo Tribunal Administrativo «A diversidade dos bens jurídicos que autorizam o afastamento da regra da reserva da informação em sede de processo criminal e em sede tributária – que determina a diversidade dos procedimentos e da competência para a derrogação do sigilo – não permite que a AT, sem mais, utilize a informação bancária obtida legitimamente no âmbito do inquérito criminal, quer lhe seja comunicada pela autoridade judiciária, quer dela tenha tido conhecimento pelo exercício de funções no âmbito das competências que lhe são delegadas no âmbito do inquérito. A AT pode utilizar essa informação bancária, mas não poderá fazê-lo em prejuízo dos direitos do interessado, o que significa, para além do mais, que não fica dispensada de respeitar o procedimento previsto no art. 63.º-B da LGT, maxime dando início a um procedimento inspectivo, comunicando ao interessado a decisão fundamentada de quebra do sigilo e permitindo-lhe assim sindicá-la judicialmente essa decisão administrativa» (16 de Setembro de 2015 – Proc. n.º 099/15).

³ Cf. ANTÓNIO DE ALMEIDA SANTOS, *Elogio da Política, da República e da Globalização*, Campo da Comunicação, Lisboa, 2011, pp. 67-68.

⁴ Segundo o Tribunal Central Administrativo Sul, «o objectivo de combate à fraude e evasão fiscais é credencial constitucional legítima, dada a peculiar posição das instituições de crédito, tendo em vista a derrogação do sigilo bancário, para justificar a referida derrogação. Dada a massificação das relações tributárias, assentes no princípio declarativo e a concomitante massificação das relações bancárias, cujos registos servem de suporte aos lançamentos contabilísticos, o acesso aos dados bancários do contribuinte constitui o meio de prova, por excelência, da veracidade das declarações e dos registos contábil» (Acórdão de 1 de Outubro de 2014 – Proc. n.º 06090/12)

eles, a *privacidade* dos próprios cidadãos. A administração tributária, não raro, necessita junto de terceiros, de algumas informações atinentes à situação tributária dos contribuintes, enquanto manifestação dos princípios jurídicos da verdade material, do inquisitório e da prossecução do interesse público.

Durante o período de 2012 a 2014 foram instaurados pelo fisco 1.203 procedimentos que culminaram em 292 decisões de levantamento do sigilo e 932 processos com autorização voluntária do sujeito passivo ou de terceiros. Durante o ano de 2014, foram instaurados 457 procedimentos administrativos de derrogação do sigilo bancário, tendo sido concluídas 90 decisões de levantamento de sigilo e 366 processos por autorização voluntária ou notificação do projecto de levantamento do sigilo bancário, conforme o seguinte gráfico⁵.

Quando falamos em derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais, estamos a falar de liberdade pessoal e patrimonial, tendo esta que ver com a própria condição de cidadão-contribuinte, daí resultando amplos direitos e deveres cívicos, reconhecidos num Estado Democrático de Direito.

Por isso, o acesso da administração tributária à informação bancária relativa aos contribuintes não pode deixar de ter como contraponto o dever de *sigilo fiscal* imposto aos profissionais do fisco (artigo 64.º, da LGT)⁶. O cumprimento deste dever garante aos contribuintes a *não divulgação a terceiros* de informação com relevância fiscal, isto é, fora do circuito restrito e qualificado dos profissionais da autoridade tributária e aduaneira, estando estes co-obrigados entre si ao mencionado dever de confidencialidade fiscal⁷. A este propósito, Jónatas Machado e Paulo Nogueira da Costa falam-nos num «dever de sigilo por parte da administração fiscal, compreendendo o sigilo da administração perante o público, vinculando dirigentes, funcionários e agentes. Deste princípio decorre um dever de descrição, por parte do funcionário, na discussão, de questões

⁵ Fonte: Relatório sobre o Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras – 2014.

Os serviços estão obrigados a prestar ao Ministério das Finanças informação anual de cariz estatístico em relação aos processos em que se procedeu ao levantamento do sigilo bancário, sendo que essa informação é remetida ao Parlamento com a apresentação do relatório detalhado sobre a evolução do combate à fraude e à evasão fiscais (artigo 63.º-B, n.º 12, da LGT). A Assembleia da República, a par do Tribunal de Contas, tem a competência *fiscalizadora* da execução do Orçamento (artigo 107.º, da Constituição).

⁶ Cfr. PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. 76, Coimbra, 2000, p. 176; SOFIA TOMÉ D'ALTE, *O sigilo fiscal: um direito da administração tributária e uma garantia dos administrados*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, vol. 43, n.1, Lisboa, 2002, pp.491-510; e ABÍLIO MORGADO, *O sigilo fiscal*, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 414, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, Jul.-Dez. 2004, pp. 7-6.

⁷ A violação *dolosa* do sigilo fiscal é sancionada criminalmente (artigo 91.º, do Regime Geral das Infrações Tributárias – RGIT).

fiscais ao balcão da repartição. Refira-se que não se trata aqui de um dever de sigilo perante a administração»⁸.

2. A derrogação do sigilo bancário e a Constituição

2.1. *A tensão indisfarçável entre o direito ao sigilo bancário e o interesse público*

Segundo os princípios jurídicos da colaboração⁹, da transparência, da prossecução do interesse público, da descoberta da verdade material e da boa fé, todas as pessoas singulares ou colectivas, públicas ou privadas, estão vinculadas a proporcionar à administração tributária informações com relevância fiscal, mesmo as atinentes às suas relações de índole profissional, financeira ou económicas com *outras pessoas*. Neste âmbito, inserem-se as entidades bancárias e demais instituições de crédito. Porém, a aplicação dos aludidos princípios jurídicos colide inexoravelmente com o *dever de sigilo bancário* que impende sobre aqueles sujeitos, enquanto manifestação do imperativo de boa fé e de tutela da relação de confiança com os seus clientes¹⁰.

Sendo assim, o acesso indiscriminado do fisco aos movimentos bancários dos contribuintes representaria, antes que mais, uma intromissão na vida privada dos cidadãos, atentando contra direitos fundamentais, que são objecto de consagração constitucional e de adequada tutela jurídico-penal e, como tal, dificilmente enquadrável num moderno Estado de Direito Democrático.

Em face do acima exposto, torna-se difícil compatibilizar o sigilo bancário (funcionamento e confiança na actividade bancária) e a protecção jurídica da vida privada dos cidadãos com a liberdade de informação (princípio da trans-

⁸ JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Manual de Direito Fiscal – Perspectiva Multinível*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 486.

⁹ Segundo o Tribunal Central Administrativo Sul, «O princípio do inquisitório, enquanto corolário do objectivo de prossecução do interesse público, confere à AT um papel activo na recolha de prova e na condução do procedimento, podendo esta, por sua iniciativa, proceder às diligências que entender convenientes para a instrução do procedimento. O facto de a actuação Administração não estar, em determinadas circunstâncias, sujeita ao impulso do contribuinte, não significa que este não tenha que colaborar, cooperar, nem tão-pouco que da sua inércia não se possam extrair ilações em matéria probatória» (Acórdão de 17 de Março de 2016 – Proc. n.º 06178/12).

¹⁰ Os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços (artigo 78.º, n.º 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras).

parência) com o dever da administração tributária em prosseguir o interesse público de averiguar e comprovar os factos fiscalmente relevantes, no âmbito do combate à fraude e evasão fiscal (descoberta da verdade material)¹¹. Na observação de Joaquim Freitas da Rocha, «Os direitos aqui em conflito, são mais uma vez, o direito à reserva de intimidade da vida privada e familiar por um lado, o direito a uma justa repartição dos encargos públicos por outro, e ainda o interesse público da solidez e confiança na actividade bancária. Paralelamente, poderão entrar em conflito os correspondentes meios de garantia de cada um desses direitos: do lado do primeiro e do terceiro, o direito dos contribuintes e dos bancos ao sigilo; do lado do segundo, o poder-dever de inspecção da Actividade Tributária»¹².

Sendo assim, pensamos que o direito ao sigilo bancário, não sendo um direito *absoluto*¹³, terá que coexistir pacífica e harmoniosamente com os demais direitos que compõem o ordenamento jurídico. Como refere a fiscalista brasileira Mary Elbe Gomes Queiroz, «Surge daí um aparente conflito entre os direitos individuais dos cidadãos à privacidade e à intimidade e o dever de informação desse mesmo cidadão, albergado no interesse colectivo ao acesso de dados que permitam à Administração Fiscal a aferição da base de cálculo dos tributos, para que cumpra o seu poder-dever de combater a evasão fiscal, em prestígio à igualdade, solidariedade e à capacidade contributiva. Este, portanto,

¹¹ Segundo o entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa, «O segredo bancário é estabelecido em função de vários interesses, a saber o das próprias instituições bancárias, em cuja actividade releva de forma especial o *princípio da confiança*, o das pessoas, clientes directos do banco, estando em causa a salvaguarda da vida privada, e o dos terceiros (clientes indirectos) que se relacionam com o banco através dos seus clientes. É ponderando estes interesses, o interesse de *acesso ao direito* e da *descoberta da verdade material* que está subjacente ao pedido de informação, e a natureza civilística dos mesmos, que se há-de aquilatar, de forma criteriosa, moderada e casuística, qual o interesse preponderante, dando-lhe prevalência. Quando se está perante um elemento de prova indispensável ou fundamental para a descoberta da verdade, deve o sigilo bancário ceder perante o dever de cooperação na descoberta da verdade material, no âmbito da administração da justiça» (Acórdão de 25 de Março de 2014 – Proc. n.º 129/13.5TJLSB-A.L1-7).

A autoridade tributária e aduaneira tem acesso *directo* à informação constante na base de dados de contas do Banco de Portugal, passando mesmo a receber os dados «preferencialmente» por via electrónica [artigo 81.º-A, n.º 5, alínea *a*), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras].

¹² JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 187.

¹³ Segundo o Tribunal da Relação de Lisboa, «O sigilo bancário não corresponde a um direito absoluto, já que o titular das contas bancárias pode autorizar o seu levantamento. Deve ceder perante outros direitos ou interesses também constitucionalmente protegidos, desde que lhe sejam superiores» (Acórdão de 20 de Novembro de 2014 – Proc. n.º 17536.07.5YYLSB-A.L1-2).

é um campo em que se faz necessária a cuidadosa ponderação de valores, pois existem direitos e deveres envolvidos que têm que ser harmonizados e que requerem a observância da razoabilidade e proporcionalidade no exame dos interesses em aparente tensão»¹⁴.

Neste âmbito, os cidadãos-contribuintes não podem deixar de esperar um justo e um adequado ponto de equilíbrio entre a satisfação das necessidades financeiras do Estado Social do Bem-Estar (artigo 9.º, da Constituição) e a expectativa legítima de que a actuação do fisco se paute por uma conduta racional, equitativa e respeitadora dos direitos, liberdades e garantias¹⁵ que tolham eventuais abusos intoleráveis pelos poderes tributários. Pelo que a utilização pelo fisco da informação bancária dos contribuintes deve ser cotejada com sólidos princípios éticos e com a obrigação de se conferir segurança à utilização desses dados, a fim de se garantir o seu sigilo perante a comunidade, em geral. Quanto mais próxima for a relação entre o fisco e o contribuinte, maior deverá ser a exigência do respeito pela liberdade deste último. Penetrar na situação bancária do contribuinte («*biografia pessoal em números*»), mesmo quando faz parte do *poder-dever* do fisco, exige a delicadeza de uma atitude não demasiado invasiva, que renova a confiança e o respeito entre as partes.

A este propósito, convém lembrar que os direitos fundamentais da *propriedade*¹⁶ e da *privacidade* (artigos 62.º e 26.º, da Constituição) constituem uma importante expressão da *liberdade individual dos cidadãos*. Incumbe assim ao Estado o estabelecimento de condições efectivas de liberdade para todos, con-

¹⁴ MARY ELBE GOMES QUEIROZ, *A transparência fiscal e a inexistência de sigilo bancário para o fisco*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Vol. II, IDEFF, Almedina, Coimbra, 2013, p. 297.

De igual modo, MARIA EDUARDA AZEVEDO refere que, «a quebra do sigilo há-de ser também, de certa forma, um instrumento ao serviço do sistema fiscal, como via para que este prossiga melhor e mais eficazmente os seus fins. A fuga aos impostos por parte de alguns contribuintes prejudica todos, na medida em que o Estado, para compensar a perda de receita dos tributos que deviam ser pagos, vê-lo frequentemente obrigado a sobrecarregar a imposição dos contribuintes cumpridores. Deste modo, uma defesa equilibrada dos direitos dos cidadãos implica que o sigilo bancário não seja mantido nos casos em que impossibilite ou dificulte a correcta aplicação da lei fiscal» (*O Segredo Bancário e a Fiscalidade na Ordem Jurídica Portuguesa*, Lusíada, n.º 10, Lisboa, 2012, p. 218).

¹⁵ A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

¹⁶ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Propriedade Privada: Entre o Privilégio e a Liberdade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2010, pp. 64-78.

cretizada na sua intromissão *mínima*¹⁷ na reserva da vida privada e familiar dos cidadãos. No entanto, a administração tributária não pode abdicar de agir na descoberta da verdade material fiscal (artigos 55.º, da LGT e 6.º, do RCPITA), independentemente das regras do ónus probatório (artigo 74.º, da LGT)¹⁸. O fisco está comprometido na concretização do princípio do inquisitório (artigo 58.º, da LGT), em prol da satisfação das necessidades financeiras do Estado e de uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza, conforme preceituam os artigos 9.º e 103.º, da Constituição. Assim o impõe o moderno Estado de Direito Democrático que tem como um dos seus principais postulados jurídico-constitucionais, precisamente a «*igualdade de todos perante a lei*», tendo em vista uma sociedade mais justa e solidária.

2.2. *A reserva da vida privada na Constituição*

A Constituição da República Portuguesa, no n.º 1, do seu artigo 26.º, estatuí que, «A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à *reserva da intimidade da vida privada e familiar* e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação»¹⁹. Tal implica, por um lado, a proibição genérica do *acesso* de terceiros a informações atinentes à

¹⁷ Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei (artigo 12.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

¹⁸ Cfr. PEDRO VIDAL MATOS, *O Princípio Inquisitório no Procedimento Tributário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 72-99 e ELISABETE LOURO MARTINS, *Os limites da aplicação do princípio do inquisitório e a sua articulação com as regras do ónus da prova no procedimento e no processo judicial tributário*, Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 119-153.

¹⁹ O Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 442/2007, de 14 de Agosto (Proc. n.º 815/07) considerou inconstitucionais as normas que permitiriam à administração tributária, mediante o cumprimento de certos procedimentos, levantar o sigilo bancário sem o consentimento do contribuinte, nas situações em que este procedesse a reclamação graciosa junto das entidades administrativas fiscais, ou à impugnação judicial (artigos 69.º, n.ºs 2 e 3 e 110.º, n.ºs 2 e 3, do CPPT). Este Tribunal considerou estas normas inconstitucionais, por entender que violam, nomeadamente, os princípios constitucionais da proporcionalidade, do acesso ao direito e aos tribunais, da reserva de intimidade da vida privada, e do direito dos cidadãos impugnarem quaisquer actos administrativos que os *lesem*.

vida privada²⁰ dos cidadãos²¹ e, por outro lado, o direito a que não sejam *divulgadas* essas mesmas informações²². Convém lembrar que o direito à intimidade encontra tradução na subtracção do *conhecimento alheio* e na proibição de *divulgação junto de terceiros* de elementos em relação aos quais os valores da sociedade contemporânea impõem a manutenção sob reserva. Segundo explica o constitucionalista brasileiro Paulo Roberto Lyrio, «Com a tutela constitucional deste direito subjectivo resguarda-se o interesse privado, bem como o público, visto que se assegura a inviolabilidade do sistema de protecção ao crédito»²³.

Entre nós, a doutrina não é convergente sobre a inclusão do sigilo bancário no referido artigo 26.º, da Constituição (“*Reserva da vida privada*”). Na observação de Rui Duarte Moraes, «A posição tradicional é a de que os dados bancários, por serem o espelho da situação económica dos cidadãos, fazem parte da esfera da sua vida privada, pelo que não podem ser livremente acedíveis pela administração fiscal»²⁴. De igual, modo, Paulo da Mota Pinto sustenta que,

²⁰ Segundo PAULO DA MOTA PINTO, «a vida pública será a vida social, mundana, do indivíduo, enquanto a vida privada é a sua vida particular e pessoal. A vida pública é a que respeita ao público, enquanto a vida privada é a que diz respeito apenas aos particulares, abrangendo aquele “pequeno mundo do qual cada um é rei e senhor”» (*O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 526).

²¹ Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem (artigo 80.º, n.º 1, da Código Civil). Cfr. RITA AMARAL CABRAL, *O direito a intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do art. 80.º do código civil*, Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1988.

²² A este propósito, vale destacar ainda o entendimento firmado no Acórdão n.º 278/95 do Tribunal Constitucional (2.ª Secção), proferido em 31 de Maio de 1995 (Proc. n.º 510/91), segundo o qual, «Tendo em conta a extensão que assume na vida moderna o uso de depósitos bancários e conta corrente, é de crer que o conhecimento dos seus movimentos activos e passivos reflecte grande parte das particularidades da vida económica, pessoal ou familiar dos respectivos titulares. Através da investigação e análise das contas bancárias, torna-se, assim, possível penetrar na zona mais estrita da vida privada. Pode dizer-se, de facto, que, na sociedade moderna, uma conta corrente pode constituir “a *biografia pessoal em números*”». O referido Acórdão esclarece ainda que, «Aqui chegados, está este Tribunal em condições de afirmar que a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações activas e passivas dela registadas, faz parte do âmbito de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada condensado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, surgindo o segredo bancário como um instrumento de garantia deste direito. De facto, numa época histórica caracterizada pela generalização das relações bancárias, em que grande parte dos cidadãos adquire o estatuto de cliente bancário, os elementos em poder dos estabelecimentos bancários, respeitantes designadamente às contas de depósito e seus movimentos e às operações bancárias, cambiais e financeiras, constituem uma dimensão essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada constitucionalmente garantido».

²³ PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA, *Possibilidade de Quebra do Sigilo Bancário pelo Fisco à Luz da Constituição Federal*, Quartier Latin, São Paulo, 2005, p. 97

²⁴ RUI DUARTE MORAIS, *Manual de Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 230.

«O *segredo bancário* está igualmente ligado à reserva da vida privada. Mais precisamente, podemos dizer que o dever de segredo bancário, correspondendo a um interesse *geral* do sistema bancário, para preservação das condições de captação de poupanças, corresponde também a um interesse *privado* dos clientes da instituição de crédito, tendo em vista a protecção da sua vida privada»²⁵.

Já o fiscalista J. L. Saldanha Sanches defendia que o n.º 1, do artigo 26.º, do texto constitucional não hospedaria no seu espírito o sigilo bancário, asseverando a este propósito que, «o segredo bancário não pode constituir a expressão do imperativo constitucional da protecção da intimidade. Até porque o acesso a essa esfera está vedado aos próprios bancos»²⁶. Este autor refutava mesmo o enquadramento do sigilo bancário enquanto expressão do direito constitucional à intimidade concretizado pelo legislador ordinário, relacionando-o sobretudo com o direito comercial, isto é, a um segredo comercial cujas normas têm por destinatários apenas os empregados e dirigentes das instituições bancárias²⁷.

O sigilo bancário não integra a categoria dos direitos de personalidade, sendo tal posição por demais evidente no caso das pessoas colectivas²⁸. Os direitos da personalidade, estando previstos no direito civil (artigos 72.º, 75.º, 79.º e 80.º, do CC) e não no direito constitucional, resultam do *princípio da dignidade da pessoa humana*²⁹, logo não existe necessariamente equiparação, a este nível, entre pessoas singulares e pessoas colectivas. Neste âmbito, os direitos de personalidade pressupõem uma relação de igualdade e não uma relação directa com

²⁵ PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. 76, Coimbra, 2000, p. 174.

²⁶ JOSÉ LUÍS SALDANHA SANCHES, *Estudos de Direito Contabilístico e Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 107.

Segundo o entendimento recente do Supremo Tribunal Administrativo, «o acesso aos documentos bancários do recorrido não tem em vista vasculhar a sua vida pessoal, isto é, saber onde jantou ou quando foi ao cinema, o que interessa à AT, essencialmente, são os movimentos bancários de quantias relevantes, de quantias que revelem a obtenção de rendimentos não fiscalmente declarados» (Acórdão de 31 de Março de 2016 – Proc. n.º 0150/16).

²⁷ JOSÉ LUÍS SALDANHA SANCHES, *Segredo bancário e tutela do lucro real* – Ciência e Técnica Fiscal n.º 377, Centro de Estudos Fiscais, 1995, pp. 29-30.

²⁸ Segundo o Tribunal Central Administrativo Sul, «A reserva da intimidade da vida privada não tem sentido em relação às *pessoas colectivas*; o objectivo de combate à fraude e evasão fiscais é credencial constitucional legítima, dada a peculiar posição das instituições de crédito, tendo a vista a derrogação do sigilo bancário, para justificar a referida derrogação» (Acórdão de 1 de Outubro de 2014 – Proc. n.º 06090/12).

²⁹ Como refere DIOGO FREITAS DO AMARAL, «A dignidade humana é uma realidade primeira perante o poder, autocrático ou democrático – e, conseqüentemente, todo o poder, qualquer que seja, está-lhe subordinado» (*Uma Introdução À Política*, Bertrand Editora, Lisboa, 2014, p. 255).

o Estado³⁰. Já os direitos fundamentais têm no seu âmbito a protecção da esfera de liberdade das pessoas singulares ou colectivas, pressupondo uma relação de vinculação especial com o Estado («*incidência publicística imediata*»)³¹, vedando-se, em regra, a intromissão dos poderes estatais no quotidiano das pessoas. Pelo que, quanto muito, poderíamos considerar o direito à privacidade, por maioria de razão, das pessoas colectivas, um direito fundamental, mas não um direito de personalidade.

Para quem entenda o segredo bancário como um direito fundamental, a quebra do mesmo significaria violar a Constituição³². Sendo assim, neste estrito âmbito, far-se-á menção à supremacia constitucional também enquanto garantia dos contribuintes. Na perspectiva dos sequazes do carácter absoluto dos direitos e garantias fundamentais, o sigilo bancário não poderia ser tolhido em nenhuma situação concreto, mesmo existindo uma *colisão de direitos*, existindo então dificuldade, senão mesmo uma impossibilidade em aceitar a eventual derrogação do sigilo bancário.

Posição diferente foi firmada no parecer n.º 138/83, de 5 de Abril de 1984, emitido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, no qual se refere que, «No que respeita às derrogações que o dever de sigilo comporta afirma-se no parecer que, em matéria fiscal, o objectivo de conseguir a determinação correcta de matéria colectável das contribuições pode levar ao estabelecimento de derrogações mais ou menos amplas ao dever de sigilo bancário. É à lei que compete resolver o conflito entre a protecção da esfera privada do indivíduo e a necessidade de assegurar o funcionamento eficaz da organização social. Consoante a prevalência que for dada a um ou a outro

³⁰ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, Principia, 2011, pp. 34-35.

³¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1988, p. 59.

Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas (artigo 18.º, n.º 1, da Constituição).

³² A este propósito vale referir com detalhe a posição de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, com a qual não concordamos, sublinhando aquele autor que o regime legal de derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais colide com o núcleo essencial do direito fundamental à intimidade da vida privada e familiar das pessoas singulares ou então excedem manifestamente o necessário para salvaguardar os direitos do Estado à liquidação correcta e à cobrança efectiva dos impostos. Pelo que haveria inconstitucionalidade das normas da LGT e do CPPT, mas somente em relação às pessoas singulares. Em relação às pessoas colectivas, as mesmas não têm um direito fundamental à intimidade da vida privada e familiar, mas apenas, um direito fundamental ao bom nome e reputação. Apesar das pessoas colectivas terem direito ao segredo bancário, ele não se enquadra em um direito à intimidade da vida privada e familiar, com os elementos pessoalíssimos que este comporta (*O segredo bancário – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles – Vol. II*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 222-223).

destes interesses, assim se acentuará a extensão do dever de segredo ou das derrogações».

Convém ainda sublinhar que o *sigilo bancário* não surge referido explicitamente, como tal, no texto constitucional. Assim, refutando a qualificação do sigilo bancário enquanto *direito fundamental*, o Conselheiro Benjamim Rodrigues sustenta que, «O dever de sigilo bancário, a que corresponde um direito ao sigilo radicado na titularidade de alguém (a instituição bancária e os clientes singulares e colectivos da mesma), não é, para nós, uma emanção desse direito fundamental»³³.

2.3. *A nossa posição*

Parece-nos que mesmo que se considere o sigilo bancário como um direito fundamental, ainda assim tal não equivaleria a qualificar-se este como sendo um direito *absoluto*. Acompanhamos, por isso, Rogério Fernandes Ferreira, saudoso fiscalista, o qual defendia que, «O sigilo bancário é direito abrangido no elenco do artigo 26.º da Constituição, mas não direito absoluto. A Constituição consagra a inviolabilidade de direitos que especifica – direito à vida (artigo 24.º), direito à integridade pessoal (artigo 25.º). Se houver evento tributário não cumprido, ou de que se suspeite fundadamente o não cumprimento, o sigilo bancário não deve vingar, pois não constitui direito que anule dever de igual dignidade constitucional (de pagar impostos legalmente devidos).

Aliás, o aludido artigo 26.º da Constituição não nomeia, nem explicita, o direito ao sigilo bancário, apenas indica o direito ao bom nome e reputação, à reserva da intimidade privada e familiar e à protecção legal ou quaisquer formas de discriminação.

Não se crê que um exame, em termos legais, das contas bancárias de alguém (em suspeição) ofenda aqueles direitos pessoais. Atente-se que, caso as averiguações às contas bancárias nada mostrem de reprovável, também nenhuma ofensa a tais direitos existirá, considerando que impende igualmente o dever de sigilo sobre os funcionários da Administração Tributária»³⁴.

³³ BENJAMIM RODRIGUES, *O sigilo bancário e o sigilo fiscal – Segredo Bancário*, Edições Cosmos, Lisboa, 1997, p. 104

³⁴ ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA, *Fórum Iustitiae*, n.º 15 – Setembro de 2000, p. 15.

Para RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, «Parece-nos, face à nossa ordem jurídica acima explicitada e dado não ser admissível reputar-se o sigilo o sigilo bancário como um valor jurídico absoluto, poder haver lugar à colisão de direitos ou, visto de outro ângulo, à colisão de deveres. Assim, o juiz deve, caso por caso, identificar, ponderar e avaliar os interesses ou bens jurídicos em que se

Pelo que terá que existir sempre a devida harmonização com outros direitos previstos e tutelados no ordenamento jurídico na sua globalidade³⁵, sendo então o seu cariz *relativo*. Conforme entendeu o Tribunal de Relação de Évora, no aresto proferido em 15 de Julho de 1997 (Proc. n.º 231/97), «O dever de segredo profissional³⁶ não é, porém, um dever absoluto, isto é, não prevalece sempre sobre qualquer outro dever que com ele entre em conflito». Perfilhando o mesmo entendimento, o jurista brasileiro Tércio Sampaio Ferraz Júnior sustenta que, «A privacidade tem, pois, a ver com a inviolabilidade do sigilo, porém, não significa um impedimento absoluto à autoridade fiscal»³⁷.

De igual modo, no Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal (1996)³⁸, então presidida pelo Professor José da Silva Lopes, considerou-se que, «Trata-se, pois, de elementos que, embora compreendidos no domínio da intimidade da vida privada são insusceptíveis de protecção quando em conflito com interesses prevaletentes, designadamente, de natureza pública. Não são, pois, direitos absolutos». Neste sentido, a aludida Comissão referiu ainda que «as disposições constitucionais sobre a protecção do direito à reserva da vida privada e familiar não são obstáculo a que se atribuam possibilidades legais muito mais amplas às autoridades tributárias para obter informações cobertas pelo sigilo bancário que sejam necessárias para controlar a veracidade das declarações apresentadas pelos contribuintes ou para suprir a falta dessas declarações».

fundam os direitos do Estado ou dos particulares com base nos quais se requer a produção de prova através de elementos bancários e em que medida tal prova se revela ou não oportuna, pertinente ou necessária e, em contraste, os interesses ou bens jurídicos no que toca ao sigilo dos elementos pessoais, do património e dos negócios dos clientes bancários» (*O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 333).

³⁵ No mesmo sentido, parece opinar ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ao dar-nos conta de que «a prevalência do interesse preponderante deve ser tomada em termos substantivos e valorativos: apenas os interesses subjacentes a um crime prevalecem sobre os bens de personalidade em jogo no segredo: ela deve limitar-se ao *minimum* necessário enquanto o segredo se mantém como tal, fora do processo onde foi revelado» (*Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 321).

³⁶ O acesso à informação protegida pelo *segredo profissional* ou qualquer outro dever de sigilo legalmente regulado depende de *autorização judicial*, nos termos da legislação aplicável (artigo 63.º, n.º 2, da LGT), não sendo então a derrogação administrativa a regra, erigindo o legislador uma *reserva relativa de juiz*.

³⁷ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado* – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, Vol. 88, 1993, pp. 439-459.

³⁸ MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, Lisboa, 1996.

No que nos diz respeito e tendo presentes todas as considerações feitas, não podemos acompanhar *tout court* as soluções acima preconizadas, impondo-se antes a configuração do sigilo bancário como um *direito fundamental* de natureza *análoga* ou *atípica*. Refira-se que o n.º 1, do artigo 16.º, da Constituição estabelece que, «Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional». Sendo assim, o texto constitucional consagra a equiparação em termos de regime aplicável aos direitos fundamentais *típicos* e *análogos*. A redacção constante nas alíneas *b)*, e *c)*, do n.º 5, do artigo 63.º da LGT ao estabelecer a diferenciação, por um lado, entre os «*elementos abrangidos pelo segredo profissional*», «*bancário*» e, por outro lado, «*o acesso a factos da vida íntima dos cidadãos*», parece concretizar o entendimento por nós preconizado. Na situação em apreço, estar-se-ia diante da antinomia entre o direito fundamental atípico ao sigilo bancário e o dever fundamental de pagar impostos. Como sublinham lucidamente os constitucionalistas Jorge Miranda e Rui Medeiros, com os quais concordamos, «Além de não haver qualquer princípio ou regra constitucional a dar guarida normativa a um “segredo do ter” (o que obriga alguns autores a recorrerem forçada e esforçadamente a “direitos fundamentais implícitos”), sempre haverá que ter em conta a necessidade da concordância prática com outros interesses (ex.: combate à criminalidade organizada, combate à corrupção e tráfico de influências, combate à fraude fiscal, combate ao branqueamento de capitais, combate ao financiamento do terrorismo, etc)»³⁹.

Por outro lado, o conhecimento pelas autoridades tributárias das operações bancárias não significa necessariamente e, em bom rigor, quebra ou derrogação *stricto sensu* do sigilo bancário. O acesso do fisco a essa informação específica funda-se em razões juridicamente atendíveis e até muito relevantes (artigo 9.º, da Constituição) e não existe a possibilidade de o fisco transmitir essa informação a terceiros. Os profissionais da autoridade tributária e aduaneira, como já se disse, estão *co-obrigados* ao correspondente sigilo *fiscal* (artigos 64.º, da LGT e 22.º, do RCPITA)⁴⁰ e estão igualmente subordinados ao princípio da *imparcialidade*⁴¹ (artigos 55.º, da LGT e 20.º, do RCPITA), sob pena de eventual

³⁹ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 469.

⁴⁰ O procedimento da inspecção tributária é *sigiloso*, devendo os funcionários que nele interveñham, guardar rigoroso sigilo sobre os factos relativos à situação tributária do sujeito passivo ou de quaisquer entidades e outros elementos de natureza pessoal ou confidencial de que tenham conhecimento no exercício ou por causa das suas funções (artigo 22.º, n.º 1, do RCPITA).

⁴¹ A inobservância da *imparcialidade* pode gerar o vício da violação da lei, sancionado com a *anulabilidade* do acto.

responsabilidade disciplinar, penal ou civil. A não se entender assim, em muitas situações, o fisco jamais teria a possibilidade efectiva de identificar o património, os rendimentos e mesmo a actividade económica de certos contribuintes, estando a tributação dependente da existência ou não de declaração dos factos com relevância tributária, o que colidiria com o princípio da capacidade contributiva⁴² – «*dos que mais podem aos que mais precisam*» (artigo 4.º, da LGT).

Nesta matéria, o legislador tem situado actualmente a maioria das situações de acesso do fisco a informações e documentos bancários como estando fora da *reserva constitucional da jurisdição*⁴³. Podem assim ser revelados mesmo sem autorização do cliente, os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo, à administração tributária, no âmbito das suas atribuições [artigo 79.º, n.º 2, alínea e), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras]. Por exemplo, o órgão de execução fiscal pode efectuar a *penhora dos depósitos bancários* do contribuinte devedor para o pagamento do valor em dívida executiva (artigo 223.º, do CPPT), o que envolve acesso a informação reservada.

A autoridade tributária e aduaneira tem mesmo a prerrogativa de *aceder* à totalidade das *informações ou documentos bancários* dos sujeitos passivos que optem pelo Regime de “*IVA de Caixa*”, mesmo sem o seu consentimento [artigo 63.º-B, n.º 1, alínea d), da LGT]. Por outro lado, no caso específico do sujeito passivo que faça um requerimento dirigido ao director de finanças competente para efeitos de procedimento no qual se possa fazer prova de que o preço efectivamente praticado nas transmissões de direitos reais sobre bens imóveis foi inferior ao valor patrimonial tributário que serviu de base à liquidação do imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis, *a administração pode aceder à informação bancária do requerente e dos respectivos administradores ou gerentes* (artigo 139.º, n.ºs 1, 2 e 5, do Código do IRC).

Por seu lado, as entidades devedoras ou as que paguem ou coloquem à disposição dos respectivos titulares os rendimentos a que se refere o artigo 71.º do Código do IRS, ou quaisquer rendimentos sujeitos a retenção na fonte a título definitivo, estão obrigadas a comunicar ao fisco até ao final do mês de Fevereiro de cada ano, os rendimentos e as respectivas retenções de imposto,

⁴² Cfr. JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, *O princípio da capacidade contributiva no constitucionalismo português e na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Boletim de Ciências Económicas, Vol. 57, Tomo 1, Coimbra, 2014, pp. 1159-1186.

⁴³ Segundo realça PEDRO MACHETE, «o tribunal não se substitui em momento algum à Administração, mas impede que a actuação desta se projecte sobre a realidade normativa e fáctica» (*A suspensão jurisdicional da eficácia de actos administrativos*, O Direito, a.123, n.2-3 Almedina, Coimbra, (Abr.-Set. 1991), p. 303).

relativas ao ano anterior [artigo 119.º, n.º 12, alínea *b*), do Código do IRS] – Declaração Modelo 39 – “Rendimentos e Retenções a taxas liberatórias”.

No entanto, o contribuinte não está desprotegido no caso de derrogação administrativa do sigilo bancário, dada a possibilidade de recurso aos tribunais (artigo 146.º-B, do CPPT). É de realçar, pela sua extrema importância, que nos casos de *deferimento do recurso* já mencionado, *os elementos de prova entretanto obtidos não podem ser utilizados para qualquer efeito em desfavor do contribuinte* (artigo 63.º-B, n.º 6, da LGT). A solução legal parece-nos óbvia, uma vez que sendo considerada *ilícita* a derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais, não podem ser valoradas as provas obtidas, ficando então os factos em causa sem o necessário suporte probatório. Por outro lado, exigir-se sempre a autorização prévia pela judicatura, poderia comprometer o apuramento *célere* de muitas situações, sobretudo na actual conjuntura em que a fraude e a evasão fiscal recorrem a métodos cada vez mais sofisticados e céleres, num contexto de globalização económica.

3. A audição prévia

O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a *participação* dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito (artigo 267.º, n.º 5, 2.ª parte, da Constituição)⁴⁴. No caso de familiares⁴⁵ ou de terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte⁴⁶, o legislador prevê acesso pelo fisco à informação bancária

⁴⁴ Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a *participação* dos particulares, bem como das associações que tenham por objecto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes digam respeito, designadamente através da respectiva audiência nos termos do presente Código (artigo 12.º, do Novo Código do Procedimento Administrativo – NCPA).

O responsável pela direcção do procedimento pode não proceder à audiência dos interessados *quando seja razoavelmente de prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade da decisão* [artigo 124.º, n.º 1, alínea *c*), do NCPA].

⁴⁵ Segundo o Supremo Tribunal Administrativo, «O filho menor não pode deixar de ser considerado como familiar para os efeitos previstos no n.º 2 do art. 63.º-B da LGT» (Acórdão de 31 de Março de 2016 – Proc. n.º 0288/16).

⁴⁶ Considera-se que existem *relações especiais* entre duas entidades nas situações em que uma tem o poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra (artigo 63.º, n.º 4, 1.ª parte, do Código do IRC).

As entidades que se encontrem numa *relação de domínio* com o contribuinte ficam sujeitas a idêntico regime de acesso à informação bancária (artigo 63.º-B, n.º 7, da LGT). Considera-se que duas sociedades estão em *relação de domínio* quando uma delas, dita dominante, pode exercer, directamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º,

nas situações de recusa da sua exibição ou de autorização para a sua consulta⁴⁷, mas ainda assim está consagrado o direito de *audição prévia* (artigo 63.º-B, n.º 2 e 5, da LGT), sob pena de *anulabilidade* do acto. Com a entrada em vigor da Lei n.º 94/2009, de 1 de Setembro, apenas nestas situações está prevista a faculdade de *audição*⁴⁸, uma vez que a administração tributária e os contribuintes devem *abster-se* da prática de actos *inúteis* ou *dilatatórios* (artigo 57.º, n.º 1, 2.ª parte, da LGT). Em sentido diferente, o Tribunal Central Administrativo Sul entendeu que, «Na verdade, de acordo com o n.º 5 do artigo 63.º-B da LGT, a referência expressa ao direito de *audição* surge relacionada com o acesso aos documentos bancários de familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte. Apesar desta evolução/alteração da lei, a eliminação da referência ao exercício do direito de *audição*, no caso das situações contempladas no n.º 1 do artigo 63.º-B da LGT, não equivale à dispensa (legal) deste direito. Dito por outras palavras, e recorrendo à terminologia acolhida no artigo 60.º, n.º 1 da LGT, há que concluir que no caso concreto *a lei não prescreve em sentido contrário, no sentido de expressamente dispensar o direito de audição, pois não resulta da letra da lei nem do seu espírito uma vontade clara e inequívoca do legislador no sentido da eliminação do direito de audição*. E, não prescrevendo a lei no sentido de dispensar o direito de *audição*, no caso concreto, a necessidade de assegurar o exercício de tal direito decorre, desde logo, da CRP, concretamente do artigo 267.º, do n.º 5 do artigo 60.º da LGT, do artigo 45.º do CPPT e do artigo 100.º do CPA. Deste modo, o artigo 63-B da LGT *não afasta o direito de audição* nas situações em que, como no caso *sub judice*, a AT pretende aceder a documentos bancários do próprio sujeito passivo, nem a sua dispensa está contemplada no artigo 60º da LGT (de resto, importa realçar que, no procedimento em causa, nem a AT ensaiou

n.º 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante (artigo 486.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais).

⁴⁷ Segundo entendimento recente do Supremo Tribunal Administrativo, «O familiar que pretenda reagir contenciosamente contra a decisão administrativa que assim decida quebrar o sigilo bancário relativamente a ele, só pode fazê-lo com fundamentos respeitantes a essa decisão e já não à decisão (que a antecedeu e de que é consequência) que determinou o acesso directo da AT à informação e documentação bancária do sujeito passivo ao abrigo de alguma das alíneas do n.º 1 do art. 63.º-B da LGT» (Acórdão de 9 de Março de 2016 – Proc. n.º 0138/16).

⁴⁸ O Tribunal Central Administrativo Norte tem entendido que, «Depois das alterações na redacção do art. 63-B da LGT introduzidas pela Lei n.º 94/2009, de 1 de Setembro, deixou de se fazer referência à necessidade de *audição prévia* em todas as situações referidas no n.º 1, em que está em causa o acesso a documentação bancária do sujeito passivo. Tal exigência apenas se mantém para o acesso a documentos referentes a familiares ou terceiros que se encontrem numa situação especial com o contribuinte» (Acórdão de 10 de Dezembro de 2015 – Proc. n.º 00174/14.3BECBR).

qualquer tentativa de justificar a dispensa do direito de audição)» (Acórdão de 10 de Julho de 2014 – Proc. n.º 07606/14).

4. O dever especial de fundamentação

As decisões da administração tributária em matéria de derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais, sob pena de serem anuladas com base em vício de forma, devem ser *fundamentadas com expressa menção dos motivos concretos que as justificam*⁴⁹ e, em regra, *notificadas aos interessados no prazo de 30 dias após a sua emissão*. Estas decisões são da competência do director-geral dos Impostos ou do director-geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo – actual director-geral da autoridade tributária e aduaneira –, ou dos seus substitutos legais, sem possibilidade de delegação (artigo 63.º-B, n.º 4 da LGT).

A fundamentação da decisão do procedimento pode consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, incluindo os que integrem o relatório da fiscalização tributária (artigo 77.º, n.º 1, da LGT). No entanto, refutando a fundamentação *per relationem* da decisão de derrogação administrativa do sigilo bancário, o Supremo Tribunal Administrativo veio a considerar no aresto de 21 de Outubro de 2009 (Proc. n.º 897/09) que «As decisões da administração tributária de acesso a informações e documentos bancários de acordo com o art. 63.º-B da LGT devem ser fundamentadas com expressa menção dos motivos concretos que as justificam, *não podendo essa fundamentação consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, incluindo os que integrem o relatório de fiscalização tributária*»⁵⁰. Posteriormente, o Pleno veio tomar uma posição diferente, pronunciando-se no sentido de que «Os actos do Director Geral, de derrogação do sigilo bancário, a que se refere o art. 63.º-B, n.º 4 da LGT, devem ser fundamentados com expressa menção dos motivos concretos que os justificam, *podendo, todavia, tal fundamentação ser remissiva*» (Acórdão de 28 de Abril de 2010 – Proc. n.º 0897/09)⁵¹. A fundamenta-

⁴⁹ Segundo ainda o Tribunal Central Administrativo Norte, «O enunciado deve conter factos indiciários integradores da norma, e não meros juízos ou conclusões» (Acórdão de 16 de Outubro de 2014 – Proc. n.º 00224/14.3BEPNF).

⁵⁰ DIOGO LEITE DE CAMPOS, BENJAMIM SILVA RODRIGUES e JORGE LOPES DE SOUSA observam que o artigo 63.º-B, n.º 4, da LGT é bastante mais exigente do que a regra geral constante no artigo 77.º, n.º 1, da LGT, não se exigindo a «mera declaração de concordância com propostas ou pareceres» (*Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada*, 4.ª ed., Encontro da Escrita, Lisboa, 2012, p. 574).

⁵¹ Segundo o Tribunal Central Administrativo Sul, «É em função da fundamentação da decisão da AT, da qual deve constar expressamente a menção dos motivos concretos que justificam o acesso

ção pode consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas⁵², que constituirão neste caso *parte integrante do respetivo acto* (artigo 153.º, n.º 1, 2.ª parte, do NCPA), ou seja, *o documento deve fazer parte do próprio acto*⁵³.

5. A tutela jurisdicional

5.1. O enquadramento constitucional

Os órgãos de soberania devem observar a *separação* e a *interdependência* estabelecidas na Constituição (artigo 111.º, n.º 1, da Constituição). A ideia da *separação de poderes* (estrutura tripartida), celebrizada por John Locke e Charles Montesquieu⁵⁴, enquanto garantia da liberdade individual dos cidadãos, almeja evitar a concentração absoluta de poderes num só órgão do Estado. Cada uma

a informações e documentos bancários sem dependência do consentimento do contribuinte (n.º 4 do art. 63.º-B), que deverá ser aferida a subsunção do caso concreto à hipótese normativa, admitindo-se que a fundamentação seja *por remissão*. Por conseguinte, tais motivos concretos devem estar suficientemente densificados para subsumir à situação concreta da(s) alínea(s) que fundamenta(m) o acesso a informações e documentos bancários sem dependência do consentimento do contribuinte (n.º 1 do art. 63.º-B da LGT), cabendo ao tribunal, casuisticamente, aferir da sua verificação nos casos em que o acto é sindicado contenciosamente» (Acórdão de 4 de Fevereiro de 2016 – Proc. n.º 09258/16).

⁵² No Acórdão de 21 de Maio de 2008 (Proc. n.º 0742/07), o Supremo Tribunal Administrativo decidiu que «Um despacho exarado no rosto da Informação dos serviços, apropriando-se de uma das soluções nela propostas, absorvendo as razões de facto e de direito que justificam a proposta por ele perfilhada encontra-se *fundamentado*».

⁵³ Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Administrativo, «A fundamentação por remissão, expressamente prevista no art. 125º, n.º 1 do CPA consiste na remissão para os termos de uma informação, parecer ou proposta que contenha, ela mesma, a motivação do ato, de tal modo que essa remissão deve ser entendida no sentido de que o ato administrativo *absorveu e se apropriou da respetiva motivação ou fundamentação*, que, assim, dele ficará a fazer parte integrante» (Acórdão de 2 de Dezembro de 2010 – Proc. n.º 0554/10).

O mesmo tribunal já havia decidido que «A fundamentação é um conceito relativo, que varia consoante o tipo de ato administrativo em concreto e que pode fazer-se por remissão para anteriores informações, pareceres ou propostas, correspondendo a uma exigência legal cujos objetivos essenciais são o de habilitar o destinatário do ato em causa a reagir eficazmente, pelas vias legais, contra a respetiva lesividade e o de assegurar a transparência, serenidade, reflexão e imparcialidade decisórias» (Acórdão de 23 de abril de 2009 – Proc. n.º 0181/09).

⁵⁴ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 187-197 e 207-215.

das funções do Estado seria atribuição de um órgão ou mesmo de um conjunto de órgãos, sem prejuízo do *controlo* e da *colaboração* recíprocos⁵⁵.

Daqui não podemos concluir pela impossibilidade de acesso aos dados dos contribuintes sem a intervenção de um tribunal (terceiro independente), até pela consagração, nos termos da lei, do princípio da *imparcialidade*⁵⁶, que subordina a actuação da administração tributária e, do dever desta em prosseguir o interesse público e a verdade material (artigo 55.º, da LGT), sob pena de estar em causa a eficácia do próprio sistema fiscal. A derrogação administrativa do sigilo bancário é inerente ao próprio procedimento de inspecção tributária⁵⁷, visando este último a constatação da (in)existência do *facto tributário* (artigo 36.º, n.º 1, da LGT) e a aferição da verdadeira *capacidade contributiva* do contribuinte (artigo 4.º, n.º 1, da LGT).

No entanto, fica necessariamente salvaguardada a tutela jurisdicional dos direitos do contribuinte (artigo 9.º, n.º 1, da LGT), sem esquecer, designadamente, o princípio do contraditório que subordina o procedimento tributário (artigos 45.º, n.º 1, do CPPT e 8.º, n.º 1, do RCPITA).

O princípio da plenitude da tutela jurisdicional efectiva impõe que a todos seja assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e

⁵⁵ Por exemplo, o Orçamento do Estado é proposto pelo Governo, aprovado pelo Parlamento, promulgado pelo Presidente, executado pelo Governo e fiscalizado pelo Tribunal de Contas.

⁵⁶ A Administração Pública deve tratar de forma *imparcial* aqueles que com ela entrem em relação, designadamente, considerando com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção (artigo 9.º, do NCPA). Cfr. JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 11.ª ed., Âncora Editora, Lisboa, 2013, pp. 104-105; e JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 130-131.

⁵⁷ Entendemos que a derrogação administrativa do sigilo bancário pressupõe necessariamente a existência de uma acção de inspecção (artigo 63.º, n.º 3, da LGT) e que no seu decurso sejam recolhidos indícios de inobservância do dever de colaboração que impende sobre o sujeito passivo (artigos 59.º e 63.º-B, n.º 1, da LGT e artigos 9.º e 10.º, do RCPITA), bem como que a derrogação do sigilo bancário seja necessária, adequada e proporcionada ao apuramento da situação tributária da entidade inspeccionada (artigos 55.º, da LGT e 7.º, do RCPITA). O acesso e o uso da informação bancária estão subordinados ao princípio da proporcionalidade estrita, logo os mesmos não podem destinar-se para fins dos previstos no procedimento de inspecção tributária. Segundo o Supremo Tribunal Administrativo, «O procedimento de derrogação de sigilo bancário insere-se na acção inspectiva *externa* sendo um subprocedimento daquela e não revestindo quanto a ela autonomia. Por tal razão a suspensão para conclusão do procedimento de inspecção por força da interposição do recurso com efeito suspensivo em processo especial de derrogação do sigilo bancário prevista no n.º 5 do artigo 36 do RCPIT não tem a virtualidade de alargar o prazo de suspensão da caducidade do direito de liquidação motivado pela inspecção externa» (Acórdão de 17 de Junho de 2015 – Proc. n.º 0346/14).

interesses legalmente protegidos (artigo 20.º, n.º 1, 1.ª parte, da Constituição). É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os *lesem*, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas (artigo 268.º, n.º 4, da Constituição)⁵⁸.

5.2. O recurso judicial

O contribuinte que pretenda anular a decisão administrativa que determine o acesso *directo* à informação bancária que lhe diga respeito, deve justificar *sumariamente* as razões da sua discordância em requerimento, sem qualquer formalidade especial, apresentado no tribunal tributário de 1.ª instância da área do seu domicílio fiscal (artigo 146.º-B, n.º 1, do CPPT). O legislador considerou assim, em termos práticos, como *acto destacável*⁵⁹ a decisão administrativa de derrogação do sigilo bancário, representando uma excepção ao princípio-regra da *impugnação unitária* (artigo 54.º, do CPPT)⁶⁰. O legislador admite assim

⁵⁸ O interessado tem o direito de *impugnar* ou *recorrer* de todo o acto *lesivo* dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 95.º, n.º 1, da LGT), segundo as formas de processo prescritas na lei. Pelo que o critério da impugnabilidade é actualmente determinado pela eficácia *externa* do acto em questão, ou seja, pela *lesão* efectiva ou potencial dos direitos dos contribuintes (artigo 51.º, n.º 1, do Código do Processo nos Tribunais Administrativos – CPTA). Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Considerações em torno do conceito de acto administrativo impugnável*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento, 2.º Vol., Coord. Jorge Miranda, Lisboa, 2006, pp. 259–293; e JOSÉ DUARTE COIMBRA, *A impugnabilidade de actos administrativos no Anteprojecto de Revisão do CPTA*, O Anteprojecto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais em Debate, Coord. Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves/Tiago Serrão, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 355–363.

⁵⁹ O *acto destacável* corresponde àquele que, estando enquadrado num procedimento, produz efeitos jurídicos *externos* autonomamente, independentemente do *acto final*.

⁶⁰ Salvo quando forem imediatamente *lesivos* dos direitos do contribuinte ou disposição expressa em sentido diferente, não são susceptíveis de impugnação contenciosa os actos interlocutórios do procedimento, sem prejuízo de poder ser invocada na impugnação da decisão final qualquer ilegalidade anteriormente cometida (artigo 54.º, do CPPT). Como refere RUI DUARTE MORAIS, «Estando em causa a liquidação de um tributo, tal princípio implica, pois, que os actos procedimentais que aconteceram no *iter* que a ela conduziu não sejam, por princípio, *destacáveis*, para efeitos de recurso, ou seja, é no quadro da reclamação da liquidação (ou da sua impugnação) que serão apreciadas as eventuais legalidades cometidas no decurso do procedimento que culminou em tal acto tributário» (*Manual de Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 136).

a impugnação do acto que apesar de não finalizar o procedimento, se revele imediatamente *lesivo* da esfera jurídica do contribuinte⁶¹.

A petição em causa deve ser apresentada no prazo de 10 dias a contar da data em que o visado foi notificado da decisão, independentemente da lei atribuir à mesma efeito suspensivo ou devolutivo (artigo 146.º-B, n.º 2 do CPPT)⁶². Por sua vez, o director-geral será ainda notificado para, querendo, deduzir oposição no prazo de 10 (dez) dias, a qual deverá ser acompanhada dos respectivos elementos de prova.

Nas situações de acesso a informações e aos documentos bancários (artigo 63.º-B, da LGT), o recurso judicial é, em regra, *devolutivo*. O cariz devolutivo do recurso judicial explica-se pela frequente *urgência* da administração tributária em conhecer a *verdade material* da situação tributária da entidade inspeccionada, a qual ficaria comprometida caso o recurso tivesse carácter suspensivo. Logo, temos como assente que a decisão administrativa de derrogação do sigilo bancário pressupõe a exigência da *imediata* satisfação do interesse público fiscal.

Pelo que, em princípio, nada impede e, segundo pensamos, tudo até aconselha a execução *imediata* da decisão⁶³, em nome do princípio da *celeridade* procedimental. No entanto, o contribuinte pode em certas situações-limite lançar mão de procedimentos cautelares (artigos 268.º, n.º 4, da Constituição e 112.º, 120.º e 131.º, do CPTA), daqui resultando que o efeito devolutivo dos actos da administração tributária não é sequer necessariamente automático em todas as situações.

É de notar ainda que a alínea *a*), do n.º 5, do artigo 36.º, do RCPITA confere a possibilidade de *suspensão do prazo para conclusão do procedimento inspectivo*⁶⁴ quando em processo especial de derrogação do segredo bancário, o familiar⁶⁵ do contribuinte ou terceiro interponha recurso com efeito *suspensivo* da decisão

⁶¹ Cfr. NUNO CERDEIRA RIBEIRO, *O Controlo Jurisdicional dos Actos da Administração Tributária – Reflexões Acerca da Articulação com o Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 129.

⁶² Cfr. artigo 63.º-B, n.º 5, da LGT.

⁶³ Na observação de RUI DUARTE MORAIS, «a decisão da administração fiscal é, de imediato, executável» (*Manual de Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 234).

⁶⁴ O procedimento de inspecção é contínuo e deve ser concluído no prazo máximo de *seis meses* a contar da notificação do seu início (artigo 36.º, n.º 2, do RCPITA), não se aplicando o prazo geral de quatro meses (artigo 57.º, n.º 1, 1.ª parte, da LGT).

⁶⁵ Segundo o Supremo Tribunal Administrativo, como já se disse, «O familiar que pretenda reagir contenciosamente contra a decisão administrativa que assim decida quebrar o sigilo bancário relativamente a ele, só pode fazê-lo com fundamentos respeitantes a essa decisão e já não à decisão (que a antecedeu e de que é consequência) que determinou o acesso directo da AT à informação e documentação bancária do sujeito passivo ao abrigo de alguma das alíneas do n.º 1 do art. 63.º-B da LGT» (Acórdão de 16 de Março de 2016 – Proc. n.º 0241/16).

da administração tributária que determine o acesso à informação bancária, mantendo-se a suspensão até ao trânsito em julgado da decisão em tribunal.

5.3. *A (in)admissibilidade da suspensão da eficácia do acto*

O legislador qualificou como processo *urgente*⁶⁶ o recurso judicial interposto pelo contribuinte da decisão administrativa da derrogação do sigilo bancário, estabelecendo o prazo de 90 (noventa) dias para ser proferida decisão judicial, nos termos do artigo 146.º-D, do CPPT. Os processos urgentes correm inclusivamente em férias, com dispensa de vistos prévios, mesmo em fase de recurso jurisdicional, e os actos da secretaria são praticados no próprio dia, com precedência sobre quaisquer outros (artigo 36.º, n.º 2, do CPTA).

As providências cautelares são meios processuais *accessórios*, logo a sua aplicação apenas se justifica quando conexiões a um meio processual *principal*, cuja efectividade almejam assegurar. Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a *efectividade do direito ameaçado* (artigo 362.º, n.º 1, do Código de Processo Civil – CPC). Por seu lado, para a adopção de *providências cautelares*, pressupõe-se a existência de fundado receio da constituição de uma *situação de facto consumado* ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal – *periculum in mora* – (artigo 120.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPTA)⁶⁷.

O acesso pelo fisco a informações e documentos bancários é sindicável contenciosamente mediante recurso judicial, em regra, com mero efeito *devolutivo* – logo não suspensivo (artigo 63.º-B, n.º 5, da LGT)⁶⁸. A decisão da administração tributária em matéria de acesso a informações e documentos bancários

⁶⁶ Os recursos jurisdicionais nos processos urgentes serão apresentados por meio de requerimento juntamente com as alegações no prazo de 10 dias (artigo 283.º, do CPPT).

⁶⁷ Segundo o Tribunal Central Administrativo Norte, «deve levar-se em conta que a não concessão da requerida suspensão de eficácia, acarretando a imediata consumação do acto, lesa imediata e irreversivelmente o direito do contribuinte ao segredo sobre a sua informação bancária, ainda que lhe venha ser dada razão na acção principal (recurso judicial daquele acto), enquanto a concessão da suspensão da eficácia, ainda que no recurso judicial venha a ser negada razão ao contribuinte, apenas terá como consequência diferir por pouco tempo (dada a natureza urgente que a lei concede ao recurso judicial daquele acto) o acesso da AT à informação bancária do contribuinte» (Acórdão de 15 de Janeiro de 2009 – Proc. n.º 01384/08.8BEBRG).

⁶⁸ Porém, a decisão administrativa de derrogação de sigilo bancário para efeitos fiscais, relativamente a *familiares* ou *terceiros* que se encontrem numa *relação especial com o contribuinte* são susceptíveis de recurso judicial com efeito *suspensivo*, por parte destes (artigo 63.º-B, n.ºs 2 e 5, da LGT).

produz assim efeitos *imediatos* (Cfr. artigo 155.º, n.º 1, 1.ª parte, do NCPA)⁶⁹, por vontade expressa do legislador, independentemente de ter sido ou não apresentado recurso judicial pelo contribuinte visado. Convém lembrar que na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil). Como sublinhava J. DIAS MARQUES, «é de supor que o autor da lei, bom conhecedor que deve ser da língua portuguesa e da terminologia jurídica, terá procurado cuidadosamente as palavras mais adequadas para exprimir a norma de que se trata»⁷⁰.

Pelo que, entender-se pela admissibilidade sem mais da *suspensão*⁷¹ da *eficácia*⁷² do acto, colidiria com o propósito claramente firmado pelo legislador e evidenciado na própria letra da lei, no sentido de que a decisão administrativa de derrogação do sigilo bancário, enquanto acto administrativo em matéria tributária, produz de imediato os seus efeitos. Assim acompanhamos Joaquim Freitas da Rocha, quando observa lucidamente que, «estes pedidos de suspensão de eficácia devem ser sempre encarados com as devidas cautelas, sob pena

⁶⁹ O acto administrativo produz os seus efeitos desde a data em que é praticado (artigo 155.º, n.º 1, 1.ª parte, do NCPA).

No entanto, independentemente da sua forma, os actos que imponham deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções, que causem prejuízos ou restrinjam direitos ou interesses legalmente protegidos, ou afetem as condições do seu exercício, só são oponíveis aos destinatários a partir da respetiva *notificação* (artigo 160.º, do NCPA). Cabe ainda lembrar que a eficácia da decisão depende da *notificação* (artigo 77.º, n.º 6, da LGT).

⁷⁰ J. DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Cacém 1994, p. 138. Mais recentemente, J. OLIVEIRA ASCENSÃO tem referido que «Devemos partir do princípio que o texto exprime o que é natural que as palavras exprimam, pelo que se pode afirmar que o entendimento literal será tendencialmente aquele que virá a ser aceite» (*O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed. refundida, Almedina, Coimbra, 2008, p. 397).

⁷¹ Nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL, a suspensão do acto «não extingue os efeitos, apenas os *paralisa* por certo período; o acto suspenso não é eliminado da ordem jurídica, mantém-se nela, continua existente e porventura válido, somente torna-se *ineficaz*, fica provisoriamente «congelado». Em relação à revogação, a suspensão é um *minus*» (*Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2016, 3.ª ed., p. 413).

Quando seja requerida a suspensão da eficácia de um acto administrativo, a autoridade administrativa, recebido o duplicado do requerimento, *não pode iniciar ou prosseguir a execução*, salvo se, mediante resolução fundamentada, reconhecer, no prazo de 15 dias, que o diferimento da execução seria gravemente prejudicial para o interesse público (artigo 128.º, n.º 1, do CPTA). Cfr. FERNANDA MAÇÃS, *A tutela pré-cautelares em revisão: breves reflexões*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 106, Braga, Julho/Agosto 2014, p. 104.

⁷² Cfr. MARTA CAVALEIRA e ANA CARLA TELES DUARTE PALMA, *O que suspende a suspensão da eficácia de um acto administrativo?*, Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 1068-1076

de se transformarem num expediente para contornar o efeito devolutivo que é reconhecido pela lei»⁷³. Em sentido contrário, Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa defendem que, «O recurso tem efeito devolutivo ou meramente devolutivo quando a sua interposição não obsta à execução imediata da decisão administrativa recorrida. A este efeito contrapõe-se o efeito suspensivo, que consiste em o recurso, para além de ter o efeito de atribuir ao tribunal para onde se recorre o poder de anular a decisão recorrida, impedir que se dê execução imediata à decisão. [...]

Com efeito, o facto de tratar de um processo com natureza urgente, não obsta a que se possa fazer sentir a necessidade de decisões cautelares, designadamente destinadas a obstar à execução imediata do acto. [...]

Por isso, a interpretação conforme à Constituição que se tem de fazer daquele n.º 5 do art. 63.º-B da LGT é no sentido de ele apenas visar não atribuir efeito suspensivo automático à interposição do recurso, não prejudicando a possibilidade de o interessado requerer a adopção de uma medida cautelar de suspensão de eficácia»⁷⁴.

É verdade que a execução de um acto não obsta à suspensão da sua eficácia quando desta possa advir, para o requerente ou para os interesses que este defenda ou venha a defender, no processo principal, utilidade relevante no que toca aos efeitos que o acto ainda produza ou venha a produzir (artigo 129.º, do CPTA), tendo o requerente que demonstrar sempre a *utilidade* da providência cautelar⁷⁵. No entanto, como bem observam Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, «a suspensão do acto já executado não se justifica, por falta de interesse processual do requerente, se todos os efeitos nocivos do acto já se tiverem consumado e as consequências da execução realizada forem materialmente irreversíveis, pois, nesse caso, a pronúncia judicial não tem a utilidade de impedir, nem a produção futura de efeitos nocivos, nem a manu-

⁷³ JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 407.

⁷⁴ DIOGO LEITE DE CAMPOS, BENJAM SILVA RODRIGUES e JORGE LOPES DE SOUSA, *Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada*, 4.ª ed., Encontro da Escrita, Lisboa, 2012, pp. 579-581.

Na observação de JORGE LOPES DE SOUSA, «o facto de se tratar de um processo com natureza urgente, não obsta a que se possa fazer sentir a necessidade de decisões cautelares, designadamente destinadas a obstar à execução imediata do acto» (*Código de Procedimento e de Processo Tributário – Anotado e Comentado*, vol. II, 6.ª ed., 2011, Áreas Editora, Lisboa, 2011, p. 569).

⁷⁵ Segundo o Tribunal Central Administrativo Sul, «Não há lugar à suspensão cautelar do acto de despejo se não são invocados e provados factos susceptíveis de integrar o conceito de *prejuízo de difícil reparação*» (Acórdão de 3 de Junho de 2004 – Proc. n.º 00151/04).

tenção da situação lesiva»⁷⁶. O sigilo bancário destinar-se-ia a manter a reserva da informação bancária de forma a não ser possível o acesso do fisco à mesma. Mas *in casu*, a autoridade tributária e aduaneira já conhece entretanto a situação bancária do contribuinte. Pelo que o efeito produzido pela decisão administrativa de derrogação do sigilo bancário já é *irreversível*, não se justificando de todo a adopção de uma providência cautelar para evitar a produção de um *efeito que já está consolidado*⁷⁷. Por outras palavras, estamos perante um acto administrativo em matéria tributária que nasceu com eficácia jurídica e que continua produzindo os seus efeitos, não existindo qualquer suspensão com o recurso judicial (devolutivo) interposto pelo contribuinte.

Pensamos que também não se pode falar aqui na necessidade de se fazer suspender a eficácia contínua de um acto já praticado pela administração tributária. Na situação de acesso directo pela administração tributária a informações e documentos bancários, mesmo vindo a existir posteriormente deferimento do recurso judicial interposto pelo contribuinte visado, como já se disse, os elementos de prova entretanto obtidos *não podem ser utilizados* para qualquer efeito em desfavor do contribuinte (artigo 63.º-B, n.º 6, da LGT). Isto constitui assim um desvio ao princípio do inquisitório (artigo 58.º, da LGT), estando então desde logo afastada a *lesividade* do acto. A perigosidade de demora processual (*«periculum in mora»*)⁷⁸, acarretando lesões com gravidade e dificilmente

⁷⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 653.

⁷⁷ Apesar de já consolidada a decisão administrativa de derrogação do sigilo bancário, a lei impõe a *notificação* aos interessados no prazo de 30 dias *após a emissão da decisão* (artigo 63.º-B, n.º 4, da LGT). Daqui decorre que a decisão produz imediatamente os seus efeitos, apenas sendo notificada ao contribuinte visado em momento posterior, o que representa uma excepção à regra geral (artigo 160.º, do NCPA), já que a administração não pode em regra opor aos contribuintes actos que lhes não foram notificados. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Notificação dos actos administrativos: notas sobre a génese, âmbito, sentido e consequências de uma imposição constitucional, Ab vno ad omnes: 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 1091-1121; LUIZ S. CABRAL DE MONCADA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 556 e 567; e JOSÉ FONTES, *Curso Sobre o Novo Código do Procedimento Administrativo*, 5.ª ed. Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2015, p. 173.

Nos casos de informações solicitadas nos termos de acordos ou convenções internacionais em matéria fiscal a que o Estado português esteja vinculado, não há lugar a notificação dos interessados quando o pedido de informações tenha carácter urgente ou essa audição ou notificação possa prejudicar as investigações em curso no Estado ou jurisdição requerente das informações e tal seja expressamente solicitado por este Estado ou jurisdição (artigo 63.º-B, n.º 13, da LGT).

⁷⁸ Cfr. MARTA CAVALEIRA e ANA CARLA TELES DUARTE PALMA, *O que suspende a suspensão da eficácia de um acto administrativo?*, Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 1080-1081.

reparáveis, é que poderia justificar a tutela cautelar, o que não se verifica *in casu*, uma vez que é o próprio legislador que prevê que em caso de derrogação administrativa *ilegal* do sigilo bancário, a informação obtida pelo fisco acabará por ser desprovida de efeito prático para o procedimento tributário. Estamos assim com o Tribunal Central Administrativo Sul, quando considerou que, «Se o acto suspendendo foi integralmente executado, não restando quaisquer efeitos susceptíveis de ser atingidos pela suspensão requerida, nenhuma utilidade decorre do provimento do pedido. *A suspensão do acto já executado não se justifica, por falta de interesse processual do requerente, se todos os efeitos nocivos do acto já se tiverem consumado e as consequências da execução realizada forem materialmente irreversíveis*» (Acórdão de 11 de Fevereiro de 2010 – Proc. n.º 05825/10).

Além de não existir, como vimos, qualquer dano relevante decorrente da demora do recurso judicial (urgente) devido ao não aproveitamento ulterior de informação bancária, também convém lembrar que a necessidade de evitar ou reduzir a lesão dos direitos dos contribuintes encontra tradução na natureza sumária das providências cautelares. Estas terão de ser céleres e almejam acautelar os direitos ameaçados pelo risco da demora do processo. Porém, como já se disse, o próprio recurso interposto pelo contribuinte é tramitado como processo *urgente*⁷⁹ (artigo 146.º-D, n.º 1, do CPPT). Donde temos que concluir pela inexistência de interesse processual relevante por parte do contribuinte que havia requerido neste caso a providência cautelar da suspensão da eficácia do acto⁸⁰. Esta apenas é admissível, quando o ordenamento jurídico não disponibiliza ao requerente outro meio processual menos gravoso que possibilite a protecção, de modo igualmente eficaz, do direito ameaçado. Ora não é este o caso, dada a possibilidade do contribuinte lançar recurso judicial da decisão administrativa. Como já se disse, este último tem cariz *devolutivo* e *urgente*, sob pena de não se proteger o requerido contra o decretamento de providências cautelares injustificadas e abusivas⁸¹.

⁷⁹ A decisão judicial em 1.ª instância deve ser proferida no prazo de 90 dias a contar da data de apresentação do requerimento inicial (artigo 146.º-D, n.º 2, do CPPT).

⁸⁰ Nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL, «o particular faz um pedido ao juiz; e é este que, se concordar, dá uma ordem à Administração para suspender a execução do acto. Não é o simples pedido do particular ao juiz que automaticamente impõe à Administração a suspensão imediata da execução do seu acto» (*Última Lição*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 38).

⁸¹ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Providências Cautelares*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 216-219.

Constituição fiscal, direitos sociais e tributação da Família

MESTRE RUI MARQUES*

«Esta é uma pergunta muito difícil para um matemático. Deve antes ser posta a um filósofo».

ALBERT EINSTEIN

(quando questionado sobre o preenchimento da sua declaração de imposto)

SUMÁRIO: 1. *Em jeito de prólogo*. 2. *Os princípios da tributação*: 2.1. *O princípio da legalidade tributária*; 2.2. *O princípio da igualdade tributária*; 2.3. *O princípio da capacidade contributiva*; 2.4. *Os princípios da protecção da confiança e da boa-fé*. 3. *Os direitos sociais das famílias e a tributação na Constituição*. 4. *As características da tributação na situação familiar*. 5. *O IRS como imposto pessoal*. 6. *O IRS como imposto único e progressivo*. 7. *A tributação conjunta e separada*. 8. *As deduções à colecta*. 9. *A responsabilidade tributária dos cônjuges*. 10. *O direito de remição em execução fiscal*. 11. *A responsabilidade pela prática de infracções*. 12. *A protecção da casa de morada de família no âmbito da execução fiscal*.

1. Em jeito de prólogo

No contexto do Estado Social de Direito, os *impostos* deixaram de ser simples fonte de receita para o Estado, passando a ser utilizados como instrumento de realização de justiça e valendo-se do princípio da capacidade contributiva como meio de onerar os que são economicamente mais favorecidos. Desta

* Mestre em Direito e Economia pela Faculdade de Direito de Lisboa. Inspector tributário. Foi Membro do Conselho Económico e Social como representante da *Confederação Nacional das Associações de Família* (2003–2009).

forma, porfia-se uma igualdade no tratamento fiscal, mais exigente porque não meramente formal, mas antes material.

Como nos dias que correm se tem tornado explícito, não é possível concluir a obrigatoriedade do imposto ou a censurabilidade da fuga ao Fisco sem uma prévia fundamentação ontológica da própria realidade tributária. Destarte, partilhemos ou não uma tese contratualista acerca da origem e natureza do Estado¹, pese embora a unilateralidade como característica identitária do imposto, não podemos pôr em dúvida que a prestação tributária corresponde, *grosso modo*, a uma retribuição compensatória dos serviços prestados pelo Estado aos particulares. É por esta razão que o imposto grava o rendimento (ou o património) de cada indivíduo, segundo a medida das suas capacidades contributivas.

Numa perspectiva mais subjectiva, até podemos começar por nos centrar na realidade singular do contribuinte como o núcleo mais básico ou minimalista da realidade económica. Não obstante e sem esforço, constataremos depois que nessa realidade os recursos financeiros são sobretudo das famílias e, portanto, afigura-se razoável tomar em conta e como um todo, a Família, para efeitos de tributação.

Mais do que, *prima facie*, exigir ao indivíduo para, depois, compensar a família por via de abonos ou outras medidas, faz todo o sentido que a Família seja o verdadeiro núcleo à volta do qual gravite o sistema fiscal (artigo 104.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), mormente no Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS). Donde que a exigência do tributo ao cidadão, tendo primacialmente em consideração os seus rendimentos, não deve desmerecer a célula primária da sociedade: a Família. Afinal, a coesão social é um dos esteiros do nosso Estado de Direito Democrático.

Aqui chegados, nas presentes linhas intentaremos depurar os princípios, conceitos e características da temática dos direitos sociais na tributação, não perdendo de vista a moldura constitucional. Isto no importante plano da Família, numa visão que, em alguns dos momentos, não se furtará a ser também crítica.

Dissecando os princípios que norteiam a tributação, erigidos pela Constituição e impregnadores de todo o edifício legislativo, como a legalidade e igualdade tributárias e a capacidade contributiva, mas também a protecção da confiança e a boa-fé, estimamos que tal será de grande auxílio na melhor compreensão do nosso tempo e dos desafios que nos são postos quanto à tributação da Família.

¹ John Locke, pioneiro do liberalismo político, sustentava que a vontade contratual dos cidadãos cria o Estado, sob a forma de consentimento tácito de todos. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 190.

Por outro lado, se é o Estado quem assume e garante aos seus cidadãos a prossecução de certos fins considerados estruturantes da própria democracia, então a si lhe cabe providenciar os necessários recursos financeiros e depois fazê-los aplicar naquele mesmo sentido. Quando se diz no n.º 1, do artigo 103.º, da Constituição, que «o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas» e também «uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza», o que o legislador pretende, em ordem à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais garantidos é assinalar que: 1) o Estado deve ser aprovisionado dos recursos financeiros que se revelem necessários para o desempenho das suas tarefas fundamentais (em exclusivo, ou coexistindo com os sectores privado, social e cooperativo)²; 2) aos cidadãos mais desfavorecidos, através da justiça social e material³ e da correcção das desigualdades, devem ser proporcionados os meios que lhes permitam gozar daqueles mesmos direitos (desde logo, através dos serviços públicos)⁴.

Em face do antedito, os direitos sociais das famílias e a tributação como seu reverso, na perspectiva da Constituição, vão merecer a nossa melhor atenção.

No que tange à Família, torna-se mister que indaguemos as características da tributação na situação familiar, de molde a escrutinar os seus traços identitários. E que, no fundo, vão influenciar o ordenamento jurídico-fiscal nas suas diversas vertentes. Desde logo, a aproximação ao IRS – como imposto, mitigada e tendencialmente pessoal, único e progressivo, sobre o rendimento das famílias –, mais os seus métodos de tributação (conjunta e separada) e o acolhimento dos direitos sociais nas deduções à colecta, vão ajudar-nos a melhor conhecer a concretização prática pelo legislador das características da tributação e da situação familiar

Ademais, não esqueceremos a vertente procedimental e processual do Direito Tributário, em matérias de grande relevância no estatuto fiscal do agregado familiar e dos cônjuges: a responsabilidade tributária pelas dívidas, o direito de remição em execução fiscal e a responsabilidade pela prática de infracções (em particular, as contra-ordenacionais).

Algumas das mais recentes alterações na tributação familiar, por efeito da Lei do Orçamento do Estado para 2016, serão postas em evidência. Sendo feita

² Em que, como se sabe, são também necessários os recursos financeiros do Estado (veja-se, por exemplo, o tão falado caso das parcerias público-privadas).

³ Artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, da Lei Geral Tributária (LGT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro.

⁴ Mas também pela iniciativa privada, apoiada pelo Estado ou paga pelos consumidores – neste último caso, através dos rendimentos possibilitados.

uma referência à legislação que entrou em vigor com respeito à protecção da casa de morada de família no âmbito da execução fiscal.

Por fim, uma pequena confissão, que estimamos ser devida. A eleição deste tema revelou-se quase como natural, com o propósito de reflectir e, sobretudo, partilhar a modesta experiência profissional do Autor nas veredas do Direito Tributário, em particular nos trabalhos do Conselho Económico e Social. Aca-bando também por servir de homenagem, ainda que simples, a José da Silva Lopes, antigo e saudoso Presidente, o qual deixou uma marca indelével nas Finanças Públicas e na reforma do nosso sistema fiscal.

2. Os princípios da tributação

Os *princípios*, nunca é demais rememorar, são linhas gerais aplicadas a determinada área do Direito, constituindo as bases e determinando as estruturas em que terão assento os variados institutos e normas jurídicas. Mas, dada a função impositiva do Estado quanto aos tributos, pelo que representa de intromissão no direito de propriedade dos cidadãos, princípios há que regem o Direito Tributário com foros de especificidade. Existem assim para proteger o cidadão contra os abusos do poder tributário, recortando a actividade da Administração e assegurando os direitos e garantias dos contribuintes.

Com origem no termo em latim *tributum*, a palavra tributo remete-nos para algo que é concedido ou rendido por obrigação ou necessidade. Tempos houve em que tributo era o nome dado ao valor pago por um território ou povo a outro, como sinal da sua dependência. Por exemplo, na Roma Antiga, era pago pelos vencidos ao vencedor e, por vezes, uma espécie de prestação para despesas de guerra.

A legislação portuguesa não fornece, directamente, o conceito de tributo⁵. Desde logo, na Lei Geral Tributária (LGT) trata-se da classificação, pressupostos, fins, características, objectivos, limites e princípios dos tributos e da tributação, mas não do conceito que há-de ser, forçosamente, a pedra fundamental, a primeira, angular de todo o edifício legislativo no Direito Tributário.

Em Espanha, na Ley General Tributaria definem-se os tributos como sendo «*los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos*». Mais adiantando que «*Los tributos, además de*

⁵ Assim já se passava no Código de Processo Tributário e também no Código de Processo das Contribuições e Impostos.

ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución» (artigo 2.º).

Noutras latitudes, no Brasil, pelo Código Tributário Nacional o legislador define como tributo «*toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída por lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*» (artigo 3.º).

Da letra da lei portuguesa e da *mens* que nela perpassa, sem dificuldade poderemos subscrever qualquer uma destas conceptualizações.

A espécie tributária mais significativa é, sem favor, a dos *impostos*, os quais podem ser aduaneiros ou especiais. Também aqui o legislador não nos fornece uma definição de tão importante espécie. No artigo 4.º, n.º 1, da LGT, apenas se dá como achega que «*Os impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património*».

Numa definição abreviada, o imposto é a obrigação imposta às pessoas jurídicas com o fim de aprovisionar as necessidades financeiras do Estado e de valer à efectivação da justiça social e da diminuição das desigualdades, suprimindo eventuais incapacidades do mercado⁶, de acordo com o princípio da capacidade contributiva (*vide* também o artigo 5.º, da LGT)⁷. Dito de outro modo, o actual Estado Social de Direito surge comprometido com múltiplas tarefas fundamentais conducentes à melhoria da qualidade de vida e do bem-estar das famílias (artigos 9.º e 36.º, da Constituição), sendo então necessária a arrecadação de receitas tributárias⁸. Importando também realçar que se acolhe o princípio da não consignação, segundo o qual não pode alocar-se o produto de quaisquer receitas à cobertura de determinadas despesas⁹. Não sendo então possível individualizar, à partida, o indivíduo directamente beneficiário da receita tributária.

Conforme nos dá conta Ana Sofia Assis Pacheco, «Criado inicialmente com o intuito primordial de engordar os cofres do rei e das classes sociais pri-

⁶ Cfr. GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS e ANA SOFIA ASSIS PACHECO, *Aspectos Económicos e Sociais da Extrafiscalidade*, in *Da Extrafiscalidade*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2011, pp. 56-59.

⁷ Cfr. J. CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 226-251; PAULO MARQUES, *Elogio do Imposto – A Relação do Estado com os Contribuintes*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 2010, 73-79; e JOÃO RICARDO CATARINO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 397-399.

⁸ Cfr. MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 17-18.

⁹ Artigo 16.º, n.º 1, da Lei de Enquadramento Orçamental, aprovada pela Lei n.º 151/2015, de 11 de Setembro

vilegiadas, o imposto foi alargando progressivamente as suas finalidades, sendo hodiernamente utilizado como um instrumento essencial do estímulo económico, de promoção dos direitos fundamentais, de política social, de incentivo às externalidades positivas em sede ambiental, investigação e desenvolvimento, entre outros»¹⁰.

Não dependendo o imposto da vontade do contribuinte, mas antes de um comando *ex lege* – artigos 103.º, n.º 2, da Constituição, e 8.º, da LGT –, em caso de incumprimento do contribuinte o Fisco dispõe de poderes de autotutela coactiva mediante a instauração e tramitação do processo de execução fiscal, previsto nos artigos 148.º e seguintes, do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT)¹¹, por sinal, com natureza materialmente judicial (artigo 103.º, n.º 1, da LGT)¹².

A Administração, como sujeito activo da relação tributária, tem a seu favor o direito (melhor será dizer, o poder-dever) de exigir o cumprimento das obrigações tributárias (artigo 18.º, n.º 1, da LGT), estando mesmo adstrita a exercer as suas atribuições na prossecução do interesse público (artigo 55.º), para o que concorrem a indisponibilidade dos créditos tributários (artigo 30.º, n.º 2) e o princípio do inquisitório (artigo 58.º)¹³ e, o que não é coisa pouca, ao abrigo de competências vinculadas¹⁴. Correlativamente, o sujeito passivo «*está vinculado ao cumprimento da prestação tributária*» (artigo 18.º, n.º 3).

Aqui chegados, numa definição a traço muito grosso, o *Direito Tributário* revela-se-nos como o conjunto das leis reguladoras da liquidação, da cobrança dos impostos, bem como da sua fiscalização¹⁵. Por ele temos reguladas as relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e o contribuinte.

No cume do nosso ordenamento jurídico temos pois erigidos os princípios da tributação que servem para proteger o cidadão contra os abusos do poder tributário. Princípios que radicam na nossa Lei Fundamental, onde repousam os mecanismos de defesa e garantia. Ou não se tratasse o imposto de uma ablação

¹⁰ ANA SOFIA ASSIS PACHECO, *Dos impostos fiscais aos impostos extrafiscais. Do Estado Liberal ao Estado Social*, in *Da Extrafiscalidade*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2011, p. 41.

¹¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de Outubro.

¹² Cfr. PAULO MARQUES, *Execução fiscal: uma ruptura com o princípio da separação de poderes?*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, IDEFF, Almedina, Coimbra, a.5, n.º 1 (Primavera 2012), pp.175-201.

¹³ Segundo o qual a Administração «*deve, no procedimento, realizar todas as diligências necessárias à satisfação do interesse público e à descoberta da verdade material*».

¹⁴ Estamos ante o princípio da legalidade.

¹⁵ Actualmente, cada vez mais são os próprios contribuintes que declaram e apuram o seu próprio imposto (autoliquidação), ficando reservada para a administração tributária uma função meramente residual e fiscalizadora, ou supletiva (liquidação oficiosa ou adicional).

patrimonial, forçada e com reflexos gravosos na situação de quem é chamado ao sacrifício das suas posses.

2.1. O princípio da legalidade tributária

No Direito Privado a regra é a da não taxatividade na fixação das categorias jurídicas, podendo os particulares criar as que melhor assegurem a realização dos seus interesses. Ao invés, na seara do Direito Tributário, independentemente da vontade dos sujeitos, a relação jurídica nasce com a verificação do facto tributário, previsto com antecedência na lei.

Assim, o princípio da *legalidade* limita a actuação do poder tributário em prol da segurança jurídica dos contribuintes. Nada mais é que uma reverberação da vinculação à lei, a que está adstrita toda a Administração Pública e também, naturalmente, a Fiscal. Nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea i), da Constituição, a criação de impostos é matéria reservada da competência da Assembleia da República, mas esta pode autorizar o Governo a fazê-lo. Estamos no domínio da *reserva de lei formal*.

Inversamente, quanto às taxas, a reserva relativa de competência da Assembleia da República abrange apenas o seu regime geral – artigo 165.º, n.º 1, alínea i), *in fine* –, não tendo a criação de cada taxa que ser aprovada pela Assembleia da República ou pelo Governo com autorização daquela.

Ademais, a Constituição, de modo expresso, postula que a lei defina, quanto a cada imposto, a incidência, a taxa, os benefícios fiscais¹⁶ e, também, as garantias dos contribuintes (artigo 103.º, n.º 2). Aqui impõe-se uma *reserva de lei material*. E, não degenerando, o artigo 8.º, da LGT, reitera este mesmo postulado constitucional ao determinar que também assim tem que ser quanto à definição dos crimes e das contra-ordenações fiscais, das obrigações acessórias, e quanto às regras de procedimento e de processo tributário.

A reserva de lei para a criação e definição dos elementos essenciais dos impostos, mesmo nos aspectos favoráveis aos contribuintes, justifica-se em nome dos princípios da igualdade, da justiça e da transparência fiscal. No fundo, tem iminentes preocupações de ordem garantística e como base o princípio democrático¹⁷. Pretende-se que o imposto, quanto aos seus principais elementos,

¹⁶ A inclusão dos “benefícios fiscais” na reserva de lei explica-se pela igualdade entre os contribuintes e pela excepcionalidade de tais benefícios, que não consentem uma discriminação positiva injusta entre contribuintes.

¹⁷ ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal – Lições*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 123-126.

seja desenhado na lei de forma suficientemente determinada, sem margem para desenvolvimento regulamentar, nem para a discricionariedade administrativa.

Este princípio da estrita legalidade tem como corolário o princípio da *tipicidade*, muito prezado no Direito Tributário, que se traduz na determinação prévia na lei – e determinação expressa e minuciosa – dos elementos para que o imposto seja exigido. Ou seja, em ordem à constituição da obrigação de imposto. Primeiro, segundo os critérios material, temporal e espacial, e depois, por consequência, segundo os critérios pessoal e quantitativo.

Julgamos ser compreendida sem dificuldade esta magna exigência constitucional, que, como vimos, o próprio legislador ordinário concretiza (“Direito Constitucional Fiscal Concretizado”), se atendermos à liberdade económica dos cidadãos e das empresas, garantida pelo artigo 61.º, n.º 1, da Constituição. Revestindo a ablação patrimonial por via do imposto um carácter excepcional¹⁸.

2.2. O princípio da igualdade tributária

O princípio da *igualdade tributária* confirma um princípio constitucional básico que depois se traduz num direito/dever fundamental: a igualdade de todos perante a lei¹⁹.

A esta mesma luz, com assento no artigo 13.º da Constituição, temos a proibição de distinções arbitrárias entre contribuintes que se encontrem em situações semelhantes. Há que tratar “os iguais como iguais”²⁰ mas também, não

¹⁸ Para JÓNATAS E. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, «postula-se um princípio de sacrifício mínimo, atendendo ao carácter ablativo da tributação» (*Manual de Direito Fiscal – Perspectiva Multinível*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 104).

Lembremos novamente John Locke, para quem o Estado existe para proteger a propriedade de cada um. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História do Pensamento Político Ocidental*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 191.

¹⁹ A União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança (artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia).

Cfr. JORGE MIRANDA, *A Constituição no Limiar do Século XXI*, AAFDL, Lisboa, 2016, pp. 10–25.

²⁰ Assim, por exemplo, se os rendimentos auferidos resultarem de serviços prestados a uma única entidade, excepto tratando-se de prestações de serviços efectuadas por um sócio a uma sociedade abrangida pelo regime de transparência fiscal, o sujeito passivo *pode*, em cada ano, *optar* pela tributação de acordo com as regras estabelecidas para a categoria A (artigo 28.º, n.º 8, do Código do IRS). Estabelecendo-se, nestas situações, uma possível equiparação de tratamento entre o trabalho subordinado e o trabalho autónomo, mas em que existe dependência económica face à entidade pagadora.

esquecer, “os desiguais como desiguais”²¹. Para contribuintes que estejam em situações distintas deve ser permitido um tratamento tributário diferenciado²².

Prima facie, a igualdade consiste na proporcionalidade da incidência à capacidade contributiva, em função da riqueza de cada um. Do princípio da igualdade, de alguma forma, decorre então o princípio da *capacidade contributiva*.

Por outro lado, não fere o princípio da igualdade (antes o realiza adequadamente), a *progressividade* do imposto²³. Na realidade, todo aquele que tem uma maior capacidade contributiva deve ser convocado a pagar maior imposto, pois só assim estará sendo “igualmente” tributado, acrescentando a taxa de imposto à medida que o rendimento colectável é maior (artigos 104.º, n.º 1, da Constituição e 68.º, do Código do IRS). Esta situação difere dos impostos *proporcionais*, em que quem revela maior capacidade económica suporta também mais imposto, mas a taxa permanece sempre a mesma (ex: artigo 18.º, do Código do IVA).

A LGT, no seu artigo 5.º, obriga a que a tributação respeite o princípio da igualdade. Isto porque um dos fins da tributação reside, justamente, na necessária correcção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento²⁴.

Adiante veremos, a não discriminação fiscal (negativa, entenda-se) por pertença a um agregado familiar, é uma pertinente questão que não deixa de pôr à prova o mérito do legislador.

²¹ Por exemplo, os rendimentos brutos de cada uma das categorias A, B e H auferidos por sujeitos passivos com deficiência são considerados, para efeitos de IRS, apenas em 90% (artigo 56.º-A, n.º 1, do Código do IRS).

²² Nada impede, antes aconselha, se for caso disso, a discriminação positiva dos contribuintes cumpridores, incentivando e valorizando socialmente as condutas de cumprimento fiscal. Neste sentido, *vide* PAULO MARQUES e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO, *A discriminação positiva dos contribuintes cumpridores à luz do OE/2015*, Revista OTOC, n.º 183, Lisboa, Julho 2015, pp. 52-54.

²³ No entanto, JÓNATAS E. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA observam que «Uma taxa proporcional poderia servir finalidades redistributivas se as receitas cobradas fossem utilizadas para subsidiar os grupos mais carenciados da população, seja directamente, através de transferências pecuniárias, seja indirectamente, através da provisão de bens públicos» (*Manual de Direito Fiscal – Perspectiva Multinível*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 254-255).

²⁴ Cfr. MANUEL PORTO, *Economia: Um Texto Introdutório*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, 243-247.

2.3. O princípio da capacidade contributiva

Por vontade expressa do legislador, a *capacidade contributiva* alcandora-se como pressuposto do imposto, no cotejo com os demais tributos²⁵: «*Os impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património*» – artigo 4.º, n.º 1, da LGT. Eis pois um traço identitário do imposto.

Por exemplo, quando o legislador prevê, excepcional e subsidiariamente, a aplicação dos métodos indirectos ou presuntivos na avaliação da matéria tributável²⁶ (“verdade material aproximada”), em caso de manifestações de fortuna ou outros acréscimos patrimoniais injustificados, desconformes com os rendimentos declarados em sede de IRS, está a cuidar da efectividade deste princípio, em linha com os objectivos de justiça social²⁷.

Estamos ante um conceito económico (*ability to pay*, segundo os anglo-saxónicos), entendido como a aptidão económica pessoal para suportar os encargos públicos, em maior ou menor grau. Devem-se então ter em conta as condições particulares de cada um dos contribuintes.

O que se busca por este princípio é que os contribuintes do Estado contribuam para o seu sustento no valor (*quantum*) mais aproximado possível à proporção das suas respectivas capacidades. O mesmo é dizer, na proporção dos rendimentos de que, respectivamente, desfrutem.

Os princípios da igualdade tributária e da capacidade contributiva complementam-se. Sem o respeito à capacidade contributiva de nada adiantaria o princípio da igualdade tributária. Podemos mesmo dizer que no fundamento do princípio da capacidade contributiva temos uma igualdade *horizontal* (imposto

²⁵ A taxa e a contribuição especial.

Em Espanha, o legislador espanhol oferece o conceito de «*Impuestos son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente*» e que adianta que «*La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos*» – artigos 2.º, n.º 2, alínea c), e 3.º, n.º 1, ambos da *Ley General Tributaria*.

²⁶ Segundo o Tribunal Central Administrativo Sul, «É constitucional a liquidação realizada com recurso aos métodos indirectos, que visam apurar o rendimento real dos contribuintes quando estes não dispõem de elementos contabilísticos fiáveis ou não tem contabilidade organizada» (Acórdão de 9 de Maio de 2006 – Proc. n.º 01096/06).

Cfr. José CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, 295-300; e ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal – Lições*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 219-225.

²⁷ Cfr. Tribunal Central Administrativo Sul, em Acórdão de 15 de Maio de 2012 – Proc. n.º 02956/09.

igual para todos os que têm capacidade igual) e *vertical* (quem pode mais, deve pagar mais).

Apesar de não estar consagrado, expressamente, na Constituição, trata-se de um princípio implícito, convertido em garantia dos contribuintes face ao abuso do poder tributário. Neste sentido, ninguém deverá ser obrigado a pagar imposto se este excede a porção patrimonial de sobrevivência pessoal (veja-se, por exemplo, o IRS e a temática do *mínimo de existência*, nos termos do artigo 70.º, do respectivo Código).

A situação familiar de qualquer sujeito passivo não é imune à aferição da capacidade contributiva, levando o legislador a atender a essa realidade, tributária que também o é. Desde logo, estabelece o Texto Constitucional que o imposto sobre o rendimento pessoal, único e progressivo, será graduado segundo a capacidade económica do *agregado familiar* (artigo 104.º, n.º 1).

2.4. *Os princípios da protecção da confiança e da boa-fé*

A *segurança jurídica*, como valor transcendental do Direito, resulta de dois consortes: a autorização e a limitação. Sem uma não pode haver a outra. Deste modo se assegura a estabilidade, previsibilidade e confiança aos contribuintes na sua relação com a Administração. O que se efectiva por via de uma positivação (afinal, o princípio da legalidade).

Muitas das alterações fiscais têm ocorrido em sede de aprovação do Orçamento do Estado. Bastas vezes, tais alterações à legislação fiscal extravasam claramente o âmbito do Orçamento (“cavaleiros orçamentais”), fazendo os Governos a sua inclusão na Proposta de Lei. De qualquer forma, a produção legislativa na área fiscal, tida como hiperactiva e inimiga do investimento, não se fica por aqui. Não raro, a Lei do Orçamento do Estado comporta várias e relevantes, quanto vagas, autorizações legislativas, de que os Governos se servem para introduzir novas normas fiscais ou alterar as existentes. O que parece ir em contramão do sentido, *ab initio*, definido pelo legislador.

A confiança legítima que os contribuintes depositaram no legislador – ou seja, na estabilidade da ordem jurídica e na constância da actuação do Estado – não deve ser perturbada, sob pena de violação do princípio da protecção da confiança, em que se funda a autoridade democrática do Estado. Assim dita o princípio do Estado de Direito, consagrado no artigo 2.º da nossa Constituição.

Por exemplo, se o sujeito passivo de imposto vem a ser surpreendido por um aumento da taxa com o qual não contava, nem podia legitimamente contar, no momento em que recebeu os rendimentos, pode-se colocar a questão. Aliás, a *proibição da retroactividade* da lei fiscal desfavorável, imposta pelo n.º 3 do

artigo 103.º da Constituição, funda-se na protecção da confiança e na ideia de Estado de Direito, nos termos do artigo 2.º. A par do princípio da segurança jurídica, com o qual está intimamente ligado. Assim, se o facto tributário for de formação sucessiva, a lei nova só se aplica ao período decorrido a partir da sua entrada em vigor (artigo 12.º, n.º 2, da LGT).

No entanto, o Tribunal Constitucional, em Plenário, no seu Acórdão n.º 399/10, de 27 de Outubro (Processos n.º 523 e 524/10) julgou não inconstitucional a aplicação, na pendência do ano, de novo escalão para rendimento colectável superior a €150 000 (taxa de 45%) e do aumento do valor da taxa de todos os escalões (artigo 68.º, do Código do IRS), com base na urgência do equilíbrio das contas públicas e na periodicidade que caracteriza o IRS, cujo facto tributário se considera verificado apenas em 31 de Dezembro.

A aferição do princípio da confiança em matéria tributária obriga a que se tenha em conta e seja ponderado tanto o contexto da Administração quanto o contexto do sujeito passivo na relação tributária. Assim, um dos pressupostos essenciais reside na afectação de expectativas, isto é, saber em que medida a mutação da ordem jurídica colide ou não com o que, razoavelmente, os destinatários das normas poderiam e podem contar.

Outro dos pressupostos reside na aferição da salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalentes (destarte, recorrendo-se ao princípio da *proporcionalidade*, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2, do artigo 18.º, da Constituição).

Entendido com o princípio da protecção da confiança temos um outro princípio: a *boa-fé*. Amplamente tratado no Direito Privado, é possível e desejável aplicá-lo no Direito Público, mormente nas relações jurídicas de Direito Tributário.

A ponderação da presença da boa-fé é determinável pela aplicação de um princípio metodológico que parte da premissa de não se poder exigir do agente um comportamento diferente daquele que é expectável por parte de um homem comum: o denominado *bonus pater familias*, do Direito Romano.

O crédito tributário pode ser entendido como o valor do imposto. No entanto, o contribuinte pode ser devedor, por exemplo, do *quantum* referente ao imposto (obrigação tributária principal) e também por não ter entregue, ou tê-lo feito incorretamente, a declaração (obrigação tributária acessória), devendo, *in casu*, pagar tanto o valor do imposto como o da sanção (coima)²⁸.

²⁸ Por exemplo, no caso de ambos os cônjuges serem proprietários do mesmo prédio, qualquer um deles está vinculado ao dever de apresentação da declaração, embora bastando que um deles cumpra no prazo estabelecido na lei tributária (13.º, n.º 1 do Código do IMI) a respectiva obriga-

Não pretendemos negar que a obrigação tributária decorre da lei e não da vontade das partes. Por exemplo, um contribuinte não pode eximir-se de pagar imposto porque em determinado mês desconhecia a lei, ou porque não pôde ou não quis. O princípio da boa-fé que deve ser aplicado no Direito Tributário é o da boa-fé *objectiva*, da conduta socialmente recomendada. E não o princípio da boa-fé *subjectiva*, do tal homem que ignora a lei (artigo 6.º, do Código Civil)²⁹.

Assim, o princípio jurídico da boa-fé é susceptível de ser aplicado, permitindo instaurar uma ordem de colaboração entre os sujeitos da relação jurídica. Disso nos dá eco, por exemplo, o artigo 59.º da LGT. Sendo que estes deveres podem perdurar ainda depois de adimplido o crédito principal. No caso do Direito Tributário, mesmo que efectuado o pagamento do valor do imposto, ainda persiste o dever de o contribuinte realizar as obrigações tributárias acessórias, por serem autónomas.

Por outro lado, o pagamento do imposto nos termos de lei, que atribua benefícios ou vantagens no conjunto de certos encargos ou condições, não preclui o direito de reclamação, impugnação ou recurso, não obstante a possibilidade de renúncia expressa, nos termos da lei (artigo 9.º, n.º 3, da LGT)³⁰.

No exercício da actividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa-fé (artigo 10.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo).

A suprema ironia reside em que o mesmo credor Estado, investido do comando tributário, tantas vezes odiado, é constituído pelos mesmos indivíduos, alunos, professores, advogados, juizes, empresários ou operários. No fim, pelos particulares que, não raras vezes, o temem.

ção declarativa, para que se libere o outro cônjuge. Qualquer dos cônjuges pode praticar todos os actos relativos à situação tributária do agregado familiar e ainda os relativos aos bens ou interesses de outro cônjuge, desde que este os conheça e não se lhes tenha expressamente oposto (artigo 16.º, n.º 5, da LGT).

²⁹ Não se pode esquecer que o dever de colaboração que impende sobre a administração tributária em relação aos contribuintes implica a informação pública, regular e sistemática sobre os seus direitos e obrigações [artigo 59.º, n.º 3, alínea *a*), da LGT].

³⁰ No entanto, o pagamento da dívida exequenda preclui o direito de oposição judicial à execução fiscal (artigo 203.º, n.º 5, do CPPT).

3. Os direitos sociais das famílias e a tributação na Constituição

A prevalência dos princípios constitucionais no Direito Português³¹ traduz-se na limitação, ao mais alto nível, do poder de tributar, e na correspondente salvaguarda dos direitos e garantias do contribuinte. Com destaque, como já se viu, para os princípios da legalidade, da igualdade, da capacidade contributiva, da tutela da confiança e da boa-fé.

A Constituição, como Lei Fundamental do nosso Estado de Direito Democrático, para o que aqui nos pode interessar, de acordo com o seu artigo 36.º, n.º 1, erige como garantia pessoal o direito de todos a constituir família e a contrair casamento em condições de plena igualdade. Mais, reconhecendo a família como elemento fundamental da sociedade e a maternidade e a paternidade como valores sociais eminentes (artigo 68.º), estabelece o seu direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. E, correlativamente, impondo ao Estado o dever de regular os impostos de harmonia com os encargos familiares (artigo 67.º)³².

A esta luz, entre os princípios da organização económica, como prioridade, o legislador incumbe o Estado de promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal (artigo 81.º).

Como princípio ordenador do nosso sistema fiscal, antecedendo o princípio da legalidade, aponta-se a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e a repartição justa dos rendimentos e da riqueza (artigo 103.º, n.º 1). Pelo que a tributação do rendimento pessoal visará a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar (artigo 104.º, n.º 1)³³.

³¹ Defendendo que as leis restritivas de direitos fundamentais devem ser objecto da máxima densidade de controlo pelo Tribunal Constitucional *vide* JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 138-141.

³² Tendo em vista a reserva da vida privada e familiar, a lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias (artigo 26.º, n.º 2, da Constituição).

A Administração Tributária tem ainda assim o poder de aceder *directamente* aos documentos bancários e aos documentos emitidos por outras entidades financeiras previstas nas situações de recusa da sua exibição ou de autorização para a sua consulta, quando se trate de *familiares* (artigo 63.º-B, n.º 2, da LGT). No entanto, a lei exige a *audição prévia* do familiar (artigo 63.º-B, n.º 5, da LGT).

³³ Cfr. MANUEL PIRES, *Tributação relativa à família (revisitação)*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, 2.º Volume, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 495-537

O Tribunal Constitucional, em Acórdão proferido em Plenário, em 16 de Fevereiro de 1995 (Proc. n.º 405/88), veio a asseverar que «*Esse tratamento tendencialmente mais favorável das pessoas pertencentes a agregados familiares em relação aos contribuintes isolados resulta do próprio princípio constitucional da discriminação positiva da família no domínio fiscal, como decorre dos artigos 107.º, n.º 1, e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição. Não se pode, por isso, ver nele qualquer infracção ao princípio da igualdade*».

De todo o exposto resulta que os direitos sociais respaldados na Constituição (o direito à habitação, à educação e à saúde, entre outros, a par da protecção da maternidade e da paternidade, das crianças, dos deficientes e dos idosos), são um limite ao poder de tributar de que está investido o Estado³⁴. Mas, por outro lado, esses direitos consagrados constitucionalmente levam a que o mesmo poder, devidamente enquadrado pelos fins da justiça social e da redução das desigualdades na distribuição do rendimento, efective as condições que permitam a realização pessoal dos membros do agregado familiar, desejada e protegida pelo legislador.

4. As características da tributação na situação familiar

Como pudemos recordar, a nossa Lei Fundamental, no n.º 1 do artigo 104.º, dispõe que «*O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar*». Porém, ao se considerarem como *sujeitos passivos* as pessoas a quem incumbe a sua direcção (artigo 13.º, n.º 2, do Código do IRS), fica claro que o agregado familiar, *per si*, não constitui sujeito passivo da relação jurídico-tributária.

Na esteira da Constituição, a LGT, como diploma estruturante do sistema fiscal português, a propósito das características da tributação e da situação familiar, preceitua do seguinte modo (artigo 6.º):

1 – A tributação directa tem em conta:

a) A necessidade de a pessoa singular e o agregado familiar a que pertença disporem de rendimentos e bens necessários a uma existência digna;

³⁴ No entanto, na observação de VÍTOR FAVEIRO, «Certo é que, estabelecendo entre a família e os impostos uma íntima relação de comunidade ou interdependência, a lei fundamental é muito vaga na definição dos termos ou dos limites em que tal relação deve ser estruturada» (*Família, Estado e Imposto*, in *A unidade familiar como sujeito fiscal*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 123, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1981, p. 131).

b) A situação patrimonial, incluindo os legítimos encargos, do agregado familiar;

c) A doença, velhice ou outros casos de redução da capacidade contributiva do sujeito passivo.

2 – A tributação indirecta favorece os bens e consumos de primeira necessidade.

3 – A tributação respeita a família e reconhece a solidariedade e os encargos familiares, devendo orientar-se no sentido de que o conjunto dos rendimentos do agregado familiar não esteja sujeito a impostos superiores aos que resultariam da tributação autónoma das pessoas que o constituem.

Encontramos no Código do IRS vários exemplos de como a lei fiscal, muitas vezes, não acompanha a realidade factual, resultando postergada a tutela da família e dos seus direitos sociais.

Assim, para efeitos de agregado familiar, não são considerados, nem mesmo nas deduções à colecta, os dependentes com mais de 25 anos de idade, mesmo que seja a família a suportar economicamente a totalidade das suas despesas – artigo 13.º, n.º 5, alínea *b*), do Código do IRS. A dificuldade no primeiro emprego ou o desemprego e o prolongamento da formação académica levam a que também a juventude se prolongue no tempo. O regime fiscal é cego, não acompanhando a dependência “fiscal” a dependência “económica”.

Idêntica questão se põe quanto aos ascendentes que dependam desse agregado familiar³⁵, apesar de estarem contemplados nas deduções à colecta (pessoais, encargos com lares, deficientes, encargos com lares) – artigos 78.º-A, 78.º-C, 84.º, do Código do IRS.

Por outro lado, analisando as tabelas de retenção na fonte, o legislador fiscal diferencia as taxas aplicáveis em função do estado civil do sujeito passivo e da existência ou não de dependentes, mas ficam prejudicadas as famílias mais numerosas, já que a mesma taxa é aplicável quer se tenha 5 ou mais filhos. Como no que respeita às tabelas aplicáveis aos rendimentos provenientes de pensões, nunca se atende à existência ou não de dependentes.

³⁵ Os ascendentes não integram o agregado família, optando o legislador pela “família nuclear” e não pela “família prolongada” (artigo 13.º, n.º 4, do Código do IRS).

A Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março (Orçamento do Estado para 2016) aumentou a dedução à colecta de IRS, por cada ascendente, desde que viva efectivamente em comunhão de habitação com o sujeito passivo de imposto e desde que não tenha rendimento superior à pensão mínima do regime geral (€261,95), de €300 para €525, eliminando-se a aplicação da ponderação por ascendente antes prevista no âmbito do quociente familiar.

Quanto à dedução à colecta das despesas com educação e formação (artigo 78.º-D), o contribuinte que decida constituir família não tem mais qualquer dedução nem majoração, ficando-se pelo limite que tinha no seu estado de solteiro. Ou seja, é dedutível um montante correspondente a 30% do valor suportado a título de despesas por qualquer membro do agregado familiar, com o limite global de (euro) 800. Pela mesma ordem de razões, os cônjuges beneficiam se decidirem divorciar-se, pois então cada um poderá efectuar a dedução pelo valor máximo, quando antes as mesmas despesas se confinavam ao valor de uma dedução em singelo.

Estas situações denunciam um tratamento pouco meritório do princípio da *capacidade contributiva*, ficando por atender o desigual como tal.

Em face do exposto, urge uma visão crítica do presente sistema fiscal, numa perspectiva comprometida com o conceito de que a política fiscal deve conferir um tratamento mais favorável – ou pelo menos, neutro ou não desfavorável – à tributação da família.

5. O IRS como imposto pessoal

A qualificação de um tributo como *pessoal* (subjectivo), por oposição a *real* (objectivo), assenta no facto de o mesmo ter em consideração a condição específica do sujeito passivo, de que é exemplo, ainda que de modo mitigado, o IRS.

Precisamente, ao levarem-se em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar, convocando o artigo 104.º, n.º 1, da Constituição, é manifesta uma aproximação ao desiderato da justiça social, que por detrás de si tem as pessoas e as suas famílias.

No entanto, esta qualificação não é absoluta. Podemos dizer que o IRS é simultaneamente um imposto *pessoal* em relação aos *residentes* (artigo 15.º, n.º 1, do Código) e um imposto *real* quanto aos *não residentes* (artigo 15.º, n.º 2, do Código), uma vez que no último caso incide apenas sobre os rendimentos obtidos em território português. Por isso, atrás fizemos referência ao modo mitigado, mormente a preponderância do cariz pessoal.

Temos então vários elementos de pessoalização no imposto, que o aproximam do já referido princípio da capacidade contributiva. A consideração do *agregado familiar*, a *tributação conjunta*, as *deduções específicas*³⁶, o *englobamento* dos

³⁶ As *deduções específicas* atendem às despesas que o legislador presume necessárias para a obtenção do rendimento (ex: despesas com a manutenção do bem arrendado são indispensáveis à manutenção da fonte dos rendimentos prediais).

rendimentos, o *quociente conjugal*, o *escalonamento progressivo das taxas gerais*, o *mínimo de existência*, as *deduções à colecta* ou os *benefícios fiscais*, todos são afloramentos do ajustamento tributário à situação pessoal e familiar.

Em sentido inverso, a *tributação separada*³⁷, as *taxas especiais*³⁸, as *taxas liberatórias*³⁹, a menor relevância do estado civil e da dimensão do agregado familiar, mais não fazem do que apartar o imposto da sua caracterização pessoal, e da *mens legis* da nossa Constituição (artigo 104.º, n.º 1). O que também podemos observar nos acordos para evitar a dupla tributação celebrados com vários Estados, sobretudo quando sublinham a prevalência da fonte de rendimentos em detrimento da residência do sujeito passivo como elemento de conexão.

6. O IRS como imposto único e progressivo

Ao estabelecer a *unicidade* e a *progressividade* no imposto sobre o rendimento pessoal, o legislador pretende que seja abrangida a totalidade dos rendimentos auferidos pelo contribuinte⁴⁰ e que estes fiquem sujeitos à mesma tabela esca-

³⁷ Na denominada tributação separada, cada membro do agregado familiar é apenas tributado pelos seus rendimentos próprios (artigos 13.º, n.º 2, 59.º, 102.º-C, n.º 2, do Código).

A tributação conjunta foi posta de lado pela Dinamarca em 1970, pela Suécia em 1971, pela Áustria e pela Holanda em 1973, pela Itália e pela Finlândia em 1976. Em certos países proporcionaram-se regimes de opção pela tributação separada (casos do Reino Unido em 1972, da Bélgica em 1975 e da Irlanda em 1980), ou adoptou-se como sistema comum o da divisão do rendimento (tradicionalmente praticado na República Federal da Alemanha e nos Estados Unidos e, sob forma do «quociente familiar», em França e no Luxemburgo. Embora possa admitir-se que a referência constitucional à consideração dos rendimentos do agregado familiar não é impeditiva da consagração da fórmula da tributação separada, reconhece-se existirem algumas dúvidas quanto à bondade da solução, a qual representaria, nas presentes circunstâncias, uma mudança demasiado radical, e suscitaria dificuldades em face de regimes matrimoniais resultantes de situações de comunhão de bens (veja-se o Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de Novembro).

³⁸ Artigo 72.º, do Código.

³⁹ Enquanto os rendimentos sobre os quais incidem taxas liberatórias não têm de ser, em regra, declarados no IRS, já as taxas especiais incidem sobre rendimentos que, por norma, não estão sujeitos à retenção na fonte, sendo então aplicadas somente no momento da liquidação anual do imposto, e daí a correspondente obrigação declarativa anual.

⁴⁰ Veja-se o englobamento dos rendimentos das várias categorias, que apuram o rendimento colectável em sede de IRS. No entanto, como já vimos, tratando-se de não residentes, o imposto incide unicamente sobre os rendimentos obtidos em território português (artigo 15.º, n.º 2, do Código), o que se compreende com facilidade, dada a complexidade na aferição da capacidade contributiva do contribuinte, designadamente a fiscalização dos rendimentos obtidos fora do território nacional e o conhecimento da situação do agregado familiar.

lonada de taxas (artigo 68.º, do Código), em que o imposto será tanto maior quanto maior for o rendimento colectável. Deste modo se concretiza a igualdade material (social) em que a diferença de resultados deve traduzir a diferença entre destinatários.

Todavia, apesar de o IRS ter como parâmetro o *rendimento-acrécimo* (soma-tório de todos os incrementos patrimoniais líquidos), não abrange todos os rendimentos. Por exemplo, a totalidade das mais-valias ou as aquisições gratuitas (herança, legado e doação).

Por outro lado ainda, o fraccionamento em diferentes categorias de rendimento e o mínimo de existência⁴¹ em que se pressupõem «*rendimentos predominantemente originados em trabalho dependente ou em pensões*»⁴² (artigo 70.º, n.º 1, do Código)⁴³, mitigam o princípio da unicidade de imposto.

Na observação de RUI DUARTE MORAIS, «A condição de residente supõe a presença física, real ou presumida, no território de um determinado Estado, a implicar uma ligação económica (mesmo que só ao nível do consumo) e um certo grau de integração social (participação na vida da comunidade e, portanto, o desfrute dos bens e serviços proporcionados por esse Estado). Normalmente, o residente terá bens nesse território e obterá aí, pelo menos, uma parcela dos seus rendimentos. A residência é, hoje, geralmente aceite como constituindo o elemento de conexão que expressa a mais íntima ligação económica entre uma pessoa e um Estado. Tal legitima a tributação dos residentes numa base mundial, isto é, de todos os rendimentos independentemente do local onde os mesmos sejam obtidos (*world income principle*)» (*Sobre o IRS*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 17)

⁴¹ Traduz-se na salvaguarda ou indisponibilidade de um rendimento líquido de imposto inferior a (euro) 8 500. Por outro lado, são *impenhoráveis* dois terços da parte líquida dos vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia, ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado (artigo 738.º, n.º 1, do Código de Processo Civil). Pela mesma razão, são igualmente impenhoráveis a quantia em dinheiro ou o depósito bancário resultantes da satisfação de crédito impenhorável, nos mesmos termos em que o era o crédito originariamente existente (artigo 739.º, do mesmo Código).

⁴² Isto é, pressupõe-se que da aplicação das taxas gerais resulte a disponibilidade de um rendimento líquido de imposto inferior a €8.500.

⁴³ Segundo MISABEL MACHADO DERZI, «A relação necessária entre vedação de efeitos confiscatórios e capacidade contributiva encontra-se em que os tributos não podem exceder à força económica do contribuinte. Deve haver, então, clara relação de compatibilidade entre as prestações pecuniárias, quantitativamente delimitadas pela lei, e a espécie de facto-signo presuntivo de riqueza – (na feliz expressão de A. A. Becker) posto na hipótese legal. A capacidade económica de contribuir inicia-se após a dedução dos gastos necessários à aquisição, produção e manutenção da renda e do património, assim como do mínimo indispensável a uma existência digna para o contribuinte e sua família» (*Limitações ao poder de tributar*, 7.ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 574).

No entanto, o legislador estabelece relevantes entorses ao princípio da progressividade⁴⁴, como por exemplo as *taxas liberatórias* (artigo 71.º)⁴⁵ e a comunicabilidade das perdas (artigo 55.º)⁴⁶. Estas situações conferem ao imposto sobre o rendimento pessoal um cariz analítico e cedular. Por conseguinte, não se aplicando o englobamento (previsto no artigo 22.º) a todo o rendimento, resulta desatendido o princípio da capacidade contributiva *tout court*⁴⁷.

Como vimos, outra disfunção no IRS tem que ver com o facto de constituir um imposto *pessoal* em relação aos residentes e um imposto *real* em relação aos não residentes (artigos 15.º, n.º 2, e 18.º, do respectivo Código), podendo, de igual modo, distinguir-se territorialidade *pessoal* e *real*, já que os elementos de conexão podem ser de cariz *pessoal* (ex: nacionalidade e residência) ou *real* (ex: fonte produtora dos rendimentos)⁴⁸.

7. A tributação conjunta e separada

Existem dois sistemas de tributação das pessoas singulares: a tributação *conjunta* e a tributação *separada*.

No sistema da tributação *conjunta*, o tributo é calculado com base no rendimento conjunto do agregado familiar, designadamente no caso de cônjuges casados não separados de facto (artigo 59.º do Código do IRS), tornando possível que os agregados familiares com rendimentos similares paguem sensivel-

⁴⁴ Mesmo a tabela das taxas gerais, constante no artigo 68.º, do Código, não revela uma progressividade plena. Assim, por exemplo, os contribuintes com rendimento colectável de €6500 estão inseridos no 1.º escalão, como aqueles que auferem um rendimento colectável de €7035. Se cotejada esta tabela com a que estava antes em vigor, introduzida pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, podemos observar que se opera um pequeno aumento dos limites do rendimento colectável nos quatro primeiros escalões, mantendo-se as taxas.

⁴⁵ Em que se libera definitivamente o contribuinte directo das obrigações de declaração e de pagamento, e a retenção na fonte do imposto não surge por conta de um valor liquidado a final.

⁴⁶ O legislador não acolhe um regime de comunicabilidade sem restrições entre as várias categorias de rendimentos, quanto às perdas verificadas em cada uma delas. Excluindo a comunicabilidade das perdas suportadas na categoria B (rendimentos empresariais e profissionais) e na categoria G (mais-valias). Mas ressalvando que «*Tal incomunicabilidade não obsta, todavia, a que se haja previsto, naquelas categorias, o reporte das perdas a anos futuros*» (Preâmbulo do Código).

⁴⁷ Cfr. BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Proporcionalidade e progressividade no IRS*, Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, 1.º Volume, Coimbra Editora, Coimbra, 2003. pp. 861-877.

⁴⁸ O princípio da *territorialidade* relaciona-se com o aspecto espacial do facto gerador do imposto, diferentemente do princípio da *nacionalidade*, que determina a tributação dos cidadãos portugueses, mesmo os residentes no estrangeiro.

mente o mesmo imposto. Existindo agregado familiar, o imposto é devido pelo conjunto dos rendimentos das pessoas que o constituem, considerando-se como sujeitos passivos aquelas a quem incumbe a sua direcção (artigo 13.º, n.º 2). O *animus* do legislador vai para que os agregados familiares com idêntico rendimento paguem o mesmo imposto, independentemente do modo como o rendimento se distribui pelos respectivos cônjuges. Ou seja, que o agregado familiar, por o ser, não seja sujeito a maior onerosidade fiscal.

Se, durante o ano a que o imposto respeite, tiver falecido um dos cônjuges, o cônjuge sobrevivente apresentará uma única declaração do total dos rendimentos auferidos nesse ano por cada um deles e pelos dependentes, se os houver, aplicando-se, para efeitos de apuramento do imposto, o regime de sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens (artigo 63.º, n.º 1). Aqui temos uma excepção à regra de que a situação pessoal e familiar dos sujeitos passivos, para efeitos de tributação, se afere pelo último dia do ano a que o imposto respeite (artigo 13.º, n.º 7).

No caso dos cônjuges separados de facto, cada um dos cônjuges pode apresentar uma única declaração dos seus próprios rendimentos e dos rendimentos dos dependentes a seu cargo, não podendo as deduções à colecta previstas no Código exceder o menor dos limites fixados em função da situação pessoal dos sujeitos passivos ou 50% dos restantes limites quantitativos. Sendo esta regra aplicável, com as devidas adaptações às deduções por benefícios fiscais, e não se aplicando o quociente conjugal.

Já na tributação *separada*, cada indivíduo corresponde a uma unidade fiscal, mesmo nas situações de união de facto (artigo 14.º do Código do IRS), sendo irrelevante a composição da família, e procurando-se assegurar a não discriminação fiscal conforme as pessoas sejam ou não casadas. A unidade fiscal corresponde a cada indivíduo, não relevando a família como epicentro de produção e de consumo do rendimento, sendo apenas de considerar os rendimentos individuais.

O Grupo para o Estudo da Política Fiscal – Competitividade, Eficiência e Justiça do Sistema Fiscal, criado em 8 de Janeiro de 2009, por despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais do XVII Governo Constitucional, invocando a existência de desigualdade entre os unidos de facto e os casados, pronunciou-se no sentido de ser urgente introduzir como regra a tributação separada mesmo entre os casados, embora estes tivessem sempre a opção de escolher a modalidade de tributação conjunta, não colidindo com a referência constitucional ao agregado familiar (artigo 104.º, n.º 1 da Constituição). Esta recomendação encontra fundamento no facto de apenas os unidos de facto poderem escolher, de entre a tributação conjunta e a separada, a que constituir maior vantagem para eles (artigo 14.º do Código), diferentemente do que sucede em relação às famílias fundadas no matrimónio.

Como já se referiu, existindo agregado familiar o imposto é devido pelo conjunto dos rendimentos das pessoas que o constituem, considerando-se como sujeitos passivos aquelas a quem incumbe a sua direcção (artigo 13.º, n.º 2) e não o agregado. Salvo disposição da lei em contrário, quando os pressupostos do facto tributário sejam verificados em relação a mais de uma pessoa, todas são *solidariamente* responsáveis pelo cumprimento da dívida tributária (artigo 21.º, n.º 1, da LGT).

O referido grupo de trabalho sublinha que «*A realidade “choca”, pois, com a imposição de uma declaração fiscal conjunta dos rendimentos, uma “administração fiscal” dos rendimentos exercida por ambos os cônjuges. Problema que assume maior relevo jurídico no caso dos casados sob o regime da separação (os quais são em número crescente), pois, então, a lei fiscal, ao obrigar à declaração conjunta, viola frontalmente o direito de cada um dos cônjuges em ter a administração exclusiva dos seus bens (rendimentos que são bens próprios), viola, até, o direito a não informar o outro cônjuge sobre a natureza e montante desses rendimentos, direitos esses conferidos pela lei civil, por um regime de bens pelo qual expressamente optaram antes do casamento*».

Para os cônjuges com idênticos rendimentos, a melhor opção continua a ser a tributação conjunta, dividindo-se por dois (quociente conjugal)⁴⁹, e aplicando-se a taxa sobre o remanescente. A aplicação desta técnica ou mecanismo (*splitting*) destina-se a evitar uma subida da taxa progressiva, mediante a qual as

⁴⁹ Tratando-se de sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens ou unidos de facto, nos casos em que haja opção pela tributação conjunta as taxas aplicáveis (artigo 68.º) são as correspondentes ao rendimento colectável dividido por dois (artigo 69.º, n.º 1).

Ou seja, os dependentes que integram o agregado familiar e os ascendentes deixam de ser contemplados (que antes se traduzia no produto de 0,3 por cada dependente ou ascendente). De que, inclusive, também beneficiavam mesmo os que não exerciam a opção pela tributação conjunta (0,15 por cada dependente ou ascendente). No que representa um regresso ao enquadramento legal consagrado antes de 2014.

Conforme esclarece a nova redacção do n.º 3, as taxas fixadas no artigo 68.º aplicam-se ao quociente do rendimento colectável, multiplicando-se por dois o resultado obtido para se apurar a colecta do IRS.

Consequentemente, é revogado o artigo 12.º da Lei n.º 82-E/2014, de 31 de Dezembro, que previa o aumento dos divisores do quociente familiar correspondentes aos dependentes que integram o agregado familiar e aos ascendentes nos anos de 2016 e 2017.

A Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março (que aprovou o Orçamento do Estado para 2016) eliminou o quociente *familiar*, tendo estado este em vigor apenas desde 1 de Janeiro de 2015. Pelo que se reintroduziu o quociente *conjugal*, o qual havia estado em vigor até 31 de Dezembro de 2014. Este último aplica-se aos casos de cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens, bem como aos unidos de facto, desde que optem pela apresentação de declaração conjunta. Por outro lado, a mesma lei elevou a dedução à colecta de IRS, por cada dependente, de €325 para €600. Deste modo, eliminou-se a aplicação da ponderação, por dependente, antes prevista no âmbito do quociente familiar.

taxas aplicáveis são as correspondentes ao rendimento colectável dividido por dois (artigo 69.º, n.º 1). Ou seja, opera-se a divisão do rendimento global da família – após o apuramento do rendimento global líquido ou colectável – , por dois, determinando-se deste modo a taxa de imposto aplicável ao montante apurado. E sendo *a final* o tributo correspondente a metade do rendimento, multiplicando-se por dois esse tributo para então se obter a colecta referente à unidade conjugal.

8. As deduções à colecta

Pudemos verificar como a Constituição, a um passo, estabelece o direito da família à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros para, em outro passo, faz impender sobre o Estado o dever de regular os impostos de harmonia com os encargos familiares (artigo 67.º).

Os direitos sociais consagrados constitucionalmente – a habitação⁵⁰, a educação e a saúde; mas também a protecção da maternidade e da paternidade, das crianças, dos deficientes⁵¹ e dos idosos – surgem concretizados por meio da lei fiscal. Fundamentalmente, mas não só, pelas *deduções à colecta*⁵².

Em síntese, enquanto no quociente familiar o rendimento colectável do agregado familiar é dividido por um indicador que reflecte a dimensão do agregado familiar, beneficiando-se as famílias numerosas; no quociente conjugal o rendimento colectável é dividido por dois.

⁵⁰ Ficam isentos de Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI) os prédios rústicos e o prédio ou parte de prédio urbano destinado a habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, e que seja efetivamente afeto a tal fim, desde que o rendimento bruto total do agregado familiar não seja superior a 2,3 vezes o valor anual do Indexante dos Apoios Sociais (IAS) e o valor patrimonial tributário global da totalidade dos prédios rústicos e urbanos pertencentes ao agregado familiar não exceda 10 vezes o valor anual do IAS (artigo 48.º, do Estatuto dos Benefícios Fiscais).

⁵¹ O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores (artigo 71.º, n.º 2, da Constituição).

Considera-se pessoa com deficiência a que apresente um grau de incapacidade permanente, devidamente comprovado mediante atestado médico de incapacidade multiúso emitido nos termos da legislação aplicável, igual ou superior a 60%. (artigo 87.º, n.º 5, do Código do IRS).

Com as alterações introduzidas para 2016, por cada dependente com deficiência, bem como por cada ascendente com deficiência que viva efectivamente em comunhão de habitação com o sujeito passivo, desde que aquele não aufera rendimento superior à pensão mínima do regime geral, passa

Depois de apurada a colecta, são-lhe subtraídas diversas componentes: as deduções pessoais (relativas aos sujeitos passivos, seus dependentes e ascendentes, e relativas às pessoas com deficiência), as despesas de saúde, as despesas de educação e formação, as importâncias respeitantes a pensões de alimentos, os encargos com lares, os encargos com imóveis, os benefícios fiscais. Chegando-se assim ao valor do imposto a pagar, *a final*.

O legislador fiscal bem sabe que parte do rendimento da pessoa ou do agregado familiar se vê diminuído pela realização dessas despesas, e obsta a uma duplicação do esforço financeiro das famílias, dentro de certos limites que reputa como razoáveis.

Ao contrário do que já sucede, por exemplo, com as empresas (em sede de IRC), através da tributação autónoma da despesa, aqui “apenas” se pretende tributar o rendimento disponível das famílias, não onerando o indivíduo pela pertença a um agregado familiar.

In fine, refira-se que, a propósito das deduções fixas e automáticas na educação, ficou consignado na Lei do Orçamento do Estado para 2016 que, com base nos dados relativos à liquidação do IRS referente a 2015, o Governo apresentará à Assembleia da República uma proposta de revisão do regime das deduções relativas a educação no IRS, propondo uma solução que evite os efeitos de regressividade e as discriminações injustificadas do actual sistema e ponderando a introdução de um sistema de dedução automático em função da matrícula em qualquer grau de ensino.

9. A responsabilidade tributária dos cônjuges

São de exclusiva responsabilidade do cônjuge a que respeitam, as dívidas provenientes de crimes e as indemnizações, restituições, custas judiciais ou multas devidas por factos imputáveis a cada um dos cônjuges, salvo se esses factos, implicando responsabilidade meramente civil, respeitarem a dívidas con-

a ser dedutível uma importância igual a 2,5 vezes o valor do IAS, quando antes era somente de 1,5 vezes (artigo 87.º, n.º 1).

⁵² O rendimento tributável deverá atender não somente às despesas realizadas para a obtenção de rendimentos (deduções específicas), mas igualmente aos gastos atinentes às necessidades reais do agregado familiar e à realização efectiva dos direitos sociais.

A Autoridade Tributária e Aduaneira disponibiliza ainda, sem qualquer encargo para os sujeitos passivos, a informação relevante da liquidação, nomeadamente a relativa às deduções à coleta na mesma consideradas, a qual pode ser obtida no Portal das Finanças ou nos serviços de finanças (artigo 77.º, n.º 3, do Código do IRS, na redacção dada pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março (Orçamento do Estado para 2016).

traídas por qualquer dos cônjuges antes ou depois da celebração do casamento, para ocorrer aos encargos normais da vida família ou a dívidas contraídas na constância do matrimónio pelo cônjuge administrador, em proveito comum do casal e nos limites dos seus poderes de administração. Serão os casos de coimas ou de responsabilidade civil extracontratual.

De igual modo, aqui se inserem as situações de responsabilidade tributária subsidiária de um dos cônjuges, enquanto gerente ou administrador de uma empresa, em caso de insuficiência patrimonial culposa (efectiva ou presumida) do ente colectivo (artigos 23.º e 24.º, da LGT), não sendo, como se sabe, transmissível a culpa.

Feita a penhora e junta a certidão de ónus, serão citados os credores com garantia real, relativamente aos bens penhorados, e o cônjuge do executado no caso previsto no artigo 220.⁵³ ou quando a penhora incida sobre bens imóveis ou bens móveis sujeitos a registo, sem o que a execução não prosseguirá – artigo 239.º, n.º 1, do CPPT.

O cônjuge do executado é citado, no prazo de 5 dias contados da realização da última penhora, quando a penhora tenha recaído sobre bens imóveis ou estabelecimento comercial que o executado não possa alienar livremente, ou sobre bens comuns do casal e, sendo caso disso, para declarar se aceita a comunicabilidade da dívida – artigo 786.º, n.º 1, alínea *a*) e n.º 8, do Código de Processo Civil (CPC). Assim, é admitido a deduzir, no prazo de 10 dias, oposição à execução e a exercer nas fases da execução posteriores à sua citação, todos os direitos que a lei processual confere ao executado, podendo cumular eventuais fundamentos de oposição à execução (artigo 887.º, n.º 1 do mesmo Código).

Deste modo impõe-se, à semelhança do n.º 1 do artigo 740.º do Código de Processo Civil, a citação do cônjuge para este requerer a separação judicial de bens, sempre que se trate de dívida da exclusiva responsabilidade do outro cônjuge⁵⁴.

As dívidas que onerem bens próprios de um dos cônjuges são da sua exclusiva responsabilidade, salvo se tiverem como causa a percepção dos respectivos

⁵³ Na execução para cobrança de coima fiscal ou com fundamento em responsabilidade tributária exclusiva de um dos cônjuges, podem ser imediatamente penhorados bens comuns, devendo, neste caso, citar-se o outro cônjuge para requerer a separação judicial de bens, prosseguindo a execução sobre os bens penhorados se a separação não for requerida no prazo de 30 dias ou se se suspender a instância por inércia ou negligência do requerente em promover os seus termos processuais.

⁵⁴ Pelo que a administração tributária não pode, por exemplo, realizar a compensação de créditos (artigo 89.º, do CPPT) entre o reembolso de IRS (declaração conjunta do casal) e uma dívida tributária que seja da exclusiva responsabilidade de apenas um dos cônjuges.

rendimentos e estes, por força do regime aplicável, forem considerados comuns (artigo 1694.º, n.º 2, do Código Civil).

A responsabilidade subsidiária dos gerentes tem natureza extracontratual, pelo que as respectivas dívidas são da exclusiva responsabilidade do gerente⁵⁵. Pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns (artigo 1696.º, n.º 1, do Código Civil)⁵⁶.

Pelas dívidas que são da responsabilidade de ambos os cônjuges (artigo 1691.º, do Código Civil) respondem os bens comuns do casal, e, na falta ou insuficiência deles, solidariamente, os bens próprios de qualquer dos cônjuges (artigo 1695.º, n.º 1, do mesmo Código).

No caso do IRS, como já se viu, são ambos os cônjuges responsáveis *solidários* (artigos 13.º, n.º 2, do Código do IRS e 21.º, n.º 1, da LGT)⁵⁷. No caso

⁵⁵ Neste sentido, *vide* o Supremo Tribunal Administrativo, o qual entendeu que «As dívidas que um dos cônjuges seja chamado a pagar por força da responsabilidade tributária subsidiária são da sua exclusiva responsabilidade, porque respeitantes a indemnizações por facto imputável a cada um dos cônjuges. Podem porém ser penhorados bens comuns, devendo o cônjuge ser citado para, querendo, requerer a separação judicial de bens» (Acórdão de 14 de Maio de 2015 – Proc. n.º 0380/15). Cfr. JORGE LOPES DE SOUSA, *Código de Procedimento e de Processo Tributário – Anotado e Comentado*, Volume III, 6.ª Edição, Áreas Editora, Lisboa, 2011, pp. 605-606.

⁵⁶ Segundo o Tribunal Central Administrativo Norte, «São da responsabilidade de ambos os cônjuges as dívidas contraídas por qualquer um deles no exercício do comércio, a menos que se prove que não foram contraídas em proveito comum do casal ou se vigorar entre ambos o regime de separação de bens» (Acórdão de 29 de Outubro de 2015 – Proc. n.º 01269/04).

No entanto, as dívidas assacadas ao gerente com o pressuposto da responsabilidade subsidiária deste são da sua exclusiva responsabilidade, assumindo esta natureza extracontratual, logo respondendo, por elas, somente os bens próprios do gerente e a sua meação nos bens comuns.

⁵⁷ O Tribunal Central Administrativo Sul tem entendido que, «Existindo agregado familiar, constituído pelos cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens e os seus dependentes, o imposto é devido pelo conjunto dos rendimentos das pessoas que o constituem, considerando-se como sujeitos passivos aquelas a quem incumbe a sua direcção. Assim, sendo a dívida exequenda proveniente do IRS de 2003, ano em que a ora reclamante e o seu cônjuge apresentaram declaração conjunta de rendimentos, é esta, indiscutivelmente, sujeito passivo da obrigação exequenda. Havendo declaração conjunta, ambos são sujeitos passivos de IRS, que incide sobre o conjunto dos seus rendimentos, independentemente da titularidade dos mesmos. Assim, apesar de, no caso, estar em causa os mais-valias por alienação onerosa de bem imóvel próprio do cônjuge e auferidos exclusivamente por este, não revertidos em benefício do casal, a reclamante é solidariamente responsável pelo pagamento do IRS. Neste regime de responsabilidade fiscal, mesmo no caso em que há regime de separação de bens, qualquer dos cônjuges é solidariamente responsável pelo pagamento do IRS sobre os rendimentos do outro. Sendo então a reclamante responsável solidária, responde com os seus bens próprios pelo pagamento da dívida, sendo irrelevante para efeitos de cobrança coerciva da dívida que o regime de bens do casal seja o da separação de bens» (Acórdão de 15 de Março de 2011 04559/11).

de dívidas tributárias (ex: retenções na fonte de IRS proveniente da actividade profissional ou empresarial de um dos cônjuges), a responsabilidade pelo seu pagamento incumbe a ambos os cônjuges – excepto no regime de separação de bens (uma vez que não existem bens comuns). Pelo que, num processo de execução fiscal instaurado contra um dos cônjuges, podem ser logo penhorados os bens comuns do casal, não merecendo acolhimento a eventual dedução de embargos de terceiro por parte do outro cônjuge.

A dívida tributária proveniente da actividade empresarial de um dos cônjuges presume-se comum, uma vez que o exercício daquela actividade se presume ao serviço do proveito comum do casal – artigo 1691.º, n.º 1, alínea *d*), do Código Civil –, presunção que apenas pode ser ilidida pelo cônjuge do devedor. A circunstância do cônjuge se encontrar casado com o executado à época em que foram contraídas as dívidas no exercício do comércio, faz presumir a responsabilidade solidária de ambos os cônjuges, competindo ao cônjuge, no caso de discordar, fazer prova que as dívidas não foram contraídas em proveito comum do casal ou requerendo a separação de facto.

No caso de arresto de um prédio, decretado no procedimento cautelar deduzido pela Fazenda Pública com vista a garantir o pagamento de dívidas tributárias oriundas de responsabilidade subsidiária do arrestado enquanto gerente da sociedade devedora originária, não há lugar à citação do cônjuge do arrestado para requerer a separação de bens comuns do casal, mesmo que estejam em causa dívidas da exclusiva responsabilidade do arrestado. O arresto visa a apreensão judicial de bens para salvaguarda do receio da perda de garantia patrimonial do credor, assumindo uma função puramente cautelar. Assim sendo, não há lugar à citação do cônjuge do arrestado para requerer a separação de bens, desde logo porque a citação não está prevista na lei, e sobretudo porque nesta fase não é possível accionar o mecanismo da separação de bens comuns do casal. Trata-se de uma fase de natureza cautelar, preventiva e meramente conservatória. Dito de outro modo, o mecanismo da separação de bens comuns

O Tribunal Central Administrativo Norte também tem asseverado que, «No caso dos cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens, devem ser considerados como preenchidos, relativamente a ambos, os pressupostos do facto tributário, não havendo qualquer necessidade no estabelecimento da titularidade de cada parcela do rendimento englobado na tributação; daqui deriva, pois, serem ambos devedores solidários da dívida fiscal. Esta responsabilização conjunta não sobre qualquer derrogação nos casos em que, estando os cônjuges, separados de facto, não se alega nem se comprova, de modo complementar, a apresentação individual das declarações de rendimentos de cada um. Encontrando-se a recorrente ainda casa nos anos de 1997 a 1999, é a mesma responsável, solidária, pelas dívidas de IRS relativas a esse período» (Acórdão de 13 de Novembro de 2008 – Proc. n.º 00470/05.0BEBRG).

do casal não funciona antes da conversão do arresto em penhora na execução fiscal, uma vez que esta fase pode nem vir a ter lugar.

Na execução para cobrança de coima fiscal ou com fundamento em responsabilidade tributária exclusiva de um dos cônjuges, podem ser imediatamente penhorados bens comuns, devendo, neste caso, citar-se o outro cônjuge para requerer a separação judicial de bens, e prosseguindo a execução sobre os bens penhorados se a separação não for requerida no prazo de 30 dias ou se se suspender a instância por inércia ou negligência do requerente em promover os seus termos processuais (artigo 220.º, do CPPT).

Assim, tendo o cônjuge do executado sido citado para aqueles termos e não tendo requerido a separação judicial de bens, não pode posteriormente pedir “o ressarcimento da meação no produto do bem imóvel vendido”, pois que, por um lado, não é detentor de um direito de crédito sobre o outro cônjuge (o credor é o património comum), ou, sequer, sobre a Fazenda Pública ou o produto da venda e, por outro lado, o devedor de tal crédito é o cônjuge responsável pela dívida paga e não a Fazenda.

Por outro lado, pensamos que a responsabilidade contra-ordenacional não é transmissível (artigo 30.º, n.º 3, da Constituição), ou seja, mesmo quando está em causa o cumprimento de um dever acessório de ambos os cônjuges, a responsabilidade a apurar é, necessariamente, individual.

10. O direito de remição em execução fiscal

Quanto ao direito de remição, este define-se doutrinariamente por ser um direito de preferência qualificado ou especial, ou uma preferência legal de formação processual, que tem por finalidade a proteção do património familiar, evitando, quando exercido, a saída dos bens familiares, penhorados, do âmbito da família do executado⁵⁸.

Mediante o exercício desse direito de remição, o cônjuge, descendente ou ascendente do executado têm, sem dependência de qualquer notificação, o direito de adquirir os bens adjudicados ou vendidos pelo preço oferecido pelo adjudicatário ou pelo comprador aceite. O exercício do direito de remição é no entanto limitado temporalmente: só poderá ser exercido até ser proferido o despacho de adjudicação de bens.

⁵⁸ Nas palavras de FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, «Através da concessão deste direito pretende-se proteger o património da família do devedor, obstando a que dele saiam os bens penhorados. É um benefício ou favor ao executado e seus familiares próximos, por razões de ordem económica e moral, sem que daí resulte qualquer prejuízo para a execução» (*Curso de Processo de Execução*, 11.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 395).

O direito de remição é reconhecido nos termos previstos no Código de Processo Civil (CPC), conforme preceitua o artigo 258.º, do CPPT). Se a favor do cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, dos descendentes e dos ascendentes (artigo 845.º, n.º 1 e 2, do CPC), pode ser exercido a partir do momento em que estiver definido o preço da venda e até ao momento da entrega dos bens (móveis) ou da assinatura da escritura pública que titula a venda dos bens (imóveis).

Ao cônjuge que não esteja separado judicialmente de pessoas e bens e aos descendentes ou ascendentes do executado é reconhecido o direito de remir todos os bens adjudicados ou vendidos, ou parte deles, pelo preço por que tiver sido feita a adjudicação ou a venda (artigo 842.º, do CPC).

O direito de remição prevalece sobre o direito de preferência (artigo 844.º, n.º 1, do CPC)⁵⁹, sendo então aquele um direito de preferência qualificado. Com o exercício do direito de remição caduca o direito de preferência, mesmo dos titulares não notificados, não podendo ser proposta a respectiva acção de preferência.

O legislador prevê graduações entre os diversos remidores. Assim, o direito de remição pertence em primeiro lugar ao cônjuge, em segundo lugar aos descendentes e em terceiro lugar aos ascendentes do executado (artigo 845.º, n.º 1, do CPC).

Concorrendo à remição vários descendentes ou vários ascendentes, preferem os de grau mais próximo aos de grau mais remoto. Em igualdade de grau, abre-se licitação entre os concorrentes e prefere-se o que oferecer maior preço (artigo 845.º, n.º 2, do CPC).

11. A responsabilidade pela prática de infracções

A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um «*dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado*» (artigo 10.º, n.º 2, do Código Penal).

⁵⁹ Segundo o Tribunal da Relação de Coimbra, «A finalidade conspícua do direito de remição – que prevalece sobre o direito de preferência – é a protecção da família, através da preservação do património familiar, evitando a saída dos bens objecto de execução do âmbito da família do executado. O direito de remissão atribui aos familiares do titular o poder de ficar com os bens, para que estes não saiam do património familiar, e desde que tal venda seja feita de forma coactiva. Se o remidor apresentar a sua vontade de ficar com o bem, depois de em venda judicial o preferente tiver já depositado a totalidade do valor, deve, para além do mesmo valor, depositar um acréscimo de cinco por cento do preço, para indemnizar as expectativas criadas pelo preferente ou proponente» (Acórdão de 14 de Julho de 2014 – Proc n.º 2741/11).

Nas situações de falta de cumprimento de obrigação declarativa, importa identificar os respectivos infractores, isto é, os sujeitos jurídicos que podiam e deviam ter apresentado a declaração em falta e não o fizeram. Apurados os autores da conduta omissiva, são instaurados processos de contra-ordenação contra todos os infractores com vista ao respectivo sancionamento.

Todavia, tendo um dos infractores pago entretanto a coima aplicável e regularizado a falta cometida, pode não ser aplicada coima ao(s) restante(s) quando se verificarem cumulativamente as seguintes circunstâncias – artigo 32.º, do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT)⁶⁰: a) A prática da infracção não ocasione prejuízo efectivo à receita tributária; b) Estar regularizada a falta cometida; c) A falta revelar um diminuto grau de culpa.

Qualquer dos cônjuges pode praticar todos os actos relativos à situação tributária do agregado familiar e ainda os relativos aos bens ou interesses de outro cônjuge, desde que este os conheça e não se lhes tenha expressamente oposto (artigo 16.º, n.º 5, da LGT), bastando que um cumpra, para que outro fique liberto do respectivo dever.

12. A protecção da casa de morada de família no âmbito da execução fiscal

A nossa Jurisprudência tem entendido que, não constando a casa de morada de família do elenco dos bens impenhoráveis ínsito no artigo 736.º (ex-822.º), do CPC, a mesma deve ser tida como um bem sujeito a penhora de acordo com a regra enunciada no artigo 735.º (ex-821.º), do mesmo Código.

Por exemplo, o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 3 de Maio de 2015 (Proc. n.º 3762/12.9TBCSC-B), sancionou o seguinte entendimento:

O direito à habitação do cidadão e da família, consagrado no art. 65.º da CRP, não se confunde com o direito a ter casa própria, sendo que o legislador ordinário, não obstante estar ciente da sua importância, não estabeleceu, em homenagem àquele direito, a impenhorabilidade da casa de morada de família, mas apenas algumas defesas (art. 834.º, n.º 2, do CPC e actual art. 751.º, n.º 3, als. a) e b), do NCPC (2013)).

Posto que a penhora, por si só, não priva de habitação quem na casa possa habitar, há que concluir que aquela não atenta contra o direito constitucional à habitação, sendo certo que este não tem cariz absoluto nem se sobrepõe a qualquer outro, nomeadamente o direito de propriedade, como decorre do art. 824.º, n.º 2, do CC.

⁶⁰ Aprovado pela Lei n.º 15/2001 de 5 de Junho.

Na sequência da Lei n.º 13/2016, de 23 de Maio, é garantida a protecção da casa de morada de família no âmbito de processos de execução fiscal, por via de alterações expressamente consagradas no CPPT e LGT. Com esta medida, almeja-se restringir a venda executiva, por iniciativa do Estado, de imóvel que seja habitação própria e permanente do executado. O mecanismo criado não impede a penhora mas suspende qualquer venda das casas por iniciativa do Estado.

Esta salvaguarda ocorre independentemente do valor da dívida fiscal ou da dívida à Segurança Social, apenas se excluindo as habitações de muito elevado valor tributário, ou seja, cujo valor tributável se enquadre, no momento da penhora, na taxa máxima prevista para a aquisição de prédio urbano ou de fracção autónoma de prédio urbano destinado exclusivamente a habitação própria e permanente em sede de imposto sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT). Assim pretendendo evitar-se que contribuintes com elevado património se coloquem intencionalmente ao abrigo desta protecção, convertendo o seu património numa única residência de elevado valor.

Durante o período de impedimento legal à realização da venda de imóvel afecto a habitação própria e permanente, ficará suspenso o prazo de prescrição da dívida tributária.

Aqui está um bom exemplo em que o Estado atende ao princípio da unidade familiar e promove uma medida de política geral que reconhece a efectividade e a centralidade da Família na sociedade, desagravando onde é mais débil a capacidade contributiva.

A execução de julgado anulatório no contencioso administrativo: algumas considerações a partir do Processo ‘Shopping do Bom Sucesso’

DR. CARLOS FILIPE COSTA

*«Mesmo na noite mais triste
em tempo de servidão
há sempre alguém que resiste
há sempre alguém que diz não.»*

(MANUEL ALEGRE, «Trova do vento que passa»)

SUMÁRIO: *Uma breve resenha histórica dos acontecimentos. As causas legítimas de inexecução. O registo das ações e a tutela de contrainteresados. A “legalização” a posteriori de construções não licenciadas.*

1995. O arquiteto José Pulido Valente, no exercício do direito de ação popular, interpõe recurso contencioso de anulação do despacho que deferiu o licenciamento de construção do centro comercial do Bom Sucesso no Tribunal Administrativo de Círculo do Porto. Principiava, desta forma, uma viagem repleta de aventuras e peripécias, uma antecipação da «Odisséia no Espaço», de Stanley Kubrick. Estaremos a hiperbolizar? Depois de uma leitura reflexiva da sinopse deste filme da vida real, estará apto a extrair uma resposta conclusiva a esta interrogação retórica. Sem mais delongas: que comece a rodar a película!

A execução de sentenças nos tribunais administrativos continua a constituir um parente pobre no tratamento doutrinário nacional. Não obstante a complexidade das questões que a mesma convoca e a relevância por ela assumida na concretização do princípio fundamental da tutela jurisdicional efetiva, a disciplina normativa das formas do processo de execução aplicáveis aos litígios que

O Direito 148.º (2016), II, 341-393

opõem um particular exequente à Administração continua a carecer de uma construção dogmática mais intensa e em maior quantidade.

Uma vez percecionada esta realidade, e remetendo-nos à nossa humilde condição de investigador e eterno estudante, decidimos dedicar algum do nosso tempo à elaboração de um estudo monográfico que reúna alguns dos principais contributos da (ainda) exígua literatura portuguesa a respeito, aqui aliados a alguns dos principais arestos da doutrina jurisprudencial nesta matéria, tomando como ponto de partida aquele que será, porventura, o exemplo mais ilustrativo das múltiplas considerações e implicações jurídicas e metajurídicas que a execução de julgado anulatório encerra nos tribunais administrativos, o Processo do ‘Shopping Center Cidade do Porto’.

Pelas querelas que insinua no concerner à disciplina de direito administrativo substantivo, geral e especial, mas igualmente (ou até, em maior medida) pelas dificuldades processuais que sugere, o processo supramencionado deixa um vasto lastro de dúvidas para reflexão dos sacerdotes da justiça, às quais também não permanece indiferente a sociedade civil, não fosse este um caso com ampla repercussão mediática, que promove uma melindrosa ponderação de interesses públicos e privados.

Por todas as incidências que marcaram (e ainda marcam, ao fim de vinte anos!) o comumente designado ‘Caso do Bom Sucesso’, sobretudo para todos quantos residem no distrito do Porto, servir-nos-emos dele para iniciar, *hic et nunc*, um roteiro por alguns aspetos cirúrgicos, geradores de controvérsia, em torno de uma forma de processo que, ao contrário das demais previstas no contencioso administrativo, não assume natureza estruturalmente executiva, mas fundamentalmente declarativa.

Uma breve resenha histórica dos acontecimentos

Em 1984, o consórcio construtor liderado pela Soares da Costa, S.A. apresenta o projeto de obra de uma grande superfície comercial junto da Câmara Municipal do Porto. Não obstante um primeiro indeferimento do mesmo em 1985, e uma posterior proposta no mesmo sentido da Direção de Serviços de Urbanismo pelo facto do índice de ocupação volumétrica do empreendimento desrespeitar o Plano Geral de Urbanização, em 1989, o executivo camarário acaba por aprovar, por maioria, o projeto do Shopping Center Cidade do Porto.

O início da construção do centro comercial tem lugar em Outubro de 1992 e, desde logo, motivou um aceso braço-de-ferro entre o então presidente da autarquia local, Dr. Fernando Gomes, e os presidente e vice-presidente da

Comissão de Coordenação da Região Norte (CCRN), a qual emitiu parecer vinculativo desfavorável e determinou o embargo administrativo das obras em execução, desprovidas do competente licenciamento. Além de não ser sido consultada para o procedimento de licenciamento do centro comercial e de ter suscitado, pela primeira vez, a inobservância da vinculação situacional daquela parcela de solo, determinada pelo Regulamento do Plano Diretor Municipal do Porto, a CCRN viu-se confrontada com o desrespeito pela determinação de suspensão imediata dos trabalhos de execução da obra, a qual, na sequência de impugnação judicial, foi confirmada por decisão que julgou improcedentes os fundamentos alegados pelos requerentes. Paralelamente foi também instaurado procedimento contraordenacional por realização de obras no território confinante a sul, sem prévia autorização para o efeito¹.

E foi neste contexto de duvidosa observância dos parâmetros legais e regulamentares aplicáveis que, a 19 de Julho de 1994, sensivelmente a quatro meses da inauguração do novo espaço comercial do centro da urbe, o vereador do Urbanismo e Reabilitação Urbana, Arq.º José Gomes Fernandes, assinou o despacho da licença de construção do edifício em fase final de construção.

Se a discussão mais acalorada na imprensa, em torno da legalidade da construção, foi perdendo o vigor que se lhe conhecia até então, a verdade é que a mesma apenas tinha percorrido os seus primeiros episódios. Em 1995, José Pulido Valente, indignado com as alegadas ilegalidades que estiveram na base da edificação do Shopping do Bom Sucesso, interpôs ação de impugnação da licença de construção, advogando a verificação de vícios de violação de lei, decorrentes da inobservância dos artigos 59.º corpo e § 4, 60.º corpo, 62.º corpo e §§ e 73.º, todos do RGEU, do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37575, de 08.10.1949 e dos artigos 2.º, n.ºs 4 e 8, e 21.º RPDMP.

Por decisão de 14 de Dezembro de 2000, no Processo 678/A//95, o Tribunal Administrativo de Círculo do Porto conferiu parcial provimento ao autor, por verificação de vícios de violação de lei, nomeadamente do artigo 59.º, corpo, do RGEU, do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37575, de 08.10.1949 e do artigo 2.º, n.ºs 4 e 8 do RPDMP, sendo o ato de licenciamento declarado nulo e de nenhum efeito. Sentenciou o TACP: «O ato recorrido, ao permitir a construção de um edifício que apresenta um índice de ocupação volumétrica

¹ Em face da polémica instalada em torno do empreendimento urbano, as partes em conflito procuraram alcançar uma solução de consenso, mediante a constituição de um grupo de trabalho, composto por técnicos do município e da própria CCRN, tendente à elaboração de um Plano de Pormenor para a zona abrangida pelo Shopping, que alteraria o Plano Diretor Municipal, o qual, contudo, não chegou a ser aprovado. Esta solução voltou, desde finais de 2013, a ser equacionada e já está curso em relação ao Empreendimento «Dallas», também na zona da Boavista.

de 12 m³/m², como bem acentuou o senhor perito do recorrido no seu esclarecimento adicional, viola o regulamento do PDM em qualquer das suas versões [a versão mais recente, à época, datava de 1993], pelo que é nulo nos termos do artigo 52.º, n.º 2, alínea b) do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20/11. E também o viola por ter permitido a construção de um edifício de escritórios e comércio numa zona verde, à data, e atualmente numa zona cultural.»

Inconformados com a decisão tomada em 1.ª instância, o ex-vereador do Urbanismo da autarquia e a Soares da Costa, S.A. interpuseram o recurso de agravo n.º 47701, em que esta última adere às alegações do arquiteto Gomes Fernandes. De acordo com a argumentação aduzida pelo edil, no regulamento do PDM do Porto inexistiria qualquer limitação das possibilidades de aproveitamento urbanístico decorrente de uma destinação da parcela de terreno à existência de uma zona verde. Sem sucesso, todavia. Por decisão de 7 de Fevereiro de 2002, o Supremo Tribunal Administrativo confirmou a sentença recorrida que determinou a nulidade do ato contenciosamente impugnado. Note-se que os magistrados do tribunal superior da jurisdição administrativa não só rejeitaram as alegações da autoridade agravante e do contrainteresado, como salientaram o facto de estes não terem questionado, nas suas conclusões, outros segmentos decisórios da sentença do TACP que davam por violados preceitos legais do RGEU e do diploma que regulava a distância mínima a salvaguardar de terrenos para a construção de edifícios escolares, aqui aplicável².

Em conclusão, e não olvidando o recurso extraordinário de revisão movido por proprietários de frações autónomas³, a douta decisão dos senhores juízes conselheiros declarou, com força de caso julgado, a nulidade do ato de licenciamento municipal do edifício do Shopping Center Cidade do Porto, por violação do artigo 59.º, corpo, do RGEU (relativo à altura do edifício), do artigo 2.º, n.ºs 4 e 8 do RPDMP (coeficiente de ocupação do solo superior ao limite permitido) e do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37575, de 08.10.1949 (distância inferior à legalmente exigida por servidão administrativa em relação à Capela de Nossa Senhora do Bom Sucesso e escola circundante).

Uma vez proferida esta decisão favorável, e ainda no quadro da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, José Pulido Valente move processo de exe-

² O Decreto-Lei n.º 37575, de 08.10.1949 foi revogado em 15.04.2010, por decisão do Conselho de Ministros, tendente a viabilizar a construção do Centro Materno-Infantil projetado para as traseiras da Maternidade Júlio Dinis. O projeto original para este equipamento de saúde não observava a distância mínima de 61 metros livres de construções em relação à Escola Infante D. Henrique.

³ As alegações dos proprietários de frações autónomas e as contra-alegações do arquiteto Pulido Valente serão explanadas *infra*, mas desde já se adianta que foi negado provimento ao mesmo.

cução de julgado anulatório⁴⁻⁵, mediante petição inicial autuada por apenso ao processo da ação popular (*rectius* processo principal declarativo), junto do tribunal que, em primeiro grau de jurisdição, proferiu sentença⁶, e depois de assegurado

⁴ Como bem salienta PEDRO MACHETE em *Processo Executivo*, in *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, ICJP, 2.^a edição revista e atualizada, p. 174, «O CPTA consagra duas formas de processo executivo em sentido próprio (a execução para prestação de facto e a execução para pagamento de quantia certa) e uma forma de processo que, embora designada «execução de sentença», na realidade é uma *ação declarativa que pode redundar em processos executivos*. Esta natureza mista justifica uma análise autónoma da execução de sentenças proferidas em processos impugnatórios – que concretizam uma tutela objectiva e meramente cassatória, correspondente ao tradicional contencioso de anulação.» [itálico nosso]. Eis uns dos principais motivos para que o tratamento doutrinário desta modalidade atípica de execução seja mais rico e abundante. Uma advertência para o facto de o artigo 173.º CPTA, quer na redacção em vigor, quer no projeto de revisão, não contemplar a declaração de nulidade ou inexistência de ato administrativo. Contudo constitui entendimento unânime e pacífico que deve proceder-se a uma interpretação extensiva neste sentido. Daí que, sempre que nos referirmos a «execução de julgado anulatório» deve entender-se a mesma neste sentido amplo.

⁵ Nos termos do artigo 96.º, n.º 1 LPTA, na falta de execução espontânea, o requerimento de execução podia ser apresentado pelo interessado no prazo de três meses a contar do trânsito em julgado da sentença. Com a entrada em vigor do CPTA, a petição de processo executivo instaurado já na sua vigência deve ser apresentada no prazo de 6 meses a contar do termo do prazo de 3 meses conferido à Administração para dar execução à sentença de anulação (artigos 176.º, n.ºs 1 e 2 CPTA e artigo 5.º da Lei n.º 15/2002, de 22.02), o que representa um encurtamento excessivo do prazo conferido para o efeito de dar início à execução do título judicial. Procurando refletir esta preocupação, o PRCPTA vem prever o prazo de 1 ano para a interposição do competente requerimento executivo.

⁶ No que concerne à determinação do tribunal competente para a execução de sentenças, a regra geral do CPC (artigo 90.º e ss. CPC 1961; artigos 85.º e ss. CPC 2013) determina que a mesma deve ter lugar no tribunal de 1.ª instância em que a causa foi julgada, ainda que a sentença exequenda que serve de título legitimador tenha sido proferida, em recurso, por tribunal superior. Todavia, como sabemos, poder-se-á não aplicar a um dado processo instaurado, no âmbito da jurisdição administrativa, a regra da competência residual dos tribunais administrativos de círculo (artigos 24.º e 25.º *a contrario*, 37.º *a contrario* e 44.º ETAF). Assim, nos termos do artigo 24.º, n.º 1, alínea *d*) do ETAF, compete à Secção de Contencioso Administrativo do STA conhecer dos pedidos relativos à execução das suas decisões. Já quanto às decisões de primeira instância da Secção de Contencioso Administrativo dos TCA, o artigo 37.º ETAF não consagra incompreensivelmente uma regra similar, razão pela qual se deve entender que, na ausência de *lex specialis*, vale a regra geral da competência residual dos TAC, tanto mais se verificarmos, tal como JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Justiça Administrativa*, 12.^a edição, Almedina, 2012, pp. 369-370) que a Secção de Contencioso Tributário dos TAC goza de competência expressa para conhecer dos pedidos de execução das suas decisões [artigo 38.º, alínea *e*) ETAF]. O mesmo autor também alerta, e bem, para o facto de o artigo 161.º, n.º 4 CPTA, relativo à extensão dos efeitos de sentença anulatória e objeto de algumas considerações *infra*, poder suscitar controvérsia quanto à determinação do tribunal competente para o interessado encetar a fase judicial do instituto. Com efeito, de acordo com uma interpretação literal da disposição indicada, parece resultar que também aqui poder-

o curso de 30 dias sem oferecimento de cumprimento espontâneo pela Administração e de 60 dias para alegação de causa legítima de inexecução [artigos 5.º/1, 6.º/1 e 7.º/1 e 2 do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17.06 e artigos 95.º e 96.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *b*) LPTA]. A petição do autor, na sequência da indicação dos fundamentos de facto e de direito com interesse para o pedido (a analisar mais à frente), culmina com o pedido de «encerramento, despejo e demolição do Shopping», a única forma, na sua ótica, de dar execução integral à sentença.

No escrupuloso cumprimento da marcha processual constante do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17.06, o TACP promoveu a audiência prévia da Administração sobre a petição do interessado, o qual ainda respondeu aos fundamentos de oposição à execução da entidade recorrida e dos requeridos particulares mediante réplica (artigo 8.º, n.º 1), competindo ao tribunal julgar se se verificava ou não causa legítima de inexecução, a pedido do interessado (artigo 7.º/3 e artigo 8.º/2, 3 e 4 do mesmo diploma). Neste sentido, e depois de rebater todos os fundamentos aduzidos pela Soares da Costa, S.A. (a escalpelizar em momento oportuno e aos quais o ex-vereador Gomes Fernandes aderiu), o Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto⁷ declarou a inexistência de causa justificativa de inexecução de sentença. Também esta decisão meramente interlocutória foi, infrutiferamente, objeto do (extinto) recurso de agravo, seguindo a tramitação do mesmo e demais regras gerais do CPC, subindo em diferido e com efeito suspensivo.

Finalmente, em Julho de 2003, e no cumprimento do disposto no artigo 9.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 256-A/77, o juízo da execução esgrime críticas severas à conduta do município, desenvolvida à revelia das exigências constantes das normas legais urbanísticas e do principal plano municipal de ordenamento do território com eficácia plurissubjetiva, e corrobora o conjunto de atos e operações peticionadas pelo autor, determinando a demolição da obra em nome da devolução aos cidadãos residentes naquela zona «[d]a qualidade de vida que brutalmente lhes foi roubada». Ainda assim, a ordem de demolição

-se-ia não aplicar a regra geral, sendo competente para julgar a extensão dos efeitos de sentença anulatória e execução a favor de interessado nas condições impostas pelos números anteriores, um tribunal de recurso de onde os sujeitos abrangidos pelo caso julgado subjetivo tenham extraído decisão favorável. Em qualquer dos casos aqui apontados, os projetos de revisão do CPTA e do ETAF mantêm intocadas as respetivas normas aludidas.

⁷ Ao abrigo do novo enquadramento da justiça administrativa e tributária decorrente do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19.02, *maxime* dos artigos 39.º, 45.º e 86.º em vigor, por força da alteração introduzida pela Lei n.º 4-A/2003, de 19.02, e do Decreto-Lei n.º 325/2003, de 29.12, os tribunais administrativos de círculo e os tribunais tributários que funcionem agregados assumem a designação unitária de tribunais administrativos e fiscais.

não foi observada pela Administração, crente na possibilidade de “legalização” *a posteriori* do Shopping Center Cidade do Porto.

Não obstante a licença de construção do centro comercial do Bom Sucesso ter sido banida da ordem jurídico-administrativa, desde logo, com fundamento em violação de determinações legais (e não apenas do RPDMP), e de não terem sido atribuídas as licenças de utilização das frações autónomas do edifício aos respetivos proprietários, o Vereador do Urbanismo da CM Porto decide dirigir um requerimento ao Venerando Magistrado do TAF Porto, por altura da aprovação, em reunião camarária de 22.03.2005, da proposta de versão final do novo PDM da cidade Invicta, formulando um pedido (muito) controverso: «Trata-se, verdadeiramente, de uma questão prejudicial, muito embora com natureza de procedimento administrativo que, na opinião do requerido (Vereador do Urbanismo CM Porto), deve conduzir à suspensão da instância (artigo 279.º/1 e 2 CPC) até estar definitivamente aprovado o novo PDM da cidade do Porto, determinação que se requer a V. Exa.»

Conhecidas as posições devidamente fundamentadas de autor e requerido a respeito do pedido de suspensão da instância (sobre as quais nos debruçaremos em momento posterior), a 27 de Junho de 2005, o TAFP proferiu despacho a decretar a suspensão da instância por 6 meses, com fundamento «na especial ponderação que, no caso concreto, a execução da sentença aconselhava e, por outro lado, para possibilitar às partes averiguarem a identidade dos contrainteresados», correspondentes a mais de 1 milhar de adquirentes de frações autónomas do edifício em regime de propriedade horizontal. A argumentação expendida pela Meritíssima Juíza aparentemente não se relacionava diretamente com a revisão em curso do Plano Diretor Municipal, antes justificando a sua decisão, em termos vagos, com a necessidade de proceder a uma «especial ponderação» de interesses públicos e privados envolvidos, assim como de provocar a intervenção principal dos novos adquirentes das frações, conferindo oportunidade aos atuais interessados de se pronunciarem em juízo, em defesa das suas posições jurídicas.

Por entender que, na verdade, a intenção que subjazia à suspensão da instância, por aplicação das regras de interpretação da vontade constantes dos artigos 236.º e ss. CC, relacionava-se com a oportunidade de o município “convalidar” a obra, mediante uma decisão de desaplicação do direito vigente, com consequente incumprimento do dever de julgamento e inobservância do princípio da imparcialidade, José Pulido Valente decide instaurar, sem sucesso, processo-crime contra a Veneranda Magistrada do Tribunal Administrativo do Porto por crime de denegação de justiça e prevaricação (artigo 369.º CP)⁸.

⁸ Por Ac. do STA, de 08.10.2010., no Proc. n.º 31/07-3, foi proferido despacho de não pronúncia, «por ausência de matéria criminal», sustentando o Venerando Juiz de Instrução Criminal a ine-

Volvidos seis meses, e sem Plano Diretor Municipal ratificado por Resolução do Conselho de Ministros, a 6 de Janeiro de 2006, José Pulido Valente interpôs requerimento junto do 1.º Juízo liquidatário do TAF Porto no sentido do imediato reatamento da instância «para o efeito, designadamente, da concreta determinação dos atos jurídicos materiais necessários ao pleno e cabal cumprimento da sentença exequenda, como é imposto pelo princípio da legalidade e do Estado de Direito.» Objetivamente agastado com a duração do processo e particularmente com o polémico despacho supracitado, acrescenta que «já basta de suspensões, sejam elas de facto ou de direito. Volvidos mais de 10 anos sobre o início deste processo, é tempo de se fazer respeitar a sentença exequenda e cumprir a lei», o que consistirá, na perspetiva do autor, inelutavelmente, na execução da ordem de demolição do edifício situado perto da Rotunda da Boavista.

Com efeito, ordenado o prosseguimento da instância executiva e ouvidas as partes sobre os termos em que se deveria processar a reintegração da ordem jurídica violada, a 12 de Novembro de 2007 o TAF Porto julgou inexistirem motivos ponderosos para não proceder ao encerramento, despejo e demolição da superfície comercial, resolvendo, apesar disso, estabelecer um prazo de 42 meses para dar cumprimento aos atos e operações materiais especificados ou, no mesmo lapso temporal, proceder à “legalização” *a posteriori* da mesma e emitir ato válido de licenciamento, «se for entendido [...] que a construção pode ser legalizada». À semelhança de outras decisões já tomadas neste extenso processo, também esta sentença foi objeto de vários recursos interpostos pelo edil da Câmara do Porto e por vários proprietários de escritórios e lojas de frações autónomas do Shopping Center do Bom Sucesso, permanecendo suspensa *sine die* a última decisão proferida por este tribunal de 1.ª instância e cujo prazo conferido terminaria a 12 de Maio de 2011. Alguns destes recursos já foram julgados improcedentes, em definitivo, mas outros tantos, por ora, carecem de uma decisão irrecorrível, isto porque ainda estão a ser notificados terceiros adquirentes de frações autónomas, os quais têm desencadeado sucessivos recursos. Não é, de todo, indiferente a esta eternização da contenda o facto de o recurso contencioso de anulação e a ação de declaração de inexistência de causa

xistência de erro notório da apreciação da prova carreada pela acusação e evidenciando o facto de não se poder reconduzir a um comportamento contra direito, um qualquer ato que infrinja regras processuais, sendo antes exigível que estivéssemos defronte de um «ataque à legalidade». Não estando preenchidos os elementos do tipo, afirma que a via adequada a seguir pela acusação seria a do recurso do despacho de suspensão da instância e não a imputação de crime, para concluir que entre o autor do processo executivo e a Meritíssima Juíza do TAF Porto existe uma mera divergência de entendimento dos fundamentos da decisão.

legítima de inexecução não terem sido objeto de registo, o que terá inviabilizado a participação dos mesmos nas instâncias (declarativa e executiva). Eis mais uma questão para apreciação em momento ulterior.

Percorridos 20 anos de uma demanda sem fim à vista, é chegado o momento de descortinar um conjunto de questões mais ambíguas suscitadas, direta ou indiretamente, pelo *case-study* em apreciação, convocando, para tal, alguns contributos doutrinários e jurisprudenciais que, na nossa humilde opinião, se revelam pertinentes. Não deixaremos, igualmente, de observar os sucessivos quadros normativos aplicáveis a este litígio e de analisar criticamente o Projeto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, atualmente em fase de discussão pública.

As causas legítimas de inexecução

Aquando da audição prévia promovida, em 1.^a instância, junto da entidade recorrida e dos requeridos particulares a propósito da existência ou não de causa legítima de inexecução, os fundamentos invocados por estes, em sentido positivo, organizavam-se, essencialmente, em três ordens de razões, justificando particular enfoque o primeiro argumento enunciado.

Em primeiro lugar, a entidade recorrida estimava os custos de demolição, de indemnização e de respetivo valor comercial do conjunto predial “licenciado” pelo ato declarado nulo em € 125 milhões, sustentando, assim, a «excessiva onerosidade» da operação a levar a cabo, se corroborados os termos em que o autor requereu a execução. Assinalava, ainda, a existência de «prejuízos de valor incalculável e por isso mesmo irreparáveis»: para além dos encargos associados à demolição do edifício, havia que tomar, em devida consideração, os custos inerentes à perda do direito de propriedade e/ou posse de frações autónomas e ao encerramento de todos aqueles centros de atividade⁹, em particular as indemnizações devidas aos respetivos trabalhadores, «(...) para além de que os milhares de trabalhadores que aí exercem a sua atividade profissional cairiam no desemprego». No total, e de acordo com os cálculos efetuados pela entidade demandada, os custos ascenderiam aos € 1000 milhões, o que levaria a Câmara Municipal do Porto «à rutura financeira».

⁹ Citando uma passagem dos motivos invocados no sentido da existência de causa legítima de inexecução: «o empreendimento foi inaugurado em 1994 e nele têm funcionado, ininterruptamente, as centenas de lojas comerciais e escritórios, nos quais estão instaladas empresas de representações, sociedades financeiras, médicos, advogados e economistas e, bem assim, um hotel de quatro estrelas (...) e um parque de estacionamento público.»

Já num segundo momento, a entidade administrativa vem sustentar que a putativa demolição do empreendimento teria um impacto social e urbanístico negativo para, por último, advogar a inexistência de obrigação indemnizatória de danos patrimoniais por parte do município, pelo simples facto de *não ser concebível um direito ao ressarcimento dos mesmos na esfera jurídica do requerente que instaurou uma ação popular*.¹⁰

¹⁰ Durante o recurso da decisão do Tribunal Administrativo de Círculo do Porto, suscitou-se uma longa discussão sobre a legitimidade processual ativa do arquiteto José Pulido Valente para, no exercício do direito de ação popular e tendo em vista a tutela de interesses transindividuais, impugnar o despacho que deferiu o licenciamento de construção do centro comercial do Bom Sucesso. De acordo com o entendimento sustentado pelos recorrentes, o demandante encontrava-se destituído de legitimação material para, ao abrigo daquela ação qualificada, procurar salvaguardar um interesse meta-individual correspondente ao exercício do poder de licenciamento por parte da Câmara Municipal do Porto, de acordo com os ditames legais e regulamentares aplicáveis (*direito à legalidade?*).

No despacho saneador proferido nos autos do recurso contencioso de anulação julgou-se improcedente a exceção de ilegitimidade ativa do arquiteto (bem como a exceção de extemporaneidade da ação, irrelevante para os efeitos do presente estudo). Desta decisão coube recurso para o STA. A Soares da Costa, S.A. arguiu que «o simples interesse pela legalidade (do impugnante) (...) não é compatível com a ação popular». Nesta sede, o STA determinou que a legitimidade processual ativa devia aferir-se a partir do artigo 822.º CA (e não a partir da Lei n.º 83/95, de 31.08, diploma posterior), não sendo também de aplicar, ao contencioso administrativo, os critérios de intervenção procedimental constantes do artigo 53.º, n.ºs 2 e 4 CPA.

A apreciação da questão ora exposta deve ter lugar no quadro de uma visão autónoma e equilibrada da tutela declarativa e da tutela executiva oferecidas pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos, a qual não foi adotada pelo legislador da Reforma da Justiça Administrativa 2002-2004, como resulta comprovado quer pela ausência de normas especiais reguladoras da legitimidade processual ativa em sede de processo de execução (apenas encontramos meras referências ao “interessado”, claramente carecidas de concretização), quer pela incompatibilidade do artigo 9.º, constante das “Disposições Fundamentais” da Parte Geral do CPTA, com a finalidade de concretização *de facto* dos efeitos jurídicos operados pelo julgado anulatório que é inerente à forma de processo executivo regulada nos artigos 173.º e seguintes CPTA. Talvez a solução para esta situação passasse pela incorporação da Lei da Ação Popular na lei de processo administrativo, a qual, apesar de ter sido discutida aquando da Grande Reforma de 2002-2004 e, mais recentemente, na Reforma “imposta” pela malfadada “tróica”, permanecerá, até ver, em diploma autónomo, continuando a ser confundida com uma ação especial, pela designação própria que assume (cf. artigo 18.º, n.º 2 da Lei n.º 83/95, de 31.08).

Debruçando-nos sobre o *hard case* em estudo, e considerando a dimensão preponderantemente subjetivista que preside ao modelo processual de justiça administrativa atualmente em vigor, assente na tutela jurisdicional efetiva e plena de direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos (artigo 268.º, n.º 4 CRP), mesclado com alguns laivos de objetivismo, poder-se-á discutir a presença em juízo, na qualidade de parte principal do recurso contencioso de anulação, de um autor popular como o arquiteto Pulido Valente, cujo interesse processual em agir, no entender dos demandados, «se encontra singelamente reduzido a um interesse pela legalidade», mais ainda

Por seu turno, e no exercício do direito de réplica, José Pulido Valente vem refutar que impenda sobre o município do Porto qualquer obrigação de

se questionarmos a utilidade retirada pelo impugnante na efetivação exequenda da decisão que declarou nulo o licenciamento camarário ou, em alternativa, no arbitramento de indemnização por inexecução legítima da sentença.

Ora, no quadro da Lei da Ação Popular em vigor, e numa primeira aproximação, dir-se-ia que o autor em questão preencheria os pressupostos da legitimidade processual ativa, na medida em que se trata de um cidadão no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, cujo interesse na demanda se relaciona com o urbanismo e o ordenamento do território (artigo 52.º, n.º 3 CRP, artigo 2.º e 1.º/2 LAP e artigo 9.º, n.º 2 CPTA). Todavia, caminhando para o cerne da questão, e não obstante a parcial coincidência existente, importa definir claramente o que são *interesses difusos*, o primeiro e principal objeto da ação popular, para assim não incorreremos na comum sobreposição com os *interesses públicos*. Para tal, apoiámo-nos na esclarecedora passagem de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, in *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, LEX, 2003, pp. 31-32, a qual tomamos a liberdade de transcrever: os «interesses públicos, porque correspondem (em termos ideais, pelo menos) aos interesses gerais de uma coletividade, abstraem dos interesses individuais que são ou podem ser satisfeitos. Os interesses públicos aferem-se pelas necessidades gerais da coletividade, pelo que, ainda que seja apenas o interesse de um único indivíduo, esta satisfação corresponde a um interesse público se ela for imposta por aquelas necessidades gerais. Em contrapartida, os interesses difusos só são delimitáveis em função das necessidades concretamente satisfeitas aos membros de uma coletividade: como esses interesses se *desdobram numa dimensão individual e numa dimensão supraindividual, não há interesses difusos que não satisfaçam efetivamente uma necessidade de todos e de cada um dos membros da coletividade*. Assim, enquanto os interesses públicos são os interesses gerais da coletividade, os interesses difusos são os interesses de todos aqueles que veem as suas necessidades concretamente satisfeitas como membros de uma coletividade.» [negrito nosso]

A partir desta passagem compreendemos a necessidade de demonstrar a projeção que a violação da legalidade urbanística e do ordenamento do território tem no ator popular e nos demais membros da comunidade local, isto num propósito de maior exigência, da parte dos tribunais, na verificação da adequação da legitimidade processual ativa dos cidadãos *uti cives*, de molde a que não se incorra na confusão acima assinalada. Pelo que se acaba de afirmar e sustentar, entendemos, portanto, no atual quadro normativo em vigor, que o arquiteto José Pulido Valente, na qualidade de ator popular, não teria legitimidade processual (nem interesse processual em agir). Para uma análise mais extensa a esta questão, o Ac. TCAS, de 23.01.2014, Proc. n.º 10452/13 CA – 2.º Juízo, Relatora: Ana Celeste Carvalho, e CARLA AMADO GOMES, *Embargos e demolições: entre a vinculação e a discricionariedade*, CJA, n.º 19, Janeiro – Fevereiro 2000, pp. 44-46.

A apoiar esta nossa posição resulta uma passagem do já citado estudo de PEDRO MACHETE (pp. 174-175): «a anulação de actos administrativos – e o mesmo vale para a sua declaração de nulidade ou inexistência ou para a declaração de ilegalidade sem força obrigatória geral de normas cujos efeitos se produzam independentemente da prática de um acto administrativo – determina a eliminação retroactiva de uma dada regulação jurídica (ou o reconhecimento da sua ineficácia jurídica ab origine), pelo que, à primeira vista parece tratar-se de ações meramente constitutivas: a regulação que existia é eliminada e nada há a executar, uma vez que os efeitos de tal eliminação se produzem apenas no plano jurídico. *Do ponto de vista da legalidade, tal seria suficiente. Porém, os interesses* [subjativos, acrescentamos nós] *de quem impugna e a própria reposição da legalidade exigem frequentemente que a realidade material constituída com base na dita regulação eliminada seja modificada,*

indenização, entendendo, diferentemente, que o responsável por assegurar eventual tutela ressarcitória é o construtor, titular de licença declarada nula. Realça, aliás, que o construtor não goza de qualquer direito a indenização da edibilidade, na medida em que a responsabilidade do município está limitada a «despesas ou investimentos baseados na **confiança legítima** do construtor na validade de uma licença de construção que, embora ilegalmente, lhe haja sido concedida», nos termos do artigo 70.º/1 do RJUE (antes artigo 52.º/5 do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20.11)¹¹. Ora, se a construção se desenvolveu sem ter sido praticado o competente ato autorizativo (o qual só veio a ter lugar poucos meses antes da inauguração do centro comercial), sobrepondo-se mesmo a um embargo administrativo determinado pela CCRN, o qual nunca foi levantado ou objecto de anulação judicial, ao abrigo do artigo 48.º/2 do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20.11¹², conclui o ator popular que não há confiança legítima a tutelar.¹³

No mesmo sentido, vem reforçar a inaplicabilidade, *in casu*, do princípio da proteção da confiança legítima, na medida em que «nunca houve decisão de licenciamento em que pudesse confiar, e à sombra da qual pudesse ter feito os investimentos e despesas com o Shopping», reconduzindo a licença con-

*de modo a traduzir a nova situação jurídica: além da eliminação da regulação, há também que reconstituir a situação modificada de acordo com a regulação eliminada (cfr. o artigo 47.º-2, al. b), e 3, do CPTA). É preciso não esquecer que os actos administrativos, a menos que seja pedida e obtida a suspensão da sua eficácia, não deixam de produzir efeitos até que sejam anulados (e, na prática, o mesmo vale para os casos em que à sombra do acto nulo se tenham criado situações de facto).» [itálico nosso] Sobre os efeitos das sentenças que julgam procedentes os pedidos anulatórios e o conceito amplo de execução adotado pelo CPTA, vide desenvolvidamente DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 29 e segs. e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de atos administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 29 e segs.*

¹¹ Vide Ac. STA, de 16.05.2001, Proc. n.º 046227, 3.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Simões de Oliveira, sobre o “dano da confiança” indenizável pelo interesse contratual negativo, assimilável aos casos de responsabilidade pré-contratual (“culpa *in contrahendo*”).

¹² E artigo 108.º-A RJUE. Também decorre do artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20.11, que a decisão de ordenar o embargo ou não de obra é tomada ao abrigo de um poder vinculado, isto é, trata-se de um poder-dever cujo exercício é determinado necessariamente pela verificação de que se está a proceder a uma construção sem a autorização exigida [artigo 102.º, n.º 1, alínea a) RJUE]. No desenvolvimento desta atividade predominantemente vinculada, a par do procedimento sancionatório, o Presidente da Câmara Municipal está adstrito a determinar a suspensão imediata da execução da obra, mediante aplicação desta medida provisória e cautelar, em benefício do interesse público (respeito pela legalidade), do interesse do dono da obra (risco de realização de obras com custos irrecuperáveis) e do interesse de terceiros de boa-fé que celebrem contratos-promessa de compra e venda das frações autónomas do empreendimento.

¹³ Vide Ac. STA, de 21.03.2001, Proc. n.º 045923, 3.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Simões de Oliveira, ponto V do sumário.

cedida em 1994 a uma mera tentativa de ‘legalização’ *a posteriori* de uma obra prestes a ser concluída. Acrescenta ainda que o construtor «tinha, pelo menos, a obrigação de saber que o seu projecto violava as prescrições volumétricas do RPDMP».

Quanto aos terceiros adquirentes de fracções autónomas e sua inclusão no âmbito subjectivo do caso julgado, o arquitecto José Pulido Valente assinala que as decisões contratuais anteriores ao licenciamento não merecem tutela; já relativamente àquelas que são posteriores, recorda que havia recurso contencioso em curso sobre a «coisa litigiosa». Em todo o caso, a responsabilidade cabe **inteiramente** ao construtor, pelo facto de ter «edificado (o Shopping) na **mais ostensiva** ilegalidade: sem licença e em frontal desrespeito do embargo decretado pela CCRN». Assim, nos litígios entre construtor e proprietários das fracções autónomas, será de aplicar o regime da venda de coisa defeituosa (artigo 905.º CC), por verificação de «gravíssimo defeito de direito» (construção sem licença ou com licença nula), estando o direito de propriedade transmitido aos adquirentes de fracções autónomas sujeito «a limitação que excede os limites normais inerentes». Ademais, nos termos do artigo 6.º/5 do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17.06 (o mesmo se determina no artigo 175.º, n.º 3 CPTA), tratando-se de execução para pagamento de quantia certa, não é invocável causa legítima de inexecução.

Prossegue a sua resposta às objeções expendidas pelo Vereador do Urbanismo e pela Soares da Costa, S.A. sustentando que os cálculos apresentados pelo consórcio construtor são pouco fiáveis, nomeadamente porque «o parâmetro de quantificação não poderia ser o valor comercial, mas apenas o montante dos custos efectivos de construção ou de aquisição.» Com efeito, uma putativa indemnização – defende – apenas devia reflectir a confiança na legalidade (interesse contratual negativo) e já não os lucros expectáveis pela comercialização das fracções autónomas (interesse positivo).

Por último, quanto à alegação de “grave prejuízo para o interesse público”, entende o arquitecto que «o órgão requerido, em rigor, não chega a arguir solidamente essa excepção, limitando-se a fazer cálculos indemnizatórios rudimentares, sem qualquer referência ao seu eventual impacto financeiro-orçamental, e a aludir, de forma imprecisa e simplista, aos incómodos resultantes da demolição da obra, certamente não maiores do que os que resultaram da sua construção. Bem ao contrário, a demolição corresponde a uma exigência irrenunciável do interesse público», em obséquio ao cumprimento da lei e das pronúncias judiciais (artigo 205.º/2 CRP) e do valor fundamental do ordenamento do território, por afronta a parâmetros urbanísticos estritamente vinculados (excluídos do domínio da denominada “discrecionabilidade técnica”), cuja inobservância é cominada com a sanção de perda de mandato [artigo 8.º e 9.º,

c) da Lei 27/96, de 01.08]. Se não se perfilhar este entendimento, estar-se-á, de acordo com a visão dos factos, a ser cúmplice com a «legitimação da estratégia do facto consumado, um convite à edificação ilegal pelos promotores imobiliários, e com um efeito ironicamente perverso: quanto maior fosse a dimensão e a envergadura da ilegalidade consumada, menor a possibilidade de remoção, porque maiores os custos associados», assim retratando a conduta alegadamente contraditória adotada pela Câmara Municipal do Porto.

Salvaguardada a exigência de contraditoriedade em momento prévio à decisão de inexistência de causa legítima de inexecução, analisemos criticamente os alicerces em que se estruturou o julgamento em sentido negativo do TAF Porto.

Primo, a douda decisão reconhece que não pode ser arbitrada qualquer indemnização ao autor, por se tratar de uma atuação em juízo então ao abrigo do artigo 822.º CA (“direito geral de defender os interesses públicos e do público”). Sem embargo, e ao arrepio do entendimento sufragado pela entidade recorrida e pela empresa do setor da construção e obras públicas, tal facto determina que «a execução das decisões se justifique com maior acuidade, como forma das decisões judiciais serem efetivamente cumpridas e ainda pelo facto de só com a sua execução, o interesse público comunitário ser efetivamente defendido e protegido». Ironicamente até, a decisão recorda que a edificação ilegalmente construída «não implica um lesado concreto, mas “apenas” todos os cidadãos da cidade do Porto». Neste sentido, concretiza, «a inexistência de um interessado concreto e individualizado não é motivo de existência de causa justificativa de inexecução, mas, ao contrário, é um motivo ponderoso para que a decisão proferida nos autos principais seja cumprida e executada tal como se impõe, quer legal, quer moralmente, quer ainda por exigências diretas e imediatas do princípio da justiça.»

Secundo, mantendo-se fiel a este registo implacável, e procurando desmontar os outros dois fundamentos enunciados por demandado e contrainteressado em sede declarativa, frisa, de modo arrebatador, que «a demolição do conjunto predial apenas pode causar impactos negativos resultantes da acomodação das pessoas aos impactos muito negativos do ato declarado nulo.» *Tertio*, no que concerne à inviabilidade económico-financeira para dar cumprimento ao julgado anulatório, nos exatos termos requeridos pelo autor – principal argumento invocado no quadro da ponderação do maior ou menor sacrifício do interesse público – declara que «também aqui se deve entender que, independentemente do valor económico que a execução da decisão possa vir a originar por força da indemnização dos danos patrimoniais sofridos por terceiros, desde que tal valor seja facilmente quantificável – o que é o caso – não se deve deixar de se executar a decisão.»

Como sabemos, no âmbito da execução de sentenças anulatórias de atos administrativos, a Administração deve proceder à *reconstituição da situação atual hipotética*, isto é, encontra-se adstrita à obrigação de repor a situação que existiria se o ato ilegal não tivesse sido praticado, bem como cumprir os deveres que não observou com fundamento no ato anulado, em prol da reintegração da ordem jurídica violada e da colocação do exequente na posição que lhe é devida, algo que passa pela prática dos atos jurídicos e pelas operações materiais necessárias à referida reconstituição e pela eliminação da ordem jurídica de todos os efeitos positivos ou negativos que a contrariem (artigo 173.º CPTA)¹⁴.

Contudo, porque a realidade fáctica está em constante dinamismo, poder-se-ão verificar certas circunstâncias que inviabilizam a execução do julgado (reconstituição *in natura*), tornando lícita, para todos os efeitos, a inexecução das decisões dos tribunais administrativos, mas salvaguardando-se, obviamente, o direito do exequente a uma indemnização compensatória, como aliás sucede com a generalidade das pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas substantivas violadas.

Comummente, a doutrina tende a identificar duas causas legítimas de inexecução, orientando-se pela redação do artigo 163.º, n.º 1 CPTA. Porém, em bom rigor, devemos reconhecer a existência de uma terceira situação que funda uma recusa legítima da Administração em reintegrar a ordem jurídica violada, a qual poder-se-á designar como *inoponibilidade subjetiva da nulidade de atos consequentes*¹⁵. Esta última causa radica na necessidade de tutela de eventuais contrainteresados, dignos dessa proteção jurídica, a qual pode justificar, no limite, que não se opere a reconstituição integral da situação que atualmente existiria se não tivesse sido praticado o ato ilegal. Porque esta causa convoca a aplicação do artigo 173.º, n.ºs 3 e 4 CPTA, devidamente articulado com o artigo 133.º, n.º 2, alínea i) CPA, os quais merecem o tratamento devido mais à frente, escusámo-nos, neste momento, de proferir qualquer consideração a seu respeito, dedicando a nossa atenção às duas situações tradicionalmente apontadas como causas justificativas da inexecução de sentença.

¹⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 45. *Vide* também os acórdãos do STA, de 13.03.2003, Processo 044140A, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: Pais Borges, e de 03.03.2005, Proc. 041794A, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Cândido de Pinho, os quais contêm vastas referências jurisprudenciais igualmente relevantes.

¹⁵ Uma expressão feliz utilizada por MARCELO REBELO DE SOUSA & ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Tomo III – Atividade administrativa*, Dom Quixote, 2009, p. 476. Neste sentido, o Ac. STA, de 13.07.1995, Proc. n.º 31129, Pleno da 1.ª Secção, Relator: José Acácio Dimas de Lacerda.

No que concerne ao conceito de *impossibilidade absoluta*, o mesmo reporta-se a um impedimento inelutável, jurídico ou material, da Administração praticar os atos ou as operações especificadas pelo julgador, ainda que reportado apenas a parte da sentença, não sendo bastante a mera dificuldade ou a eventual onerosidade da sua execução. Deve ainda acrescentar-se ao caráter absoluto do impedimento, a *definitividade* do mesmo, sob pena de se poder e dever assegurar a execução de sentença mediante a fixação de um prazo mais dilatado para o efeito.¹⁶

Já no que respeita ao *grave prejuízo para o interesse público*, trata-se de um expediente criado pelo legislador para contemplar situações *excepcionais*¹⁷, devidamente sujeitas a um teste prévio de proporcionalidade, que justificam «um sacrifício especial ao titular do direito à execução, em ordem a salvaguardar interesses públicos ou interesses de eventuais terceiros de boa-fé, devendo tal sacrifício ser compensado pelo pagamento de uma quantia em dinheiro.»¹⁸⁻¹⁹

Se a causa justificativa de *impedimento absoluto (e definitivo)*, porque «imposta pela força dos factos (ad impossibilita nemo tenetur)»²⁰ não nos merece quaisquer reparos (desde que salvaguardada a situação de facto consumado provocado dolosamente pela Administração, a excluir, evidentemente, desta cláusula), já o *grave prejuízo para o interesse público*, alegado no caso em apreciação, sugere-nos sérias preocupações, desde logo porque o legislador vem permitir, nos termos do artigo 175.º, n.º 2 CPTA, que essa causa legítima de inexecução se reporte a circunstâncias anteriores (e não apenas supervenientes, como se

¹⁶ Por exemplo: impossibilidade de prática de ato de adjudicação e celebração de contrato de prestação de serviços com certo concorrente quando o mesmo já foi executado por outro operador (graduado indevidamente em 1.º lugar) aquando da verificação da ilegalidade do ato de adjudicação; impossibilidade de prática de ato de nomeação em favor de candidato entretanto aposentado que concorreu a procedimento de provimento de pessoal; impossibilidade de deferimento do requerimento para atribuição de bolsa de estudo já decorrido o ano letivo correspondente. Na jurisprudência, *vide* Ac. TCAN, de 26.09.2013, Proc. 00057-A/2002 Coimbra, 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, Relator: José Augusto Araújo Veloso; Ac. STA, de 12.04.2007, Proc. 0291/06, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Rosendo José; Acórdão STA, de 03.03.2005, Proc. 041794A, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Cândido de Pinho.

¹⁷ Neste sentido, a redação introduzida pelo Projeto de Revisão do CPTA ao artigo 163.º, agora em harmonia com o disposto no artigo 45.º do mesmo diploma, a qual se aplaude.

¹⁸ PEDRO MACHETE, *op. cit.*, p. 177.

¹⁹ Por exemplo: a construção de uma obra pública adjudicada a um operador concorrente ao concurso de empreitada que já se encontra concluída aquando da anulação do procedimento, não havendo lugar à demolição da obra e nova construção.

²⁰ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Processo executivo: algumas questões*, BFDUC, *Studia Iuridica*, 86, Colloquia – 15 – A Reforma da Justiça Administrativa, Coimbra Editora, 2006, p. 252.

exige para os processos típicos de execução, ao abrigo do artigo 163.º CPTA) à decisão anulatória.

Sobre esta realidade, PEDRO MACHETE relembra que «antes da anulação judicial do ato administrativo, e sem prejuízo da possibilidade de revogação, a Administração está obrigada a agir em consonância com os efeitos jurídicos do mesmo ato»²¹, o qual goza de uma presunção de legalidade. Se o que se acaba de transcrever merece a nossa concordância, já não podemos adotar semelhante posição à afirmação que sucede imediatamente o raciocínio expendido pelo atual juiz do Tribunal Constitucional, em obséquio a um princípio de cooperação e boa-fé processual (artigo 8.º, n.ºs 3 e 4 CPTA): «(...) não tendo [a Administração] o ónus de considerar as modificações da situação de facto que eventualmente tornem impossível a reconstituição da situação ex ante ou, por maioria de razão, da situação hipotética atual.»

E isto porque, por força do artigo 45.º CPTA, aplicável *ex vi* do artigo 49.º CPTA à ação administrativa especial, se pode proceder a uma «antecipação, para o processo declarativo, de obstáculos à execução de julgado que estão também previstos para os processos executivos, nos arts. 163.º e 175.º do CPTA», a qual é justificada «(...) por evidentes razões de economia processual: se, logo no processo declarativo, se antevê que, por impossibilidade ou excecional onerosidade para o interesse público, não irá ser dada execução, através de restauração natural, a uma decisão favorável ao autor, justifica-se que se passe diretamente à condenação em indemnização, como é corolário da existência de causa legítima de inexecução (arts. 166.º e 178.º do CPTA).²² Acresce que, a esta solução, não obsta a eventual insuficiência da matéria de facto fixada para o julgamento da causa, na medida em que o artigo 86.º CPTA permite a dedução de factos supervenientes, em novo articulado, até à fase das alegações, e o artigo 729.º, n.º 3 CPC 1961 (artigo 682.º, n.º 3 CPC 2013) possibilita a ampliação da matéria de facto em sede de recurso de revista para o STA, ambos corolários do princípio dispositivo (artigo 264.º CPC 1961 e artigo 5.º CPC 2013).

Uma outra preocupação que nos assalta a respeito do conceito de *grave prejuízo para o interesse público* prende-se com o risco de subversão desta figura, potenciado pela sua relativa indeterminabilidade. Se o interesse público já é, enquanto tal, um conceito relativo, espaço-temporalmente variável, então o recurso à fórmula *grave prejuízo* revela-se, de todo em todo, incapaz de assegurar um padrão mínimo de segurança jurídica, fazendo recair o odioso sobre o julgador e intensificando um contencioso administrativo de origem jurisprudencial.

²¹ PEDRO MACHETE, *op. cit.*, p. 177.

²² Ac. STA, de 25.03.2010, Proc. n.º 0913/08, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: Jorge de Sousa.

dencial. Como resulta particularmente bem ilustrado no caso em estudo, esta válvula de salvaguarda do sistema jurídico pode constituir o filão perfeito para obstar à concretização, no plano fático, do direito imperativamente declarado pela decisão exequenda, mediante o recurso a uma argumentação “criativa” que confunde a salvaguarda de bens ou valores jurídico-públicos com interesses privados ou, pelo menos, com interesses que não superam o interesse do autor, o interesse da reposição da legalidade violada e o *próprio interesse público na realização da justiça*.²³

Porque se trata de situações de exceção, as mesmas devem ser rigorosamente delimitadas, sob pena de o princípio constitucional consagrado no artigo 205.º, n.º 2 CRP se transformar em mera proclamação teórica, sem real valia. Expressando superiormente esta exigência, o n.º 3 do artigo 105.º da Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de Julho) estabelece como causas legítimas de inexecução o *fundado perigo* («peligro cierto») de *perturbação do livre exercício dos direitos e liberdades dos cidadãos*, o *receio fundado de guerra* e a *violação da integridade do território nacional*, os quais podem motivar, numa expressão bastante elucidativa da excecionalidade deste expediente, a «expropriação dos direitos ou interesses legítimos do cidadão reconhecidos diante da Administração.»

Uma última nota para a interpretação a fazer da disposição constante do artigo 177.º, n.º 3 CPTA. Nos termos da referida norma, se o autor reconhecer a existência de *grave prejuízo para o interesse público* invocado pela entidade requerida ou pelos contrainteressados, o autor pode pedir ao tribunal a fixação da indemnização pela inexecução lícita da sentença (seguindo os trâmites do artigo 166.º CPTA)²⁴⁻²⁵, com dispensa da verificação dos pressupostos da ilicitude e

²³ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 253.

²⁴ Nos termos do artigo 166.º CPTA, a indemnização a arbitrar poderá provir de uma tentativa de acordo bem-sucedida entre exequente e Administração, num prazo de 20 dias, suscetível de prorrogação ou, na ausência de acordo, resultará de fixação judicial, uma vez realizadas as diligências instrutórias necessárias. Tem sido entendimento propugnado pela doutrina e jurisprudência maioritárias que esta tutela ressarcitória em sede executiva visa compensar os danos patrimoniais e não patrimoniais, dignos de tutela do direito, decorrentes da inexecução, mas já não aqueles que emergem da anulação do ato, os quais deverão ser peticionados em ação autónoma. Assim, numa hipótese prática mais rebuscada, admitindo que se verifica a anulação de concurso submetido a procedimento pré-contratual, mas se revela, de todo em todo, impossível proceder à sua repetição, tende a admitir-se até, nos dias de hoje, o arbitramento de indemnização pela frustração de expectativas resultantes da elaboração da proposta (dano da perda de oportunidade ou *perda de chance*), já não as despesas inerentes à sua preparação propriamente dita, passíveis de reparação em ação autónoma. Anteriormente negava-se o direito à indemnização por implicar juízo de prognose póstuma sobre o resultado final do concurso (nomeadamente saber se o particular exequente ganharia), além de se considerar que as despesas assumidas com a elaboração da proposta teriam sempre de ser suportadas pelo concorrente, independentemente do resultado,

da culpa e em obséquio ao princípio da justa repartição dos encargos públicos. Mas antes deve colocar-se uma questão prévia: deve o órgão jurisdicional examinar a real existência de causa legítima de inexecução, de acordo com o labor jurisprudencial de densificação dos critérios de verificação? Como sabemos, no processo de execução de julgado anulatório, está em causa a reposição da legalidade violada. Todavia, o legislador admite que o particular possa acordar com a Administração a não execução da decisão, até por razões estratégicas, prevalecendo também aqui a dimensão eminentemente subjetivista do contencioso administrativo pós-Reforma do dealbar do século XXI. Parece resultar, então, do comando normativo do artigo 177.º, n.º 3 CPTA que o legislador entende que não caberá ao juiz proceder a tal comprovação, se o particular concordar com a oposição da entidade requerida ou dos contrainteressados, fundada em causa legítima de inexecução.

integrando, portanto, o risco normal de um procedimento concursal. Quanto à sua quantificação, servem de referencial, para o efeito do cálculo do *quantum* indemnizatório, os artigos 79.º, alíneas *c*) e *d*) e 105.º/3 do CCP, aplicáveis diretamente em face da ocorrência de circunstâncias imprevistas ou supervenientes que determinam a decisão de não adjudicação e da não celebração de contrato em prazo devido (em alternativa a uma ação judicial), respetivamente. Ter-se-á por limite mínimo o montante gasto com as despesas relativas à elaboração da proposta. Num outro caso prático, ocorrida a aposentação de particular concorrente antes da prolação de sentença que anula decisão de provimento em concurso, porque a execução implica *exercício efetivo* de funções, este sujeito nunca podia ser nomeado, porém não deixa de ter direito a uma indemnização. Neste caso, quando não seja possível apurar se este particular seria o vencedor, a indemnização corresponderá aos vencimentos que auferiria se tivesse sido nomeado, mitigada pela probabilidade de nomeação face ao universo de candidatos; já se fosse possível determinar o candidato graduado em 1.º lugar, a indemnização resultará das diferenças salariais entre os vencimentos que auferiria e a aposentação de que é beneficiário.

²⁵ Uma outra curiosa querela doutrinária e jurisprudencial que se coloca a respeito da reposição da ordem jurídica violada prende-se com o direito aos vencimentos e demais remunerações que o particular exequente deixou de receber em virtude da aplicação de uma sanção de inatividade por determinado período de tempo e coloca-se nos seguintes termos: o ressarcimento destes prejuízos resultantes de ato anulado ou declarado nulo só poderá operar através de ação autónoma de responsabilidade civil ou a eliminação dos efeitos negativos do não pagamento de tais rendimentos pode ficar assegurada, nestes casos, pelo pagamento dos vencimentos relativos ao período de afastamento do funcionário do serviço? Em confronto estão a *teoria da indemnização* e a *teoria do vencimento*: a primeira, tese dominante, sustenta a necessidade de dedução do meio processual próprio para obter uma indemnização pelos prejuízos concretamente sofridos em consequência da ilegalidade do ato exatamente pela ausência de *exercício efetivo* de funções nesse lapso temporal; já a segunda, tese minoritária, assegura o ressarcimento de todas as quantias pecuniárias que o autor auferiria caso se houvesse mantido ao serviço e merecia acolhimento no artigo 538.º, n.º 4 do CA para os funcionários da Administração Local. Ora, se é certo que os rendimentos do trabalho em jogo constituem a direta contrapartida do efetivo exercício do cargo para o qual o funcionário foi investido e à qual a Administração Pública está legalmente obrigada, não menos

Pelas considerações anteriormente expendidas a respeito da exceção do *grave prejuízo para o interesse público*, vemos com sérias reticências esta interpretação da solução consagrada, a qual vem permitir que particular e Administração possam transigir sem sujeição a qualquer escrutínio do tribunal o que, *in extremis*, poderá levar a que se alcance um acordo sem que a causa realmente exista.

O registo das ações e a tutela de contrainteressados

Uma das grandes questões que o aresto jurisprudencial suscita prende-se com a tutela da posição dos 1017 proprietários das frações autónomas do prédio constituído em regime de propriedade horizontal. A construtora Soares da Costa, S.A. alegou, em sede de recurso da decisão de fixação dos atos e operações para cabal execução de sentença, proferida em 2007, que já não é proprietária das frações, daí a necessidade de assegurar a presença na instância dos atuais proprietários, a fim de se assegurar o respeito pelo princípio do contraditório. Corroborando tal posição, alguns destes interessados, no âmbito do recurso da decisão de inexistência de causa legítima de inexecução, também sustentaram a exigibilidade do registo do recurso contencioso de anulação e da ação para declaração de inexistência de causa justificativa, por força dos artigos 3.º, n.º 1, alínea *a*) e 2.º, n.º 1, alínea *a*) do Código do Registo Predial e em nome da «segurança e certeza do comércio jurídico, de modo a que não se constituam direitos sobre um imóvel que, em caso de procedência da ação, poderiam vir a soçobrar.»

As duas preocupações suscitadas encontram-se indiscutivelmente relacionadas. Apesar disso, por facilidade expositiva e de tratamento dogmático, procederemos, em primeiro lugar, a um conjunto de considerações a respeito da questão do registo e, em momento posterior, trataremos de outros aspetos que giram em torno da tutela dos contrainteressados.

Assim, a propósito do registo das ações, alguns interessados afetados pela declaração de nulidade do ato de licenciamento advogam que a ação de impug-

verdade é que a teoria do vencimento também aqui apela – e bem – à reconstituição da situação atual hipotética que, em condições de normalidade, se verificaria não fosse a prática de um ato ilegal imputável à entidade administrativa, a qual deve ter lugar no âmbito do processo de execução do julgado anulatório. *Vide*, sobre este debate na literatura e na jurisprudência, por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2.ª edição, pp. 71 e ss., e JOSÉ MANUEL SANTOS BOTELHO, *Contencioso Administrativo*, Almedina, 3.ª edição, 2000, pp. 728 e ss., assim como o Ac. TCAS, de 15.10.2009, Proc. 03571/08, CA – 2.º Juízo, Relator: Coelho da Cunha.

nação movida pelo ator popular «tem como consequência direta e indireta» a extinção do direito de propriedade dos adquirentes de frações autónomas do edifício. E fazem-no recuperando o ensinamento do emérito civilista João de Matos Antunes Varela: o registo de ações «destina-se a dar conhecimento a terceiros que determinada coisa está a ser objeto de litígio e a adverti-los de que devem abster-se de adquirir sobre ela, **direitos incompatíveis com o invocado pelo autor**, sob pena de terem de suportar os efeitos da decisão que a tal respeito venha a ser proferida, mesmo que não intervenham no processo.»²⁶ [negrito nosso]

Expostas, sumariamente, as objeções apresentadas pelos atuais proprietários das frações autónomas do edifício, importa agora auscultar a posição de José Pulido Valente a respeito da questão da exigibilidade do registo das ações, a qual, desde já adiantamos, merece a nossa subscrição por completo.

Assim, no entendimento do autor, a norma do artigo 3.º, n.º 1, alínea *a*) do CRPredial não é aplicável *in casu*, na medida em que a declaração de nulidade da licença de construção não tem natureza real e, por conseguinte, não é um facto produtor de consequências jurídicas que afetem o estatuto do *dominium*. Tal conclusão resulta do exercício de delimitação do objeto do processo, o qual contende com o *ius aedificandi* e não com o direito de propriedade. E, como sabemos, o poder ou faculdade de construir não deve ser encarada como uma faculdade ínsita no direito real maior, sendo de rejeitar a visão jusprivatista que sufraga tal compreensão de enquadramento dessa posição jurídica subjetiva nos direitos de uso e transformação do imóvel (cf. artigos 1305.º e 1344.º CC), ou, se preferirmos, no *conteúdo natural* do direito de propriedade. De modo diferente, e de acordo com uma visão juspublicista, o direito de construir resulta essencialmente conformado pelas determinações dos planos urbanísticos, *maxime* pelo Plano Diretor Municipal, ficando o seu exercício dependente de uma autorização permissiva (e não constitutiva) da Administração Pública²⁷.

²⁶ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 103.º, p. 484.

²⁷ *Vide*, neste sentido, na doutrina, LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Direito Urbanístico – Um Outro Paradigma: A Planificação Modesto-Situacional*, Almedina, 2002, pp. 161-163; na jurisprudência, o Acórdão STA, de 03.12.2002, Proc. 047859, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: António Madureira. Sobre esta tese, em sentido discordante para o caso português, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*, Teses, Almedina, 2011, págs. 411-412; *O direito de edificar: dado ou simplesmente admitido pelo plano?*, CJA, n.º 43, págs. 49 e ss: «(...) em face dos dados normativos vigentes e da realidade fáctica com relevo neste matéria, muito dificilmente se poderá afirmar, em especial tendo presente o carácter essencialmente estratégico dos planos diretores municipais, que são estes o “ato” pelo qual aquele direito é conferido. (...) Esta solução – do não reconhecimento às disposições de determinado tipo de planos municipais de uma capacidade definidora

Refere ainda o facto de, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea d) CRPredial, o alvará de loteamento estar sujeito a registo, o que não sucede com o alvará da licença de construção.

Não deixamos, ainda assim, de assinalar a insuficiência do Código do Registo Predial que não inclui, no rol de factos sujeitos a registo, uma eventual ação (como as anteriormente indicadas) que possa contender com atos consequentes de que são beneficiários os contrainteressados. Como tal, pelas implicações práticas aqui retratadas e de modo a evitar alegações de desconhecimento da interposição de tais ações, advogamos *de iure condendo*, que o registo dessas ações devia ser obrigatório em prol da tutela da posição dos terceiros adquirentes e da publicidade e segurança no comércio jurídico imobiliário.

Estamos certos, inclusive, que o registo necessário das ações se revela mais eficaz em casos como aquele que aqui se analisa, do que a instauração de providência cautelar de suspensão de eficácia de ato, *devidamente associado a uma alteração legislativa, que estabelecesse a cumulação obrigatória do pedido de impugnação de ato administrativo com o pedido de condenação da Administração à adoção dos atos e operações necessários para reconstituir a situação que existiria se o ato anulado não tivesse sido praticado e dar cumprimento aos deveres que ela não tenha cumprido com funda-*

e atributivo do direito de edificar – *é a única adequada, por um lado, ao tipo de planeamento que tivemos nos últimos anos em Portugal – um planeamento que delimitou os perímetros urbanos muito acima das necessidades dos respetivos municípios e que, por isso, não orientou a construção nem a definiu, apenas a admitiu. – e, por outro lado, ao conteúdo típico de determinado tipo de planos municipais: os planos diretores municipais apresentam-se como essencialmente estratégicos e os planos de urbanização são planos de estrutura.* Defender, por isso, que tais planos conferem o *direito de construir* e que há direito a indemnização nas situações em que, numa sua modificação, se *diminui* ou *subtrai* uma modalidade de utilização admitida por eles, (...) não parece o mais adequado a esta realidade. (...) Assim, embora alguma doutrina afirme serem os planos os instrumentos jurídico-públicos que conferem o *jus aedificandi*, a verdade é que reconhecem, em regra, ser necessário, para que tal suceda, que o plano em causa corresponda a um instrumento que delimite, com rigor, os tipos, as intensidades e parâmetros de ocupação dos solos, isto é, que seja um plano de pormenor. (...) (n)os solos inseridos numa zona urbana que, para além do mais, se encontrem servidos por todas as infraestruturas necessárias à edificação (viárias, de saneamento, de fornecimento de água, de eletricidade, etc.), neste caso entendemos que a vocação edificativa se encontra implícita no direito de propriedade, havendo lugar a indemnização sempre que um plano venha a impedi-la, por exemplo, destinando aqueles solos (dotados de vocação edificatória) para espaços verdes privados. Com efeito, nestas circunstâncias, aos referidos solos deve ser reconhecido um *status* de edificáveis, independentemente das disposições dos instrumentos urbanísticos (...).» [sublinhado nosso]

O Direito 148.º (2016), II, 341-393

mento no ato impugnado [cf. artigo 47.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b) CPTA]^{28_29_30}. O acolhimento desta solução não só se revela mais conveniente do ponto de vista da eficiência, da economia processual, da celeridade e da concentração de esforços na resolução global do litígio, como teria um efeito devastador sobre o particular responsável pela edificação do empreendimento, exposto à assunção dos custos pela inobservância dos parâmetros legais e regulamentares aplicáveis, os quais não foi naturalmente “obrigado” a violar para construir, e à responsabilidade pelo locupletamento ilícito à custa do interesse público da legalidade urbanística e do ordenamento do território.

Analisada a querela em torno do registo das ações, centremos agora as nossas atenções na tutela da posição dos terceiros adquirentes, não sem antes ressaltar que, na sequência de pedido formulado pelo Ministério Público, foi proferido despacho pelo senhor juiz de Direito que determinou a junção aos autos, em

²⁸ Neste sentido, a favor da *Stufenklage* gizada nestes moldes, RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Execução de sentenças administrativas*, CJA, n.º 34, Julho/Agosto 2002, p. 62, em jeito de sugestão aquando da discussão pública da Reforma de 2002-2004: «A possibilidade de cumular a pretensão da anulação com a pretensão de condenação (...) conduz à possibilidade de dispensar a regulação em tipo autónomo da execução de sentença de anulação. Bastaria tornar a cumulação obrigatória. Evitar-se-ia também a acentuação do pendur objetivizante deste processo de execução (...)» [itálico nosso]

²⁹ Acerca desta possibilidade, MARCELO REBELO DE SOUSA & ANDRÉ SALGADO DE MATOS, em *Direito Administrativo Geral – Tomo III – Atividade administrativa*, Dom Quixote, 2009, p. 475, assinalam a vantagem de «antecipação do acertamento jurisdicional dos deveres que assistirão à administração em sede de execução de sentença para o processo de execução, permitindo poupar tempo ao interessado, que não terá que aguardar pelo trânsito em julgado da sentença para fazer valer a sua pretensão, bem como evitar discussões ulteriores sobre tal questão», não deixando, contudo, de recordar que se trata, no atual regime, «de uma faculdade e não de uma obrigação, ou sequer de um ónus do impugnante: a não formulação do pedido de condenação à reconstituição da situação atual hipotética em cumulação com a impugnação do ato imperativo ilegal não preclui a possibilidade de a primeira pretensão ser acionada no âmbito do processo executivo (artigo 47.º, n.º 3 CPTA). Sem embargo, também se alude às normas constantes dos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 95.º CPTA, destinadas a regular especialmente os poderes dos tribunais administrativos nos processos em que se proceda à referida cumulação de pedidos.

³⁰ Merece a nossa inteira adesão a eliminação do atual artigo 41.º, n.º 3 CPTA promovida pelo Projeto de Revisão, o qual estabelecia, aparentemente, uma presunção *iuris et de iure* de acordo com a qual o autor de um pedido de impugnação de ato lesivo pretende exercer o direito à reparação de danos, beneficiando, por esta via, da interrupção do prazo prescricional para exercer o direito à indemnização. Perfilhando a visão de ESTÊVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, em *Impugnação contenciosa de atos administrativos no CPTA*, 2.ª edição revista e atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 19-74, tal norma consta da lei de processo administrativo ao arrepio das inovações trazidas pela Reforma, mormente o princípio da livre cumulação de pedidos, e desconsidera a distinção funcional entre a impugnação de ato administrativo e a ação de indemnização pelos danos que este gerou, salvo alguns casos de fronteira, como a ordem ilegal de demolição, em que a sua execução «implica (...) o perecimento imediato de um bem, com a inerente perda patrimonial.»

10 dias, de certidão de registo predial, e do qual consta a seguinte passagem: «(...) [t]endo presente a posição assumida pelo exequente no que concerne à realidade em equação nos autos e que passa pelo encerramento, despejo e demolição do Shopping é manifesto que uma tal situação contende com todos os eventuais detentores de direitos sobre as frações do aludido prédio, o que impõe que se assegure a tais sujeitos a possibilidade de se pronunciarem sobre tal matéria.»

Todavia, esta notificação do exequente para junção aos autos da certidão de registo predial revelou-se extemporânea, por esgotamento dos poderes jurisdicionais, na medida em que teve lugar já depois de terminada a fase declarativa da execução, ficando a questão da legitimidade passiva a coberto do caso julgado processual, não tendo havido reclamação ou recurso da decisão. Desta forma, o Ministério Público não promoveu a citação dos interessados nem o juiz ordenou a notificação do exequente para a identificação destes, com vista a posterior citação.

Feito este apontamento inicial, confrontemos agora as posições das partes presentes da instância e, claro, dos proprietários das frações autónomas no edifício do Bom Sucesso para, em momento ulterior, expendermos algumas considerações que julgamos pertinentes.

Nas suas alegações do recurso da decisão que determinou a demolição ou “legalização” do empreendimento em 42 meses, a CM Porto considera que estamos perante uma omissão de formalidade essencial com implicações no exame e decisão da causa [artigos 668.º/1, *d*) CPC 1961, 40.º/1, *b*) LPTA e 660.º/2 CPC 1961], gerada por ilegitimidade passiva superveniente decorrente da inobservância de dever que impedia sobre o exequente – indicar e fazer citar os demais contrainteresados, sujeitos da relação material controvertida. Chama ainda à colação os artigos 64.º/5 e 68.º/2, *m*) da Lei n.º 169/99, de 18.09 [artigos 33.º/1, *γ*) e 35.º/2, *k*) da Lei n.º 75/2013, de 12.09] para não reconhecer legitimidade passiva ao Vereador do Urbanismo em detrimento da Câmara Municipal ou do seu Presidente.

Por seu turno, alguns dos proprietários de frações autónomas no edifício do Bom Sucesso sustentaram, no mesmo sentido, a extinção da instância [artigo 287.º, *e*) CPC 1961] por ausência de todos os sujeitos na relação jurídica controvertida, especificamente daqueles que seriam os «*atuais interessados*», imputável ao autor, sobre o qual recai o ónus de assegurar a presenças destes na instância. Ademais – acrescentam – uma eventual decisão no sentido da demolição proposta contende inelutavelmente com os seus direitos de propriedade, razão pela qual se insurgem por não terem sido chamados à instância executiva e de nem o juiz *a quo*, em 2003, se ter pronunciado a este respeito antes da tomada de decisão no sentido da demolição do imóvel, sobretudo quando se revela

«inultrapassável que, para além dos dois interessados particulares [Vereador do Urbanismo da CM Porto e a Soares da Costa, S.A.], um outro conjunto de pessoas, os adquirentes de frações autónomas [e demais legítimos possuidores], eram (...) face à pretensão de despejo e demolição do edifício, os principais interessados» [artigos 835.º/2 CA, 48.º e 100.º/3 RSTA e 36.º/1, b) LPTA].

Frisam, ainda, que só com a notificação dos atos necessários à demolição do edifício onde são proprietários de algumas frações, ou seja, «em vias de sofrer a execução da decisão judicial» é que, pela primeira vez, os interessados tomaram conhecimento do recurso intentado em 1995. Por isso, reclamam a nulidade de todo o processado (ou, pelo menos, da anulação dos termos do processo executivo desde a citação³¹, com a conseqüente reformulação do processado), classificando este sucedido como um «verdadeiro atentado ao Estado de Direito Democrático (artigo 2.º CRP) e aos direitos processuais dos contrainteresados (artigo 177.º, n.º 1 CPTA)», com inobservância de litisconsórcio necessário passivo (artigo 10.º CPTA) e das exigências do princípio do contraditório e da tutela jurisdicional efetiva (artigos 2.º e 268.º/4 CRP).

Por último, não deixando de assinalar as condições extremamente limitadas em que se encontram para a defesa dos seus direitos, consideram que é indesejável que não tiveram oportunidade de intervir devidamente no processo, motivo pelo qual, independentemente da construção dogmática em que nos arvoremos a respeito dos efeitos da sentença relativamente a terceiros, não lhes pode ser oposta uma decisão sobre o mérito da relação material controvertida na qual a sua posição substantiva se integrava. Apelando à delimitação do objeto do processo, concluem que não estamos perante «coisa ou direito litigioso», porque a sua titularidade não foi objeto de disputa judicial, contrariamente ao que sucede, por exemplo, com a ação de reivindicação. Em discussão estava a «legalidade da licença de construção», não se aplicando o n.º 3 do artigo 271.º CPC 1961 (artigo 263.º CPC 2013), porque a posição de contrainteresado não pode ser defendida pelo substituto (o transmitente), tendo de ser obrigatoriamente citado, *maxime* na fase executiva, «sendo totalmente inadmissível qualquer substituição processual e inviolável o seu direito de intervir e de par-

³¹ A propósito da citação dos contrainteresados, um dos terceiros afetados pela declaração de inexistência de causa legítima de inexecução que interpôs recurso do competente despacho, enaltece a autonomia do processo executivo nos seguintes termos: «a execução não se configura como uma continuação da fase declarativa do processo: ela é, verdadeiramente, uma nova ação – e portanto, uma nova instância – que, pese embora seja tramitada nos mesmos autos, tem uma autonomia relativamente à ação principal. Por isso é que, na ação executiva, há lugar a novas citações dos executados e à produção de novos articulados.» Salientou ainda que, na instância executiva, o pedido formulado é diferente, assim como a causa de pedir e, eventualmente, as partes presentes em juízo.

icipar na discussão». Como tal, advogam que o juiz *a quo* incorreu em erro na aplicação do artigo 271.º CPC 1961, com violação do artigo 177.º/1 CPTA: «a lide não produzirá o seu efeito útil normal, uma vez que não regulará definitivamente a situação», sendo a sentença, neste sentido, ineficaz em relação aos contrainteressados.

Duas notas ainda, por um lado, para a contradição assinalada por estes interessados, os quais consideram que a admissibilidade de recurso de revista da decisão geradora de nulidade implica a não operação da substituição processual e, por outro, para a alegação de acordo com a qual, «à data da aquisição [do direito de propriedade sobre as frações autónomas], jamais poderá [o processo] ser considerado um facto público e notório», tanto mais porque, não havendo registo das ações, «nenhuma consequência lhe pode ser imputada», sendo a decisão inoponível a terceiros (artigo 271.º, n.º 3, *in fine* CPC 1961).

Nas contra-alegações do recurso de agravo interposto pelo Vereador da CM Porto, José Pulido Valente afirmou que a legitimidade passiva resultou assegurada com a presença em juízo do senhor vereador e do consórcio construtor Soares da Costa, S.A. (requerente do licenciamento). E rebatendo a objeção acerca da competência do senhor Vereador do Urbanismo para executar a sentença, esclarece que, para efeitos dos artigos 120.º CPA, 95.º LPTA e 5.º Decreto-Lei 256-A/77, de 17.06, o autor do ato nulo constitui um «centro de imputação de competências com aptidão para praticar actos administrativos» (no dizer de Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina) e, portanto, um órgão administrativo, ainda que no exercício de competência delegada (artigo 174.º CPTA).

No que concerne aos atuais proprietários das frações autónomas, estabelece um ponto prévio que passa por distinguir entre *contrainteressados* e *afetados pela decisão* (artigo 36.º LPTA). Nos termos do artigo 57.º CPTA, e de acordo com Carlos Fernandes Cadilha, *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Almedina, pp. 202-203, têm-se por *contrainteressados* aqueles que «possam ser **diretamente** prejudicados», logo estão contemplados «só interessados no procedimento administrativo ou titulares de relações jurídicas administrativas». Para os meros interessados, a via competente será o recurso extraordinário de revisão ou poderá passar também por suscitar a intervenção provocada acessória na instância executiva, não se formando litisconsórcio necessário passivo.

Quanto ao desconhecimento do processo alegado pelos recorrentes, rejeita veementemente tal argumento, pois estamos perante um caso mediático, de ampla divulgação pública nos *media* regionais e nacionais, sendo previsível, portanto, que a questão da demolição tenha constituído ponto da ordem de trabalhos das reuniões da Assembleia de Condóminos, «como aliás indicia o requerimento de 'legalização' apresentado pelo respetivo administrador». Para efeitos

de comprovação deste facto, requereu intimação ao administrador tendente a que este traga aos autos as atas das reuniões dos últimos 5 anos.

Finalmente sustenta a falta de fundamentação para o recurso de revisão da decisão que declarou a inexistência de causa legítima de inexecução, por força do regime de substituição processual do artigo 271.º, n.ºs 1 e 3 CPC 1961. Observada a sua previsão, os interessados estão abrangidos pelo âmbito subjetivo do caso julgado: «devem considerar-se vinculados pelo caso julgado que recobre tanto a sentença que pretendem que seja revista como a decisão que, no processo principal, declarou a nulidade da licença de construção do edifício.» Acresce o facto de aqueles interessados terem comprado frações autónomas do edifício na pendência de recurso contencioso de anulação sobre «coisa litigiosa», porque a licença já havia sido judicialmente impugnada.

Por altura do pedido de suspensão da instância por seis meses, a Câmara Municipal do Porto teve oportunidade de se pronunciar no sentido do reconhecimento de eficácia retroativa à revisão do Plano Diretor Municipal então em curso, «quando dela resulte uma intenção de legalizar as operações realizadas em desconformidade com as normas primitivas.»³² Caso assim não se entenda – o que não se concede – sustenta que uma outra via para operar a “legalização” *a posteriori* resultaria da atribuição de efeitos jurídicos das operações urbanísticas, uma jurisdicação de factos decorrentes de atos nulos, por preenchimento dos três requisitos cumulativos determinados pelo artigo 134.º/3 CPA – ato administrativo nulo, decurso do tempo suficiente para consolidação da situação de facto e observância dos princípios gerais da boa-fé, justiça, proteção da confiança, paz social, igualdade, proporcionalidade e interesse público – e formulação de novo requerimento pelos interessados para emitir ato de licenciamento conforme à situação consolidada e às novas normas urbanísticas em vigor.

Por seu turno, José Pulido Valente sustenta o respeito pelo princípio *tempus regit actum*, em detrimento do «recurso a expedientes de extensão retroativa do âmbito temporal de aplicação», isto porque a legalidade dos atos administrativos é aferida pela lei em vigor à data da sua prática. De resto, não há qualquer confiança *legítima* a tutelar via artigo 134.º/3 CPA, consideradas todas as incidências que notabilizaram este caso.

³² Da qual trataremos *infra*. Vide, a este respeito, o Ac. STA, de 21.02.1996, Proc. 037773, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Gouveia e Melo, a propósito da alteração de pormenor ao Plano de Urbanização da Costa do Sol, cujo sumário aqui se reproduz: «A alteração de pormenor ao Plano de Urbanização da Costa do Sol, nele introduzida ao abrigo do § único do art. 1, do DL n.º 37251, por forma a nele ser incluída certa edificação entretanto construída, afasta a eventual nulidade do anterior acto camarário de licenciamento daquela obra com base na ao tempo desconformidade da mesma com aquele plano antes da sua aludida alteração.»

Pelas peripécias que marcaram a construção da obra, parece-nos extremamente pertinente questionar, desde logo, a necessidade de tutela da confiança putativamente depositada pela Soares da Costa, S.A. na legalidade da construção, enquanto decorrência do princípio da segurança jurídica, imanente ao princípio do Estado de Direito. Tratando-se de uma obra construída sem ato permissivo emitido em devido tempo, alvo de um embargo determinado pela CCRN, cuja impugnação judicial foi julgada improcedente, pode afirmar-se que estamos perante uma confiança digna de tutela pelo Direito? Isto é, deve a esfera jurídica do particular ficar a salvo de uma conduta lesiva dos seus interesses, quando a hipotética violação do princípio da proteção da confiança radica num ato administrativo claramente antijurídico, cuja ilegalidade era perceptível por aquele que o pretende arguir a seu favor?

Como salienta a melhor e mais qualificada doutrina espanhola, citada pela jurisprudência nacional, «a aplicação do princípio da proteção da confiança está dependente de vários pressupostos, desde logo, o que se prende com a necessidade de se ter de estar em face de uma confiança “**legítima**”, o que passa, em especial, pela sua **adequação ao Direito** (...). Ademais, de acordo com o mesmo ensinamento, «para que se possa, válida e relevantemente, invocar tal princípio é necessário ainda que o interessado em causa *não o pretenda alicerçar apenas na sua mera convicção psicológica antes se impondo a enunciação de sinais externos produzidos pela Administração suficientemente concludentes para um destinatário normal e onde se possa razoavelmente ancorar a invocada confiança*». Por último, importa ainda satisfazer um requisito adicional assente na verificação de *motivos ponderosos* para o particular «acreditar na validade dos atos ou condutas anteriores da Administração aos quais tenha ajustado a sua atuação.»³³

De qualquer forma, a nulidade da licença de construção determinaria, nos termos do artigo 133.º, n.º 2, alínea i) do CPA, a nulidade das licenças de utilização dos proprietários das frações autónomas, enquanto atos consequentes daquele, isto porque a prática e conteúdo destes últimos depende da existência e validade daquele ato anterior que lhes serve de pressuposto, salvo se houver contrainteressados com interesse legítimo na manutenção dos atos consequentes. Ora, como tivemos oportunidade de transmitir pela exposição acima realiza, no caso *sub judice* nem há confiança legítima a tutelar nem houve sequer lugar à emissão de autorizações de utilização das frações autónomas do empreendimento.

³³ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1991, pp. 982-983 & JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, pp. 341-342 *apud* Ac. STA de 18-06-2003, Proc. 01188/02, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: José Manuel Santos Botelho.

De todo o modo, e porque a questão se colocou, sustentamos *uma interpretação restritiva desta disposição que abarque apenas o desconhecimento sem culpa* sobre a discussão da legalidade de um ato e a aquisição de direito litigioso que recai, por exemplo, sobre fração autónoma de edifício que terceiro de boa-fé habita, em virtude da impugnação do ato de licenciamento, exigindo-se, para o efeito, que a posição subjetiva precária seja anterior à pendência da ação que contende com tal direito, resulte verificada a ausência de citação e que o particular seja capaz de demonstrar o desconhecimento, no exercício do ónus da prova que lhe incumbe. Parece-nos a compreensão mais conforme com o argumento sistemático que provem imediatamente do artigo 173.º, n.ºs 3 e 4 CPTA, o qual consagra o *princípio da ponderação de interesses de terceiros inocentes*, mas também do argumento teleológico, primordial na interpretação jurídica (como exalta Francisco Ferrara³⁴), o qual comunga da restrição desta tutela unicamente a beneficiários de boa-fé, surpreendidos com a situação de precariedade em que se encontram.

A este propósito, julgamos extremamente oportuno, mormente no contexto de revisão dos principais diplomas que regulam a disciplina substantiva, procedimental e processual do Direito Administrativo, sublinhar a importante reflexão, em jeito de alerta, deixada por José Carlos Vieira de Andrade nas suas *Lições de Direito Administrativo*, a qual subscrevemos na íntegra: «[h]á necessidade de uma teoria “científica” dos vícios, apoiada numa conceção estrutural do ato – não sendo adequada a importação automática do figurino francês, transmudando em categorias abstratas o que fora pensado e construído como “aberturas” à medida das necessidades práticas num processo de evolução jurisprudencial (de que constitui referência exemplar a categoria indiferenciada de “violação de lei”). [...] Impõe-se, neste quadro, uma teoria das invalidades substancialmente coerente e que tenha em consideração a espécie de atos em causa.»³⁵

E, neste seguimento, ainda a propósito da sanção da nulidade, o insigne professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,

³⁴ «A interpretação jurídica é de sua natureza essencialmente teleológica, [por isso o jurista] há-de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua atuação prática, sendo a lei um ordenamento de proteção que entende satisfazer certas necessidades e que deve ser interpretada no sentido que melhor responda a esta finalidade e, portanto, em toda a plenitude que assegure tal tutela» (FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e Aplicação das Leis*, traduzido por MANUEL DE ANDRADE e publicado com o *Ensaio Sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, deste autor, 3.ª edição, Coleção Stvdium, Arménio Amado – Editor, Sucessor, p. 130)

³⁵ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 3.ª edição, Outubro 2013, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 202-203.

assinalando a «severidade e a radicalidade»³⁶ das consequências jurídicas que surgem associadas ao regime daquela, sugere o estabelecimento legal de outras compressões para além das resultantes dos artigos 133.º, n.º 2, alínea *i*) e 134.º, n.º 3 CPA, capazes de lhe conferir maior flexibilidade, com benefício, em medida razoável, dos interesses de coninteressados dignos de tutela jurídica. E aponta, neste sentido, o exemplo constante da norma do artigo 69.º, n.º 4 do RJUE, a qual estatui, desde 2007, um prazo de caducidade de 10 anos para a declaração de nulidade de atos urbanísticos, o qual devia ser seguido no conhecimento da referida sanção em relação a outros atos constitutivos de direitos, por meio da fixação de um *prazo razoável*³⁷.

A opinião que se acaba de convocar merece a nossa genérica adesão. Na verdade, impõe-se uma reponderação do regime da nulidade, seja no domínio do urbanismo e do ordenamento do território, ramos de direito administrativo especial, seja até ao nível do direito administrativo geral. Todavia, do nosso humilde ponto de vista, a adoção de soluções menos rígidas deverá ser temperada com as exigências que acima advogamos a propósito da solução hoje vertida na última das alíneas do elenco meramente exemplificativo de situações geradoras de nulidade por determinação legal (artigo 133.º, n.º 2 CPA), isto é, também aqui será determinante a condição de beneficiário de boa-fé, merecedora, portanto, de proteção de um investimento de confiança legitimado³⁸.

³⁶ FERNANDA PAULA OLIVEIRA & PEDRO COSTA GONÇALVES, *A Nulidade dos Atos Administrativos de Gestão Urbanística*, Rev. CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 3, Ano II, p. 18

³⁷ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 210–212. A construção dogmática aqui singelamente aqui referenciada pode e deve ser enquadrada num quadro mais amplo de reflexão, para o qual ANDRÉ SALGADO DE MATOS convoca a comunidade científica. O administrativista da Escola de Lisboa coloca em causa a viabilidade da dicotomia tradicional de sanções – nulidade e anulabilidade – em confronto com os valores essenciais da segurança jurídica e da justiça material, isto porque, nas suas palavras, «a estabilidade, que deveria ser um valor ordenado à preservação de interesses específicos, converte-se num valor em si mesmo no caso da anulabilidade sendo completamente desconsiderado, no caso da nulidade.»

³⁸ Diferentemente, MARCELLO CAETANO, no seu *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Vol. II, p. 421, defendia a aplicação de um prazo de 10 anos, baseando a sua posição na previsão constante do artigo 1298.º CC para a prescrição aquisitiva (usucapião) de móveis, independentemente da boa-fé ou má-fé do possuidor. Desta forma, estar-se-ia a atribuir efeitos jurídicos a uma situação de facto consolidada pelo lapso temporal extenso decorrido, não se pretendendo, porém, sanar retroativamente ou suprimir a ilegalidade do ato nulo. Esta questão adquire particular acuidade no domínio do contencioso da Função Pública, relativamente aos denominados *agentes putativos*, isto é, aqueles «indivíduos que, em circunstâncias normais, exercem funções administrativas de maneira a serem reputados, em geral, como agentes regulares, apesar de não estarem validamente providos nos respetivos cargos.» (MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, p. 644). Hoje, esta problemática dos beneficiários de atos de provimento consequentes a ato declarado inválido tem cobertura

Feitas estas considerações acerca do regime-regra da invalidade no Direito do Urbanismo e da tutela da confiança legítima, propomo-nos agora tecer algumas considerações acerca da legitimidade passiva no processo de execução de sentença de anulação, em especial sobre a previsão constante da parte final do n.º 1 do artigo 177.º CPTA, relativa à figura dos contrainteressados.

Iniciando este breve excursus sobre a titularidade do dever de executar o julgado anulatório, isto é, a prática de todos os atos jurídicos e operações materiais que se revelem necessários à reintegração da ordem jurídica violada, constitui entendimento pacífico que tal competência deve ser aferida na data do cumprimento e não recai necessariamente sobre o autor do ato anulado. Assim, poderá perfeitamente suceder que o ente executado não tenha figurado como ente demandado na ação administrativa principal, exatamente porque o que releva, para os presentes efeitos, é a titularidade, por determinação legal, da competência para a reconstituição da situação atual hipotética, nos termos em que o tribunal fixar e condenar a Administração, coincidentes ou não com os atos e operações peticionados pelo autor.

Neste sentido, se o ato anulado tiver sido praticado no exercício de uma delegação de poderes entretanto caducada por substituição do delegante ou do delegado (artigo 40.º CPA), a competência para a execução residirá no órgão³⁹⁻⁴⁰ que, à data da efetiva execução, seja titular da competência que legi-

legal expressa nos n.ºs 3 e 4 do artigo 173.º CPTA, ao qual preside um princípio de proporcionalidade, não obstante a preferência pela reconstituição da situação atual hipotética do funcionário que tenha obtido a anulação de ato administrativo desfavorável. *Vide*, neste sentido, em contexto cronologicamente anterior ao CPTA, o Ac. STA, de 17-06-1993, Proc. 024447, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: Pires Machado; a respeito da invocação do instituto da usucapião pela doutrina e jurisprudência anteriores à Reforma da Justiça Administrativa 2002-2004, aconselha-se a leitura do Ac. TCAS, de 09.01.2003, Proc. 11712/02, Relator: António de Almeida Coelho da Cunha.

³⁹ À luz do artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 256-A/77, aplicável ao caso em estudo, *a execução de sentença [...] pode ser requerida pelo interessado ao órgão que tiver praticado o ato recorrido, ou, tratando-se de ação, ao competente órgão da pessoa coletiva nela demandada.* [negrito nosso] Diferentemente, nos termos do artigo 10.º, n.º 2 CPTA – disposição da Parte Geral, aplicável na ausência de normal especial no Capítulo VIII dedicado ao processo executivo – *a parte demandada é a pessoa coletiva de direito público ou, no caso do Estado, o ministério* [com competências similares e diferentes atribuições] a cujos órgãos seja imputável o acto jurídico impugnado ou sobre cujos órgãos recaia o dever de praticar os actos jurídicos ou observar os comportamentos pretendidos. Trata-se de uma solução que, com todo o respeito, nos parece desajustada à superação da configuração do Estado-Administração como pessoa coletiva unitária, uma conclusão necessária face às transformações operadas na Administração Pública e que se traduziram, essencialmente, na «multiplicação e diversificação dos entes que exercem a função administrativa» e surgem hoje agrupados nas quatro modalidades de Administração (directa, indirecta, autónoma e independente), à «multiplicação de competências decisórias autónomas» e a «importância crescente [assumida pelas] relações jurídi-

timou a prática do ato anulado, não sendo de sufragar o entendimento de acordo com o qual uma delegação de poderes pode caducar *quanto ao sujeito*, mas não *quanto ao conteúdo dos poderes transferidos*⁴¹⁻⁴².

Já no que respeita à intervenção processual dos contrainteressados, eis que nos confrontamos com uma das questões que veio a merecer um tratamento substancialmente mais significativo com a Reforma da Justiça Administra-

cas inter-orgânicas e intra-orgânicas.» (VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo*, 2.ª edição atualizada, Outubro de 2013, Coimbra, Almedina, pp. 274-276). Nesse sentido, as autoridades administrativas que exercem competências no quadro das atribuições das pessoas coletivas em que as primeiras se integram devem ser encaradas não apenas como sujeitos de relações jurídico-administrativas, mas também como sujeitos processuais a par das pessoas coletivas, como aliás já resulta subjacente ao artigo 10.º, n.ºs 4 e 6, às alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 51.º e ao artigo 78.º, n.º 3, todos do CPTA, e ao artigo 14.º, n.º 4 CPA. Em conclusão, o ilustre docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa supracitado advoga que «na nossa ordem jurídica, também (...) se relativiza a ideia da personalidade jurídica das entidades públicas, e se dá antes primazia à atuação dos seus órgãos, fazendo das autoridades administrativas “sujeitos funcionais” de relações jurídicas, dotados de capacidade jurídica própria, e admitindo-se, portanto, a existência de relações inter-orgânicas.» (VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Almedina, 2003, pp. 211 e 212) e a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias diretamente aos titulares dos órgãos competentes para a execução de sentença, a requerimento do particular ou *ex officio* (artigos 3.º, n.º 2 e 169.º, n.º 1 CPTA). Para mais desenvolvimentos sobre a construção dogmática do autor, VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, pp. 273-286.

⁴⁰ Incompreensivelmente, o Projeto de Revisão do CPTA continua a adotar, no artigo 157.º/1, para efeitos de delimitação do âmbito de aplicação do processo executivo, a expressão *entidades públicas*, a qual, como bem refere RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 244-245, «não tem um sentido técnico rigoroso». Na verdade, tal conceito é propenso a equívocos, sobretudo porque motiva a não despendida discussão em torno da inclusão ou exclusão, à luz desta noção, de outras entidades que exerçam a função administrativa (entidades administrativas privadas e entidades particulares no exercício de prerrogativas públicas), além das pessoas coletivas de direito público e dos órgãos administrativos que as integram. Doutrinalmente, impera um entendimento pacífico no sentido da adoção de um sentido amplo na interpretação desta expressão, porém o legislador da Reforma insiste na consagração de um conceito impreciso.

⁴¹ Sobre os aspetos aflorados, *vide* as seguintes referências jurisprudenciais: Ac. STA, de 07-02-2006, Proc. n.º 048140, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: São Pedro; Ac. STA, de 23-10-2007, Proc. n.º 01270A/05, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relatora: Angelina Domingues; Ac. TCAN, de 25-02-2011, Proc. 00656-A/96-Porto, 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, Relator: Carlos Luís Medeiros de Carvalho. Na doutrina, por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pp. 106-107.

⁴² Ainda a propósito da legitimidade passiva, pode questionar-se contra quem deve ser intentado processo (declarativo e) executivo se estiver em causa uma decisão de revogação ou alteração de atribuição de fundos comunitários por entidade independente, gestora de programas de financiamento supranacional, criada *ad-hoc*. Por aplicação do artigo 10.º, n.º 3 CPTA, deve entender-se que o mesmo deve ser intentado contra o Estado.

tiva de 2002-2004. É certo que, ainda no contexto do Projeto de Revisão do CPTA recentemente divulgado, a tutela dos contrainteressados voltou a motivar importantes alterações na regulamentação constante da lei processual administrativa⁴³, mas não menos verdade é que, na vigência do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17.06, e da LPTA [artigo 36.º, n.º 1, alínea b), em especial], o direito de participação destes nos processos judiciais estava remetido para previsões exíguas, manifestamente insuficientes. Daí que, como sugere o Acórdão do TCAN, de 25-11-2011 (Processo 00213-A/03-Coimbra, 1.ª Secção do CA, Relator: Antero Pires Salvador), tal «desajustamento processual deve ser suprido oficiosamente pelo juiz, nos termos do disposto no artigo 265.º-A do CPC – princípio da adequação formal», nos termos que, a seguir, explicitaremos.

No mesmo sentido, também a doutrina nacional acompanhou a referida evolução legislativa, como consequência necessária da superação do paradigma tradicional de configuração bilateral da relação jurídico-administrativa, reconhecendo-se hoje a existência de um «fenómeno de efeito pulverizador»⁴⁴ das decisões administrativas que extravasa os seus destinatários imediatos. Assim, no contexto de relações jurídicas poligonais ou multilaterais (as quais encontram, no Direito Urbanístico, um domínio *par excellence*), a figura *sui generis* do contrainteressado assume o estatuto jurídico de sujeito principal⁴⁵ (e já não de um mero terceiro, numa posição secundária), à qual tem de ser assegurada, em igualdade simétrica com as demais partes no processo, a garantia constitucional de acesso à justiça e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva (artigos 20.º,

⁴³ Sendo, talvez, a mais significativa, aquela que resulta da alteração promovida no artigo 128.º CPTA, relativo à proibição automática de execução de ato administrativo alvo de providência cautelar de suspensão de eficácia. Na redação constante do Projeto de Revisão, procede-se ao desaparecimento da figura da *resolução fundamentada*, cujo controlo contencioso era remetido para o contexto específico do incidente para a declaração de ineficácia dos atos de execução praticados, a promover pelo interessado (artigo 128.º, n.ºs 3 a 6 CPTA), determinando-se que a produção *ipso iure* do efeito de proibição de execução do ato administrativo só poderá ser levantado mediante requerimento dirigido ao juiz cautelar (sobre o qual recairá o odioso da decisão...) que alegue e fundamente o *grave prejuízo para o interesse público* ou as *consequências lesivas manifestamente desproporcionadas para outros interesses envolvidos*, da autoria da entidade requerida ou, agora também, dos *beneficiários do ato* (contrainteressados).

⁴⁴ PAULO OTERO, *Os contrainteressados em contencioso administrativo: fundamento, função e determinação do universo em recurso contencioso de ato final de procedimento concursal*, Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares, *Studia Iuridica*, 61, Coimbra Editora, 2001, p. 1076.

⁴⁵ Neste sentido, VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Ações no Novo Processo* e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010, p.263.

n.º 4 e 268.º, n.º 4 CRP)⁴⁶, a qual convoca, nomeadamente, o respeito pelo princípio do contraditório (artigo 32.º, n.º 5 CRP).

Neste ambiente de revalorização daqueles terceiros interessados, importa proceder a uma delimitação de quem pode assumir a posição processual de contrainteressado, fazendo esse exercício a partir do artigo 57.º CPTA, uma previsão estabelecida para a ação de impugnação de ato administrativo, mas igualmente aplicável para o processo executivo: «para além da entidade autora do ato impugnado, são obrigatoriamente demandados os contrainteressados *a quem o provimento do processo impugnatório possa diretamente prejudicar ou que tenham legítimo interesse na manutenção do ato impugnado* e que possam ser identificados em função da relação material em causa ou dos documentos contidos no processo administrativo.»

Ao abrigo desta noção, e porque vigora entre nós um sistema fundamentalmente subjetivista (mas com uma importante dimensão objetivista), Paulo Otero e Francisco Paes Marques defendem que a mesma se encontra funcionalizada a assegurar a inclusão destes sujeitos no âmbito de eficácia subjetiva do caso julgado (eficácia *inter partes*)⁴⁷, razão pela qual competirá ao julgador

⁴⁶ A talhe de foice, uma referência para a inaudita, mas não despidiendia observação de LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O artigo 161.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação*, CJA, n.º 43, Janeiro/Fevereiro 2004, p. 24: «Apesar de discutível, somos de parecer que assiste à Administração o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.»

⁴⁷ Uma ponderação de uma inércia negligente do titular do direito de ação em exercitá-lo, a qual faria presumir uma aceitação do ato ou, pelo menos, o tornaria indigno de proteção jurídica, em harmonia com o velho brocardo latino «*dormientibus non succurrit jus*» (servindo-nos, com as devidas adaptações, de uma passagem de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª edição, pp. 373-374, isto porque o segmento, na versão original, se reporta ao instituto da prescrição extintiva e, aqui, está em causa a caducidade do direito de ação) subjaz às considerações que a doutrina tem dissecado acerca do artigo 161.º CPTA, o qual promove a extensão dos efeitos de julgado anulatório a quem, em princípio, não se poderia prevalecer de tal título, por não estar abrangido pelo âmbito subjetivo do caso julgado. Diversas reflexões se poderiam desenvolver a partir desta norma, muitas das quais já amplamente realizadas pela doutrina. Por economia de trabalho, a respeito desta norma que promove uma relativização do caso decidido e privilegia a igualdade de tratamento de *casos perfeitamente idênticos*, deixamos uma palavra apenas sobre o requisito positivo de natureza substantiva da extensão que exige três sentenças que se tenham pronunciado, no mesmo sentido, no âmbito de um processo em massa regulado pelo artigo 48.º CPTA. Considerando que este instituto implica uma conexão objetiva e subjetiva de todos os processos e que as finalidades de agilização, celeridade e simplificação processuais e eficiência nas decisões serão mais eficazmente prosseguidas com apenas um processo ao qual seja dado andamento, tal exigência parece-nos excessiva, ainda que se tenha em vista a formulação de pedidos de extensão dos efeitos da sentença nos termos do artigo 48.º, n.º 5, alínea b) CPTA. Para mais desenvolvimentos sobre as questões que se suscitam em torno do artigo 161.º CPTA, vide ANA FERNANDA NEVES, *Contencioso da Função Pública – Parte I*, in *Temas e Problemas de Processo*

proceder a um juízo de prognose póstuma capaz de antecipar os efeitos da decisão final do processo e, em prol de uma resolução global do litígio, assegurar a presença na instância de todos os interessados cujas esferas jurídicas serão previsivelmente afetadas com uma decisão favorável ao autor.⁴⁸

Orientando-nos por este critério dos efeitos do caso julgado da sentença, não podemos deixar de tecer algumas considerações acerca da regra constante do artigo 87.º, n.º 2 CPTA, acompanhando, globalmente, a opinião da Dra. Helena Ribeiro, Meritíssima Juíza de Direito do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, aquando da sessão de discussão pública do Projeto de Revisão do CPTA organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, a 3 e 4 de Abril de 2014⁴⁹.

O artigo 87.º, n.º 2 CPTA estabelece uma regra de conhecimento de exceções expressamente arguidas ou passíveis de serem conhecidas, por dever de ofício, na fase do saneamento do processo, com preclusão de tal faculdade em momento posterior. Tal solução é reiterada no Projeto de Revisão deste diploma (artigo 88.º, n.º 2 PRCPTA).

Esta previsão assume particular relevância no que concerne à formação de litisconsórcio necessário passivo por determinação legal ou contratual ou pela natureza da matéria controvertida, de molde a que a decisão a proferir produza o seu efeito útil normal (artigo 28.º CPC 1961, artigo 33.º CPC 2013, e artigos 10.º, n.º 1, 174.º e 177.º, n.º 1 CPTA). Ora, nos termos dos artigos 57.º, 68.º, n.º 2 e 78.º, n.º 2, alínea f) CPTA, sobre o autor impende o ónus de identificar eventuais contrainteressados, sob pena, desde logo, de recusa da petição inicial pela secretaria do tribunal [artigo 80.º, n.º 1, alínea b) CPTA], por ilegitimidade passiva.

Focando-nos agora concretamente na solução gizada quer pelo atual CPTA, quer pelo Projeto de Revisão, entendemos humildemente, e com profundo respeito pelas comissões responsáveis pela elaboração de ambos os diplomas, que a mesma se afasta da realidade quotidiana dos tribunais e dos juízes da jurisdição administrativa, os quais se encontram sobrecarregados de processos, não se revelando fácil, em inúmeros casos, atestar naquele momento

Administrativo, ICJP, 2.ª edição revista e atualizada, pp. 292-294; CARLA AMADO GOMES, O “*caso decidido*”: uma instituição (ainda) do nosso tempo? *Reflexões a propósito do art.º 161.º do CPTA*, CJA, n.º 70, Julho/Agosto 2008, pp. 16-31; LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *op. cit.*, pp. 16-24; na jurisprudência, o Ac. STA, de 11.06.1996, Proc. 26097A, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Rosendo José.

⁴⁸ FRANCISCO PAES MARQUES, *A Efetividade da Tutela de Terceiros no Contencioso Administrativo*, Almedina, 2007, pp. 127 e ss; PAULO OTERO, *op. cit.*, pp. 1085 e ss.

⁴⁹ Também disponível no Parecer do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais em http://www.cstaf.pt/Pareceres/CSTAF.Parecer.Revis%C3%A3o%20ETAF_CPTA.pdf

o preenchimento daquele (e de outros) requisito(s) de admissibilidade. Assim, se a exceção dilatória de falta de legitimidade originária não for conhecida no despacho saneador, tal não deverá ser entendido, sem mais, como um comportamento digno de censura ou revelador de incompetência da parte do magistrado, desde logo porque recai sobre as partes processuais e os ilustres causídicos que as representam o poder-dever de, em primeira linha, suscitar a falta desse pressuposto processual.

Se é certo que o legislador da mais recente Reforma procurou aproximar-se das soluções adotadas no Novo Código de Processo Civil, não menos verdade é que, neste particular, se fica aquém do CPC 2013, insistindo numa solução que poderá dar azo ao recurso a ficções por parte do julgador que só vem a detetar tal exceção no momento de proferir a decisão, tudo para julgar “improcedente” a ação. O único argumento que, a nosso ver, poderá estar por detrás desta solução radica num histórico preconceito em relação aos magistrados dos tribunais administrativos e fiscais, os quais, por vezes, nem chegavam a conhecer do mérito da causa por colocarem imediatamente termo à ação, ancorados em questões meramente formais. Na nossa perspetiva, trata-se de um argumento inconsistente, assente numa visão anacrónica da realidade e desfasada da prática judicial dos nossos dias, a qual, no nosso prudente raciocínio, não procede.

Por tudo o que se acaba de afirmar, e retomando a resenha do *case-study* com que iniciamos este estudo, bem se compreendem os efeitos perniciosos que podem resultar desta previsão legal. Não olvidamos, claro, a delimitação de objeto processual (circunscrito ao pedido de declaração de nulidade da licença e aos vícios invocados e conhecidos) que acima subscrevemos, nem o facto de os atuais proprietários só terem adquirido tal qualidade na pendência do recurso contencioso de anulação. Todavia, retomando a doutrina jurisprudencial do acórdão sobredito, «bem se compreende que relações jurídicas não abrangidas no objeto da sentença exequenda ou até supervenientes a ela, mas que possam vir a ser afetadas pela definição das consequências jurídicas da mesma sentença, sejam carreadas para o objeto do novo processo (o executivo)». Ademais, como frisa Cecília Anacoreta Correia, não se pode descurar a autonomia do objeto do processo de execução de julgado anulatório em relação ao objeto processual da ação de impugnação do ato anulado, na medida em que os mesmos devem ser demarcados «a partir das concretas pretensões que integram cada uma das ações.»⁵⁰

⁵⁰ CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *A Tutela Executiva dos Particulares no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2013, p. 230. Desta constatação decorre a conclusão de que os contrainteressados não coincidem necessariamente numa e noutra ação.

De facto, a execução de sentença anulatória não constitui um prolongamento do processo declarativo transitado em julgado, antes apresenta-se como um processo atípico, de natureza essencialmente declarativa – é certo –, que visa assegurar o cumprimento do dever de extrair todas as consequências da reintegração da ordem jurídica violada que impende sobre a Administração, a partir da sentença exequenda.

Assim se percebe que, como sucede no caso em apreço, os proprietários das frações autónomas de um edifício e, portanto, titulares de uma relação jurídica real desconsiderada no objeto do processo declarativo pretendam tutelar a sua posição e defender a manutenção da obra, em face de um processo de execução de sentença movido por ator popular que peticiona a sua demolição. Não conseguimos compreender portanto que, depois de ter sido proferido despacho a determinar a junção aos autos da certidão de registo predial, não tenha sido promovida a notificação de todos os contrainteressados a quem a execução pudesse prejudicar, como determina o supramencionado artigo 177.º, n.º 1 CPTA, até para salvaguarda do efeito útil da sentença executiva, sendo-lhes conferida uma oportunidade para exercer o direito ao contraditório e ficarem vinculados à decisão executiva.

Sabendo-se que o objetivo último do autor era a demolição do Shopping Cidade do Porto em momento concomitante àquele em que foi movido o processo de execução do julgado anulatório e, como tal, até em momento anterior à fase de discriminação dos atos e operações em que deve consistir a concretização da pretensão do exequente, poderia (e deveria) o julgador providenciar pelo suprimento da falta do pressuposto processual da ilegitimidade passiva, convidando este último, nos termos do artigo 265.º, n.º 2 CPC 1961 (artigo 6.º, n.º 2 CPC 2013), a, querendo, proceder à modificação subjetiva da instância, ao abrigo do seu poder dispositivo, sob cominação de absolvição da mesma.

À conclusão que se acaba de chegar não obsta o argumento da «duplicação de meios de defesa»⁵¹ de que gozariam os contrainteressados para fazer valer a mesma posição jurídica (em sede declarativa e em sede executiva), isto porque, como já exaltamos amiúde, os mesmos não foram identificados e citados no âmbito do recurso do contencioso de anulação, motivo pelo qual aliás, atenta a sua revelia absoluta, interpuseram recurso extraordinário de revisão de sentença [artigo 771.º, alínea e) CPC 1961, artigo 696.º, alínea e) CPC 2013, e artigos 154.º e 155.º, n.º 2 CPTA *ex vi* artigo 142.º, n.º 2 CPTA], uma factualidade aliás indesejável, sobretudo pelo risco de, no decurso, em simultâneo, do pro-

⁵¹ A que fazem referência CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *op. cit.*, p. 230-239 e FRANCISCO PAES MARQUES, *op. cit.*, p. 128.

cesso de execução, se verificarem situações de litispendência e de oposição de julgados.

Pelo facto de não terem sido chamados ao processo declarativo para defesa dos seus interesses atuais e concretos, resulta justificada a utilização deste expediente extraordinário de reação contra decisão já transitada em julgado, tendente a suscitar a reapreciação da decisão impugnada e, por maioria de razão, a imposição de litisconsórcio necessário passivo no processo de execução, no qual lhes devia ser reconhecida a oportunidade de, pela primeira vez, tutelarem a sua esfera jurídica, mais do que nunca exposta a um risco de afetação irremediável pelas pretensões condenatórias que o exequente requereu.

E também não procede o contra-argumento, manifestamente infundado, de acordo com o qual é exigível que os contrainteressados tenham sido parte passiva na ação declarativa principal para a sua demanda e conseqüente imposição de litisconsórcio necessário passivo no processo executivo, sob pena de verem, de todo, inviabilizada a sua participação.⁵²

Em nossa opinião, este entendimento incorre numa confusão entre o *efeito constitutivo da sentença* e o *efeito de caso julgado da sentença*. Ora, se corroboramos que a modificação substantiva operada pela sentença se projeta sobre as entidades competentes para dar cumprimento ao dever de executar, coincidentes ou não com as autoras do ato anulado ou declarado nulo, bem como sobre os beneficiários de atos conseqüentes a esse (artigos 174.º, n.ºs 2 e 3 e 173.º, n.º 3 do CPTA, respetivamente), já não podemos acompanhar o reconhecimento de uma eficácia *ultra partes* da sentença sobre quem não foi demandado na ação declarativa enquanto contrainteressado e, portanto, não interveio na lide⁵³.

A “legalização” a posteriori de construções não licenciadas

José Pulido Valente condenou, aquando da suspensão da instância por seis meses, a «tentativa de legalização por alteração do direito», mediante «inserção do Shopping em área de frente urbana contígua em consolidação e validando, deste modo, a sua existência em termos urbanísticos». Afirmou que o edifício contraria «ainda em maior medida» o novo PDM (ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/2006, de 26.01.2006), acabado (então) de entrar

⁵² Entendimento propugnado no já mencionado Ac. TCAN, de 25-02-2011, Proc. 00656-A/96-Porto, 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, Relator: Carlos Luís Medeiros de Carvalho.

⁵³ Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de atos administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, p. 369 e *Manual de Processo Administrativo*, pp. 260 e ss; CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *op. cit.*, p. 237.

em vigor. Trata-se, na sua ótica, de uma construção incompatível com o carácter dominante da função habitacional (artigo 19.º RPDMP), que viola crassamente os parâmetros e limites relativos à impermeabilização do solo, profundidade da construção e cêrcea (artigo 20.º RPDMP), bem como a área verde disponível (artigo 21.º RPDMP). Finalmente, recordou ainda que o título executivo judicial declarou a violação do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37575, de 08.10.1949 (distância mínima para estabelecimento escolar), entretanto revogado, ditando, perentoriamente, que «o RPDMP não se pode sobrepor à Lei!».

Chegamos, finalmente, ao último e certamente o mais controverso tópico do estudo monográfico a que nos propusemos. Como resultou do *flashback* dos principais momentos processuais que marcaram o Processo do ‘Shopping Center Cidade do Porto’, foi equacionada, quer no despacho de suspensão da instância (de modo subentendido), quer na última decisão proferida em 2007, a possibilidade de se proceder a uma “legalização” *a posteriori* do empreendimento, mediante alteração das normas violadas aplicáveis, constantes do Plano Diretor Municipal.

Antes de iniciarmos o périplo pela argumentação e contra-argumentação passível de ser aduzida a respeito desta figura, uma constatação deve, de imediato, ser avançada: *o RJUE não prevê nenhum procedimento de “legalização”,* apesar de se tratar de um expediente abundantemente utilizado pelos municípios e pelos tribunais administrativos. Este alheamento do RJUE face à necessidade de estabelecer uma marcha procedimental única, capaz de dar vazão a uma realidade tão frequente tem, desde logo, o efeito pernicioso de cada município configurar os seus próprios procedimentos, o que exponencia seriamente o risco de desoneração dos interessados na “legalização” de um conjunto de exigências válidas para o procedimento de licenciamento prévio (designadamente elementos instrutórios e projetos de especialidades), sem justificação plausível para tal.

Conforme resulta evidenciado no Acórdão do Pleno do STA, de 29.05.2007⁵⁴, *o sistema do licenciamento de obras gizado pelo DL 445/91 [mantendo-se no atual RJUE] pressupõe que o licenciamento precede a construção, sendo que quem pede a aprovação de projecto correspondente a obras já realizadas não pretende uma autorização para exercer o direito de construir, mas uma aprovação para manter o ilegalmente realizado por falta de prévio licenciamento,* conferida à luz das disposições do RJUE, devidamente adaptadas.⁵⁵

⁵⁴ Ac. STA, de 29.05.2007, Proc. 0761/04, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: Adérito Santos

⁵⁵ INÊS CALOR, *Legalização – Dívidas práticas sobre a aplicação do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação*, Rev. CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 31, Ano XVI, pp. 29-31. Neste texto, a autora propõe-se a resolver

Feita esta advertência, encetamos, sem mais delongas, uma exposição que nos permitirá compreender os termos em que o TAF Porto decidiu em Novembro de 2007, os quais, recorde-se, passaram por estabelecer um prazo de 42 meses para dar concretização aos atos e operações materiais especificados, os quais culminariam com a demolição total do edificado ou, se possível, para proceder à “legalização” *a posteriori* do mesmo⁵⁶.

Na literatura jurídica nacional, sobretudo a partir do sobredito artigo da autoria conjunta de Fernanda Paula Oliveira e Pedro Costa Gonçalves, intitulado *A Nulidade dos Atos Administrativos de Gestão Urbanística*, tem-se desenvolvido uma corrente jurisprudencial constante e uniforme nos tribunais superiores que sustenta, para situações como aquela que aqui estudamos, a possibilidade de “legalização” das operações de construção civil. Neste sentido, no campo das medidas de tutela da legalidade urbanística, a demolição de um edifício já construído e ocupado constitui a *ultima ratio*, a qual tem de ser antecedida de uma ponderação indispensável acerca da viabilidade da respetiva “legalização” da obra (artigo 167.º RGEU e artigo 106.º, n.ºs 1 e 2 RJUE).

De acordo com esta tese, o legislador conferiu às Administrações locais, a faculdade de ordenar a demolição das obras particulares executadas sem autorização, prevendo, no entanto, que *possa não haver lugar*⁵⁷ a essa demolição se a autarquia reconhecer que a obra é *suscetível de legalização*, isto é, *se for possível assegurar a sua conformidade com os requisitos legais e regulamentares aplicáveis*. A partir deste segmento da redação legal e da teleologia que lhe presidiu, considera-se que o regime jurídico fixado nestes instrumentos legais é enformado

algumas das dificuldades práticas que se suscitam neste exercício de adaptação do regime jurídico de licenciamento, comunicação prévia ou autorização de utilização formulados *a priori*.

⁵⁶ Um pouco à semelhança do Ac. STA, de 25.01.2006, Proc. 0379/05, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Freitas Carvalho, o qual não se opôs à fixação, mediante despacho camarário, de um «prazo de 44 (quarenta e quatro) dias úteis para que proceda à reposição do terraço no seu estado inicial, designadamente através da demolição da marquise que foi ali construída e consequente prolongamento da cozinha, podendo no mesmo prazo apresentar projecto de legalização da dita construção, em virtude de não haver oposição por parte dos restantes condóminos do prédio a que aquela ali permaneça.» O caso aí em apreço contendia com a constatação de que um particular construiu uma marquise sem a respectiva licença municipal, tendo o Presidente da Câmara daquela circunscrição territorial submetido a ordem de demolição a condição suspensiva que viabilize a possibilidade de o interessado desencadear um procedimento de “legalização”.

⁵⁷ Na redação originária do RJUE, o artigo 106.º, n.º 2 determinava que «a demolição não pode ser ordenada se a obra for susceptível de ser licenciada ou autorizada ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correcção ou de alteração.» [itálico nosso]

pelo princípio da proporcionalidade⁵⁸, numa lógica de impor ao executado o menor sacrifício exigível, o que se traduz na impossibilidade de o órgão autárquico ordenar, de imediato, a demolição de obras se, mediante um juízo de prognose póstuma, meramente perfunctório, concluir, em forma positiva, pela possibilidade de reversão de uma situação de facto ilegal numa situação jurídica de legalidade.

Pela radicalidade e irreversibilidade associadas à medida de demolição, a prática de tal ato e sua execução está, portanto, adstrita vinculadamente a uma prévia apreciação, ainda que sumária, sobre a plausibilidade do “aproveitamento” da obra de construção civil, independentemente de haver ou não, nesse momento, um impulso procedimental do interessado no sentido de apresentar um projeto nesse sentido, o qual deve reportar-se ao bloco de legalidade urbanística em vigor à data da emissão de tal juízo. Em homenagem aos subprincípios da necessidade, adequação e proibição do excesso, corolários do princípio da proporcionalidade (artigos 18.º, n.º 2 e 266.º, n.º 2 CRP e artigo 5.º CPA), este juízo administrativo constitui mesmo pressuposto para a tomada da decisão de desmantelamento da construção realizada à margem da lei, no qual devem influir os contornos da situação de facto que foi gerada pelo ato nulo e os interesses públicos e privados em presença (do destinatário da ordem de demolição e dos contrainteresados), nestes termos: a lesão da posição jurídica substantiva do particular *só deverá ter lugar se inexistir qualquer outro meio* de salvaguarda do interesse público, devendo a mesma reduzir-se *ao mínimo indispensável*, numa relação custo-benefício, para reparar a legalidade ofendida⁵⁹.

⁵⁸ O qual, à luz do revogado artigo 167.º RGEU, constituía um limite interno do exercício de poderes discricionários (quanto ao momento e ao conteúdo da decisão) atribuídos pelos artigos supracitados. Hoje, ao abrigo do RJUE, resulta claro que a consagração de um princípio de proporcionalidade não surge acompanhada de qualquer concessão legislativa de margem de livre apreciação e decisão da Administração quanto às causas de indeferimento de um procedimento de “legalização” de obra já realizada ilegalmente, antes se sujeitando aos exatos termos previstos para o licenciamento de obras particulares não extemporâneos. Na jurisprudência, neste sentido, o Ac. TCAS, de 04.03.2010, Proc. 2152/06, Contencioso Administrativo – 2.º Juízo, Relator: Rui Pereira.

⁵⁹ Neste sentido, na jurisprudência do STA: o Ac. de 19-05-1998, Proc. 043433, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Gouveia e Melo; Ac. de 09-04-2003, Proc. 09/03, 3.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Jorge de Sousa; o Ac. de 14-12-2005, Proc. 0959/05, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Simões de Oliveira; o Ac. de 29.11.2006, Proc. 0633/04, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: Políbio Henriques; o Ac. de 16.01.2008, Proc. 0962/07, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Políbio Henriques.

Daqui decorre que a demolição não é encarada como medida sancionatória⁶⁰, mas antes como a solução última, de entre o conjunto de atos jurídicos e operações materiais possíveis, para promover a reintegração da ordem jurídica violada. Não obstante a verificação prévia da suscetibilidade de “legalização” da obra não carecer da instrução de qualquer procedimento para o efeito, a verdade é que o interessado não está isento de desencadear as diligências necessárias para assegurar a regularização de obra que, sendo ilegal, é suscetível de se conformar com a legalidade. Aliás, a dita “legalização” só se efetivará se tiver lugar tal atuação do particular interessado, por sua iniciativa ou por notificação nesse sentido da Administração, contribuindo assim para a reposição da legalidade. Não pode, obviamente, a autoridade pública ficar *ad aeternum* refém de alguém que adota uma postura passiva, mantendo-se inerte ou até dificultando a superação de uma situação de ilegalidade flagrante que requer, da sua parte, o cumprimento do ónus de entrega de todos os elementos necessários à apreciação da sua pretensão⁶¹⁻⁶².

⁶⁰ Nas palavras de CARLA AMADO GOMES, *Era uma vez... uma execução coerciva: o caso Société Immobilière de Saint Just revisitado*, CJA, n.º 15, Maio – Junho 1999, p.11, «[e]mbora por vezes isso possa não ser claro, uma coisa é o momento executivo, outra o momento sancionatório. A execução visa a reposição da legalidade, a sanção traduz-se num castigo em virtude do incumprimento. Sancionar pode indiretamente levar o infrator a cumprir, compeli-lo ao acatamento, mas não supre a realização da obrigação omitida. Sanção e execução podem até coexistir, uma vez que têm finalidades diversas.» No mesmo sentido, GONÇALO CAPITÃO, *Legalização/licenciamento de obras particulares: unidade ou dualidade de regimes?*, CJA, n.º 31, Janeiro – Fevereiro de 2002, pp. 22-35. Na jurisprudência, em sentido contrário, entre outros, o Ac. STA, de 07.04.2011, Proc. 0601/10, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Pais Borges.

⁶¹ «Pelo que a decisão de demolição decorre, em regra, de forma vinculada do desfecho do procedimento de legalização cabível na situação concreta», in DULCE LOPES, *Vias procedimentais em matéria de legalização e demolição: quem, como e porquê?*, CJA, n.º 65, Setembro – Outubro 2007, p. 35. Rejeitando também uma «possibilidade de escolha entre legalizar e demolir», mas reconduzindo a decisão final do procedimento de “legalização” ao conceito impreciso e pouco rigoroso de *discrecionariedade técnica*, CARLA AMADO GOMES, in *Embargos e demolições: entre a vinculação e a discrecionariedade*, CJA, n.º 19, Janeiro – Fevereiro 2000, p. 49, definido por BERNARDO DINIZ DE AYALA, in *O (défice de) controlo jurisdicional da margem de livre decisão administrativa*, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1995, p. 113, como um «juízo de valoração feito pelo órgão administrativo com recurso (...), por via de regra, a estudos prévios (formais ou informais) de carácter técnico e normas referenciais da mesma índole.»

⁶² Como nos esclarece DULCE LOPES, *Medidas de tutela da legalidade urbanística*, Rev. CEDOUA, n.º 14, 2/2004, p. 69 *apud* Ac. TCAS, de 19.01.2012, Proc. 05261/09, CA – 2.º Juízo, Relatora: Cristina dos Santos, «(...) a legalização, se possível, manifestar-se-á, em regra, na prática de um acto administrativo permissivo já não de cariz cautelares, mas definitivo, *sendo-lhe apontados os mesmos efeitos que aos actos de autorização ou licenciamento a priori*, geralmente caracterizados como efeitos definitórios, tituladores, procedimentais e contenciosos. Este acto, para ser emanado, dependerá do desencadear de procedimentos de vária ordem, tendo em consideração os motivos aos quais se

Em paralelo, o artigo 165.º, n.º 1 do RGEU e o artigo 98.º, alínea a) RJUE determinam a abertura de um procedimento sancionatório sempre que houver lugar a construção sem a competente licença, independentemente de a mesma vir a ser “legalizada”, tendo em vista a aplicação de coimas previstas ao particular que adotou a conduta, a todos os títulos censurável, de construir sem autorização para o efeito. E os regulamentos municipais de taxas tendem a estabelecer taxas de licenciamento agravadas para os procedimentos de “legalização”, em comparação com os procedimentos de licenciamento prévio de obras novas, apesar das críticas de algumas entidades e da recomendação do malgrado Provedor de Justiça, Dr. Henrique Nascimento Rodrigues, dirigida a vários municípios e constante do Relatório à Assembleia da República 2004⁶³, assentes na violação do princípio da proporcionalidade por aplicação simultânea de coima e taxa agravada, e na ausência de fundamento legal para se proceder a uma distinção do valor das taxas a cobrar nas duas situações, em conformidade com o princípio da legalidade⁶⁴.

Uma outra linha de força decorrente do raciocínio ora expandido diz-nos que a execução coerciva de sentença anulatória deve tomar, em devida consideração, o *fundamento* ou a *causa concreta* pela qual a nulidade da licença de construção foi decretada (artigo 68.º RJUE), no quadro dos pressupostos de facto e de direito atendíveis, a fim de se proceder à delimitação da possibilidade da sua

liga a operação urbanística ilegal, podendo assim revestir características diversas (...) de modo a enquadrar o construído nos ditames urbanísticos aplicáveis. (...) Nesta hipótese, em termos procedimentais, a legislação opera uma remissão automática para os procedimentos de licenciamento e (...) [de comunicação prévia] que seriam, in casu, aplicáveis, caso esta não se tratasse de uma obra ilegal. Nestes moldes, os trâmites procedimentais, a competência, os prazos, as exigências instrutórias, os motivos de indeferimento e os efeitos do silêncio serão os mesmos daqueles procedimentos. (...)» [itálico nosso]

⁶³ Disponível em <http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Relatorio2004.pdf>. Para o tópico em análise, relevam, sobretudo, as páginas 169 a 173. Na ótica do Provedor de Justiça de então, o agravamento de taxas não constitui *meio idóneo* para reprimir a conduta de quem executa obras sem obter prévio licenciamento para a sua edificação, na medida em que está tão-só adstrito ao fim de remover um obstáculo jurídico ao exercício da atividade de construção pelos particulares.

⁶⁴ GONÇALO CAPITÃO, *op. cit.*, p. 35. Também INÊS CALOR, membro colaborador do Grupo de Investigação de Modelação Geográfica, Cidades e Ordenamento do Território do Centro de Estudos de Geografia e Planeamento Regional (Universidade Nova de Lisboa), em artigo supra-mencionado (pp. 41-42), se pronuncia sobre a problemática em torno das taxas agravadas, restando os argumentos enunciados em texto e considerando que a previsão de taxas mais elevadas para os procedimentos de legalização *a posteriori* nos regulamentos das autarquias locais encontra fundamento no artigo 4.º, n.º 2 do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, o qual permite que o seu valor possa ser *fixado com base em critérios de desincentivo à prática de certos atos ou operações*.

respetiva “sanação”⁶⁵ e, conseqüentemente, evitar-se a demolição total do edificado⁶⁶. Entende-se, também por esta via, que a solução drástica da demolição total está sujeita a um princípio de subsidiariedade, podendo a mesma revelar-se desproporcionada à luz das concretas normas materiais violadas que inquinaram o acto administrativo e justificaram a sua declaração de nulidade por determinação da lei, e da situação de facto consolidada de que serão beneficiários terceiros de boa-fé, que entretanto adquiriram e ocuparam as diversas fracções prediais.

A uma construção como esta não se opõem, segundo Mário Aroso de Almeida, os efeitos do julgado anulatório, em especial o efeito repristinatório, reconstitutivo, reconstrutivo ou de reconstituição da situação atual hipotética, o qual «apenas exige a demolição na medida em que outra definição não a venha legitimamente afastar. Ao lado da demolição – ou seja, ao lado da execução do efeito repristinatório, que a sentença anulatória, à partida, reclama – *permanecem, assim, intactos os poderes de valoração de que a Administração disporia mesmo que a construção tivesse sido, ab initio, clandestina e não tivesse sido, pois, edificada ao abrigo de uma licença inválida*. Com o que se transita para o plano da redefinição da situação, no (re)exercício de poderes autónomos de definição jurídica, no respeito pelos limites impostos pelo caso julgado da sentença de anulação»⁶⁷ [negrito nosso], o qual abarca os vícios que concretamente conduziram à anu-

⁶⁵ A talhe de foice, julgamos pertinente aludir ao facto de o Projeto de Revisão do CPA, relativamente à previsão do artigo 137.º CPA (artigo 163.º PRCPA), estabelecer agora a possibilidade de reforma ou conversão de atos nulos, figuras às quais subjaz um princípio de conservação dos atos administrativos.

⁶⁶ *Vide*, a propósito, na jurisprudência do STA, o Ac. de 18.02.1997, Proc. 034547, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Rosendo José; o Ac. de 18.06.1998, Proc. 034588, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Alves Barata; o Ac. de 10.11.1998, Proc. 17705A, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: Rui Pinheiro; Ac. de 22.04.1999, Proc. 028957A, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Macedo de Almeida.

⁶⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de atos administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 512-514. Neste sentido, também o esclarecimento formulado pelo TCAN, em 07.02.2008, na sequência de pedido de esclarecimento do município da Póvoa de Varzim, no âmbito do Processo 2260/04.9BEPRT: «Na verdade, todas as soluções alternativas à demolição podem e devem ser encontradas pelo requerido Município e não pelo Tribunal, sendo certo que a este apenas incumbe apreciar os pedidos formulados pelos AA. e absolver ou condenar em conformidade com os mesmos. Assim, todas as soluções jurídicas e materiais que o Município encontre como forma de repor a legalidade são da sua única e exclusiva responsabilidade, apenas interessando a este Tribunal que a legalidade seja efetivamente reposta, ou seja, que os AA. não possam argumentar, por que forma seja, que os seus direitos estão ou continuam a ser violados por força de atos materiais e jurídicos praticados pelo Município.»

lação do ato e nos quais a Administração está impedida de reincidir, por força do efeito preclusivo da decisão exequenda⁶⁸⁻⁶⁹.

⁶⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Reinstrução do procedimento e plenitude do processo de execução das sentenças*, CJA, n.º 3, Maio – Junho 1997, pp. 15–16.

⁶⁹ A questão em análise suscita uma complexa atividade de hermenêutica jurídica em torno do disposto no artigo 95.º, n.º 2, 2.ª parte do CPTA, cuja redação, sem paralelo em Direito Comparado, reclamaria – desde já se avança – uma clarificação em sede de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Para uma melhor compreensão da solução vertida nesta norma, julgamos pertinente aludir brevemente ao regime jurídico que vigorava neste domínio antes da (tardia) *revolução copernicana* (familiar expressão usada por VASCO PEREIRA DA SILVA na sua literatura) operada pela Reforma da Justiça Administrativa 2002–2004, isto porque, à semelhança do estudo da evolução da espécie humana (e de todas as coisas, afinal), para que saibamos ‘onde estamos?’ e ‘para onde vamos?’, impõe-se que investiguemos ‘de onde viemos?’.

Com efeito, o artigo 57.º da LPTA estabelecia, socorrendo-se de uma fórmula algo confusa, uma ordem de conhecimento dos vícios do ato, privilegiando aqueles cuja eventual procedência de arguição, mesmo na ausência de vícios geradores de declaração de nulidade ou inexistência jurídica do ato, e «segundo o prudente critério do julgador, [determinem] mais estável ou eficaz tutela dos interesses ofendidos». Desta forma, o legislador da Reforma de 1984–85 procurou – e bem – obstar a que as impugnações de atos administrativos julgadas procedentes se quedassem pela apreciação de um vício de forma invocado pelo autor, ficando prejudicada a verificação de quaisquer outras causas de invalidade potencialmente passíveis de influir no conteúdo decisório do ato viciado e, conseqüentemente, no reexercício dos poderes administrativos originários por parte do réu. Como facilmente se depreende, o alcance objetivo do caso julgado (e o seu efeito conformativo) ficaria circunscrito àquele concreto vício analisado, nada impedindo por isso a Administração de reincidir no cometimento de ilegalidades apontadas ao ato, mas não conhecidas pelo julgador, antes se onerando o administrado a desencadear novos recursos contenciosos de anulação com fundamento em tais vícios numa espiral sem fim à vista...

Ora, sobretudo a partir das Revisões Constitucionais de 1989 e 1997, responsáveis pela consagração, na Lei Fundamental, *maxime* no seu artigo 268.º, n.º 4, de um princípio de tutela jurisdicional efetiva e plena das posições jurídicas substantivas dos particulares face à Administração, impunha-se a substituição dessa solução por outra que desse cumprimento a esta função principal do contencioso administrativo, a qual preside, na nossa leitura, à redação constante da 2.ª parte do n.º 2 do artigo 95.º CPTA. Todavia, pela ampliação (desmedida) dos poderes inquisitórios do julgador aí preconizada, impõe-se avançar, desde logo, com as três considerações que se seguem:

1. O juiz é soberano na qualificação jurídica dos vícios, gozando de ampla liberdade de indagação, interpretação e aplicação do direito, independentemente da alegação de direito realizada pelas partes (*iura novit curia*). Nesse sentido, a improcedência dos pedidos formulados não resulta determinada pela arguição dos vícios em diferentes moldes de qualificação jurídica, dependendo fundamentalmente da ilegalidade dos concretos comportamentos integrantes das causas de pedir;
2. De acordo com a jurisprudência do STA (*vide* Acórdão STA, de 28.10.2009, Processo 0121/09, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: São Pedro), a norma em apreço tem sido interpretada no sentido de que o conhecimento oficioso dos vícios não pode implicar a abertura de instrução, tendo que se basear nos factos já existentes e apenas vincula os juízes

Por todos os argumentos avançados, entende a corrente doutrinária e jurisprudencial em apreciação que *esta possibilidade executiva do julgador se mostra*

- de 1.^a instância, não ao ponto, porém, de estar abarcado pelo seu dever de pronúncia. Nessa medida, em caso algum se poderá alegar nulidade de sentença por omissão de pronúncia;
3. Quanto à legitimidade para interpor recurso jurisdicional (artigo 141.^o, n.ºs 2 e 3 CPTA), resulta do exposto em letra de lei que é possível recorrer de decisão que tenha conferido provimento relativamente a algum ou alguns vícios conhecidos, mas não relativamente a outro(s), sobretudo tratando-se de vícios de ilegalidade interna, isto porque as partes finais dos n.ºs 2 e 3 do artigo 141.^o CPTA limitam o recurso de decisões que contendam com atos estritamente vinculados e inquinados com vícios de legalidade externa. Tratando-se de uma questão que assumia maior relevância ao abrigo da LPTA, resulta agora evidente que deve adotar-se uma noção de *vincimento* em sentido amplo.

Para além destes pequenos apontamentos, a solução constante do artigo 95.^o, n.º 2, 2.^a parte do CPTA suscita incontornáveis dúvidas de constitucionalidade. Ao sobrepor-se às partes no conhecimento *ex officio* de todas as formas de invalidade do ato administrativo (e já não apenas os vícios geradores de declaração de nulidade e, *a fortiori*, de inexistência jurídica do ato, os quais já podia conhecer a todo o tempo), o julgador assumirá uma natureza tripolar. Tal como sustenta o Juiz Conselheiro Jubilado José Santos Botelho, além do papel de terceiro imparcial, o juiz comportar-se-á como *grande educador do autor* e *grande educador do réu*, o que configura uma reviravolta exagerada face ao paradigma do Estado agressivo napoleónico e até uma solução atentatória do interesse público, sem paralelo em Direito Comparado. Ademais, importa considerar a possibilidade de a invocação oficiosa de determinado vício de que aparentemente padeceria o ato traduzir-se numa atuação desprestigiante para o julgador se, em momento posterior, o próprio verificar a ausência do mesmo na decisão a proferir, bem como o prejuízo decorrente para o réu do conhecimento oficioso de vícios geradores de mera anulabilidade com superação do prazo-regra de arguição pelo autor de 3 meses, ainda que fundado numa tentativa de evitar nova impugnação do ato com fundamentos diversos.

Procurando, de alguma forma, contornar o juízo de inconstitucionalidade da norma em apreço, o Juiz Conselheiro Jorge Lopes de Sousa salienta que a redação do referido preceito apenas determina a *identificação* pelo julgador de causas de invalidade distintas das que tenham sido alegadas pelas partes, estando tão-só adstrito ao conhecimento de todos os vícios invocados pelo impugnante e pelo réu, de acordo com uma interpretação conforme à Lei Fundamental. Se, por ventura, o juiz entender que a obrigação de identificação implica necessariamente um dever de pronúncia sobre vícios (em sentido amplo), apenas se verificará uma errónea interpretação do julgador da disposição em causa, não havendo lugar à formação de caso julgado quanto aos vícios conhecidos extra-arguições das partes. *Vide*, entre outros, o Ac. TCAN, de 19.10.2006, Processo 01197/04.6BEPRT, 1.^a Secção – Contencioso Administrativo, Relator: Carlos Luís Medeiros de Carvalho, acerca do ónus de arguição de ilegalidades e dos poderes de apreciação e pronúncia do tribunal, e na doutrina ESTEVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, *op. cit.*, pp. 81-149.

Não enveredaremos, *brevitatis causa*, por um excursus sobre o ditame constante do artigo 95.^o, n.º 3 CPTA, o qual determina, à semelhança do artigo 3.^o, n.º 3 CPC, a observância e cumprimento, ao longo de todo o processo, do princípio do contraditório, mas não resistimos a desenvolver um breve esclarecimento sobre a (por vezes) difícil distinção entre *questões de facto* e *questões de direito*, sobretudo no domínio dos recursos jurisdicionais (*maxime* na ação administrativa especial de impugnação de atos administrativos). No âmbito destes recursos pretende-se sindicar a sentença

*suportada pela lei e pela base etiológica da nulidade decretada, bem como aconselhada pela justiça do caso concreto*⁷⁰, promovendo uma forma mais proporcionada de restabelecimento da legalidade, a qual vem determinar que a demolição total só se imporá, portanto, quando não for possível manter total ou parcialmente o edificado, sem, contudo, prejudicar a reposição de uma situação de legalidade.

Como bem assinala Dulce Lopes, «em geral, existe uma série de mecanismos que preenchem o conceito de “legalização”»⁷¹, os quais podemos agrupar em três vias alternativas à demolição: *prática de ato renovatório com objetivo regularizador, alteração da situação de facto mediante realização de trabalhos de correção ou de alteração*⁷² e *alteração do direito aplicável*⁷³. E, como facilmente se percebe, para o caso em estudo, o expediente optativo ao exercício daquela manifestação de autotutela executiva que nos deverá merecer considerações suplementares é o último dos enunciados.

Mas antes de nos debruçarmos, em particular, sobre as controvérsias em torno da alteração do direito aplicável para efeitos de “legalização” *a posteriori* de obra cuja autorização foi declarada nula, importa retomar uma consideração

(e não o ato impugnado) proferida em 1.ª instância e analisa-se a procedência da censura produzida pelo recorrente face à decisão de tribunal inferior, assente, sobretudo, na delimitação da argumentação aduzida nas alegações de recurso que é assegurada pelas conclusões. Particularmente no que concerne ao recurso excecional de revista de decisão de Tribunal Central Administrativo (artigo 150.º CPTA – duplo grau de recurso), para além das dificuldades que se colocam ao nível da densificação dos requisitos apostos quanto à importância fundamental do *thema decidendum* ou à evidência da necessidade de recurso para uma melhor aplicação do direito, importa considerar que o mesmo só pode ter por fundamento a violação de lei substantiva ou processual, não podendo o mesmo ser despoletado, portanto, para o julgamento da matéria de facto (provada ou não provada), contemplando, todavia, a alegação de eventual erro de direito sobre a apreciação da matéria de facto, nomeadamente na aplicação das regras sobre repartição do ónus da prova ou relativas aos meios de prova admissíveis ou exigíveis. A título meramente exemplificativo, indicamos o Ac. STA, de 15.09.2011, Proc. 505/10-20, Pleno da 1.ª Secção, Relator: Jorge Artur Madeira dos Santos, onde se discute a omissão do contraditório sobre novel vício identificado pelo acórdão recorrido ao abrigo do artigo 95.º, n.º 2 CPTA, e que motivou um interessante voto vencido do Juiz Conselheiro Jorge Lopes de Sousa, cuja leitura se aconselha.

⁷⁰ Ac. TCAN, de 06.09.2007, Proc. 00422-A/96-PORTO 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, Relator: José Augusto Araújo Veloso.

⁷¹ DULCE LOPES, *Vias procedimentais em matéria de legalização e demolição: quem, como, porquê?*, CJA, n.º 65, Setembro – Outubro 2007, p. 35.

⁷² Adequando as obras à decisão de anulação, nomeadamente mediante demolição meramente parcial, o que é pacificamente aceite, desde que conforme aos ditames da razoabilidade e da proporcionalidade.

⁷³ Seguindo de perto o esquema conceptual proposto nos comentários ao artigo 68.º (e 106.º) do RJUE de MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA & DULCE LOPES, *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação comentado*, Almedina, 2006.

já expendida em momento prévio deste trabalho, a qual volta a assumir relevância para o presente exercício reflexivo. No quadro da previsão do artigo 173.º CPTA, *maxime* dos n.ºs 3 e 4 dessa disposição, resulta prevista, como dissemos, uma terceira causa legítima de inexecução de sentença, à qual se procura reportar os dois últimos mecanismos ora enunciados, isto porque, de acordo com a construção doutrinal aqui abordada, estamos, em qualquer dos casos, perante situações em que «nem é possível reconstituir a situação que existiria se o ato anulado não tivesse sido praticado, nem é possível substituir o ato anulado por outro que não reincida nos mesmos vícios.»⁷⁴

A partir deste apontamento preliminar principiamos, então, a hipótese de “legalização” de operações urbanísticas mediante alteração do quadro normativo aplicável, na medida em que, para o efeito, importa, desde logo, convocar a tradicional distinção entre *vícios de legalidade interna* e *vícios de legalidade externa*. *Brevitatis causa*, não nos é possível aflorar as várias críticas que esta distinção nos merece, logo apenas diremos que, em relação a estes últimos, aparentemente, não se colocarão problemas de maior gravidade, considerada a faculdade de praticar ato renovatório [artigo 128.º, n.º 2, alínea b), *in fine* CPA e artigo 173.º, n.º 1, 1.ª parte CPTA], mediante expurgo do vício formal-procedimental detetado, em conformidade com o quadro fáctico e normativo existente à data da prática do ato anulado. Já no que diz respeito aos primeiros, porque contendem com o conteúdo ou a substância do ato, outras dificuldades se colocarão, como resulta do *case-study* em apreciação.

Acolhida esta classificação dicotómica, mas sem conceder nas severas críticas que lhe são oponíveis, outra divisão se procura traçar, não obstante a mesma não resultar também diretamente da lei: por um lado, será de admitir a “legalização” *a posteriori* se as ilegalidades cometidas contenderem com normas adotadas ao abrigo da *discrecioniedade de planificação*, mediante alteração do direito aplicável; por outro lado, se o ato de gestão urbanística padece de ilegalidades que colidem com normas de *vinculação situacional* dos solos que concretizam diretrizes legislativas (como os regimes da RAN ou da REN, instrumentos de ordenamento do território, com implicações na expansão urbanística dos Planos), estará excluída uma alteração do quadro normativo aplicável.

A partir da distinção que se acaba de estabelecer, e concentrando-nos num dos aspetos mais contestados pela CCRN e pelo ator popular, impõe-se que coloquemos a seguinte questão: o estabelecimento do destino ou vocação de

⁷⁴ É desta forma que MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *in Renovação do ato anulado e causa legítima de inexecução: revisitação do tema*, CJA, n.º 73, Janeiro – Fevereiro 2009, p. 31, apura a verificação de causa legítima de inexecução, a qual impossibilita a obtenção da execução efetiva e plena da sentença. O último segmento da citação corresponde, naturalmente, à primeira via alternativa elencada.

uma parcela do solo constitui uma das manifestações da ampla liberdade de conformação do plano territorial ou, pelo contrário, deve surgir como um limite à discricionariedade, em obséquio à *condição e à característica do lugar*⁷⁵?

Ora, em benefício da captura do solo para fins edificatórios e da alteração do zonamento funcional ao sabor dos interesses económicos e empresariais, sempre se pode afirmar que «a inclusão de certos terrenos no âmbito das zonas verdes e equiparadas (zonas de lazer ou destinadas a diferentes infra-estruturas urbanísticas tem uma **base meramente regulamentar** [ao contrário dos regimes da RAN e REN, que constituem restrições com superior dignidade hierárquica motivadas pela especial aptidão agrícola e florestal, respetivamente] – *radicando no plano municipal de ordenamento do território* – **e depende decisivamente, não das características intrínsecas dos terrenos em causa, da sua natureza e vocação económica, mas antes de juízos de oportunidade**, amplamente discricionários, das entidades administrativas responsáveis pela urbanização e ordenamento do território»⁷⁶ [negrito nosso]. Esta posição aqui retratada vem demonstrar a peculiaridade deste instituto da discricionariedade em Direito Urbanístico, a qual deriva da abstração do interesse público primário e dos fortíssimos interesses públicos secundários e privados que concorrem para uma *ponderação jurídico-subjetiva de pressões* vertida nos planos urbanísticos, assim como modelam excessivamente e inquinam mesmo o interesse público primário, ou seja, o fim vinculado, definido e qualificado previamente pelo legislador.

Contudo, não podemos acompanhar tal entendimento, o qual desrespeita – porque há factos que ditam as normas – «as características intrínsecas e naturais dos terrenos e bens jurídicos», os quais «supõem um limite à vontade planificatória (...)»⁷⁷. A atividade planificatória deve proceder a uma inventariação da realidade fáctica sobre a qual vai incidir, e observar o devido respeito ao retrato que advier desse estudo empírico diagnóstico. Ademais, sufragamos igualmente a opinião de Luís Filipe Colaço Antunes no que concerne à necessidade de «fixação de índices mínimos e máximos» para definição de zonas verdes (às quais subjazem preocupações de ordenamento do território e ecológicas) e culturais pelo legislador infraconstitucional [*standards urbanísticos*, como o índice volumétrico, aos quais alude o artigo 85.º, alínea f) do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, em relação ao conteúdo do PDM], os quais permitis-

⁷⁵ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *op. cit.*, pp. 158 e ss.

⁷⁶ Ac. STJ, de 29.11.2012, Proc. 11214/05.7TBMTS.P1.S1, 7.ª Secção, Relator: Lopes do Rego. No mesmo sentido, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 2.ª edição, Almedina, pp. 467-468.

⁷⁷ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *op. cit.*, p. 159

sem «uma adequação territorial e social às necessidades de cada comunidade (...)»⁷⁸, a ser concretizada, então, pelos planos municipais de ordenamento do território.

De resto, a eventual alteração de direito a operar na dimensão normativa do plano urbanístico e posterior prática excecional de novos atos de licenciamento encerra também um sério confronto com o princípio da inderrogabilidade singular e o princípio *tempus regit actum*.

Aos regulamentos dotados de eficácia externa, como o Plano Diretor Municipal, aplica-se o *princípio da inderrogabilidade singular*, logo para uma situação individual e concreta (*in casu*, a “legalização” do empreendimento do Bom Sucesso) não pode a Administração Pública excluir a disciplina que resulta de um regulamento administrativo, afastando-o do seu âmbito de aplicação (mas mantendo-o para todos os demais casos), na medida em que a Administração se encontra vinculada às normas que elabora. Sob pena de consentirmos a elaboração de “planos-medida”, a eventual adequação a um caso concreto de regras que, por definição, são gerais e abstratas, além de constituir uma clara afronta aos princípios da legalidade e da igualdade (em relação aos demais munícipes), só pode merecer, da nossa parte, um juízo de inteira reprovação pelo indício de parcialidade e de cedência perante poderosos interesses privados na conduta da Administração Local, ainda que estes se possam revelar, pelos encargos inerentes à construção civil e à dinamização de atividades nos espaços edificados, uma importante fonte de receita para os municípios.

Como referimos, também o *princípio tempus regit actum* é colocado em causa por toda esta construção doutrinal e jurisprudencial. De acordo com este princípio, consagrado no artigo 12.º CC e que encontra concretização no artigo 67.º RJUE, a legalidade do acto de licenciamento afere-se pela realidade fáctica existente no momento da sua prática e pelo quadro normativo então em vigor, logo não se compreende como se possa falar em “sanação” de ato nulo (artigo 68.º RJUE), salvo se for atribuída, por disposição expressa e específica, uma eficácia retroativa à revisão do Plano. Também esta possibilidade digladiava com um dos corolários do princípio da legalidade urbanística, o qual determina a eficácia *ex nunc* ou o carácter não retroativo das disposições normativas dos planos, exatamente para não serem afetadas quaisquer edificações construídas no passado, de acordo com as *normas legais e regulamentares* em vigor à data da sua execução. Assim, e ao contrário do que determinou o já indicado acórdão do STA, relativo à alteração de pormenor do Plano de Urbanização da Costa do Sol, quer a emissão de novos atos de licenciamento à luz dos instrumentos

⁷⁸ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *op. loc. cit.*

de planeamento territorial entretanto alterados, quer esta atribuição de eficácia *ex tunc* às disposições alteradas não passam de recursos engenhosos para tentar enquadrar, mais uma vez à margem da legalidade, situações que se consolidaram de forma ilegítima.

Ao longo desta extensa incursão pela figura da “legalização” *a posteriori*, já fomos manifestando alguns dos motivos da nossa oposição, mediante contra-argumentação aos termos em que a mesma tem sido conformada pela literatura jurídica e pelos doutos arestos jurisprudenciais. Todavia, não nos podemos ficar por aqui, pois impõe-se que chamemos à colação outras considerações jurídicas e metajurídicas que sustentam a nossa censura a esta construção que procura dispensar, porque inexigível, a reconstituição da situação atual hipotética.

Num ordenamento enformado pelo princípio da plenitude do processo de execução de sentenças, o direito à execução – e o corresponsivo dever de executar – nasce com o trânsito em julgado da sentença, momento a partir do qual a Administração está adstrita a assegurar a execução espontânea do julgado anulatório, independentemente de ulterior verificação de causa legítima de inexecução⁷⁹.

Neste sentido, e citando uma passagem de lapidar de Rodrigo Esteves de Oliveira, «[o] cumprimento da sentença há-de ser **tempestivo** (a observar após o trânsito em julgado da sentença e dentro de certo prazo), **integral ou pontual** (princípio da identidade entre o julgado e o executado), **escrupuloso** (**feito de boa-fé, sem dilações injustificadas** e estando proibida a adoção de quaisquer atos ou operações que **mantenham ou deem por existente** a situação sancionada pelo tribunal), **efetivo** (sendo proibidas quaisquer formas de inexecução indireta, como sucede com o cumprimento aparente ou fictício, simulado, fraudulento, elusivo) e **consistente ou intangível** (no sentido de que, depois de cumprir, há que acatar o cumprido: a situação resultante do cumprimento da sentença condiciona a atividade futura da Administração: é uma situação consolidada e para respeitar, salvo, eventualmente, a ocorrência superveniente de circunstâncias excecionais de interesse público⁸⁰, como pode acontecer em matéria de organização dos serviços públicos).⁸¹ [negrito nosso]

⁷⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Nulidade dos atos desconformes com a sentença*, CJA, n.º 2, Março – Abril 1997, pp. 31-32

⁸⁰ Sendo que o interesse público, como bem exalta MIGUEL PRATA ROQUE, in “*Alto e pára o baile!*” – *O excecional prejuízo para o interesse público como mera causa de inexecução da decisão cautelar*, CJA, n.º 97, Janeiro – Fevereiro 2013, p. 42, não pode ser confundido com o interesse do sujeito da Administração Pública por «*uma autofixação (autocrática) do conteúdo desse “interesse público”*»

⁸¹ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 251

E como frisa Mário Aroso de Almeida, a propósito do cumprimento do dever de executar o julgado anulatório, «a circunstância de a Administração ser co-responsável pela situação ilegal, por ter contribuído para a lesão do interessado, constitui um evidente factor delimitador dessa eventual discricionariedade. Por conseguinte, se, à partida, o poder de intervenção sobre construções clandestinas envolvia um espaço de apreciação discricionária quanto ao “an”, a circunstância da anulação do acto no qual se baseava a situação constitui a Administração numa verdadeira obrigação de agir para com o recorrente que obteve a anulação daquele acto. Isto deve-se ao facto, (...), de não estar, aqui, em causa o normal exercício, por parte da Administração, dos seus poderes de intervenção sobre construções ilegais, mas o cumprimento do dever de executar o efeito repristinatório da anulação. (...) Justifica-se, por isso, que, neste contexto, se acentue o dever de a Administração actuar relativamente às situações que ela própria criou através da adopção de um acto administrativo ilegal. Sobre ela recai, nesses casos, um **dever qualificado de intervenção**, uma vez que já não se trata de cumprir uma obrigação pública genérica de pôr cobro aos ilícitos que outros cometem, mas de **eliminar um ilícito público, imputável a si própria...**»⁸² [itálico e negrito nossos]

Não somos insensíveis, sobretudo no atual contexto económico-social, nem ao facto de o Shopping Cidade do Porto constituir um «pólo dinamizador de toda a cidade do Porto (...) onde se exercem as mais variadas actividades económicas, comerciais, profissionais e de lazer», as quais proporcionam «milhares de empregos», nem aos encargos que o município teria eventualmente de arcar com o procedimento burocrático que culminaria com os trabalhos de despejo e demolição do edificado e com as indemnizações aos proprietários das frações autónomas, tudo isto «num cenário de défice público e das Finanças Locais».

Mas porque “julgar a Administração é verdadeiramente julgar”, em casos como aquele que aqui procuramos tratar, só a aplicação da medida mais dissuasora, quiçá “draconiana”, será possível repelir o sentimento de impunidade que paira na comunidade, geradora de um sério alarme social sobre a observância dos mais elementares ditames impostos pelo interesse público de realização da justiça e pela credibilização do nosso aparelho judiciário. Porque, parafraseando Diogo Freitas do Amaral, o recurso à via judicial «vale apenas o que valer a sua repercussão final nas situações reais da vida»⁸³.

⁸² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de atos administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, pp. 510-512.

⁸³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 9. A respeito dessa repercussão, também verificamos que a sanção de perda de mandato, prevista nos artigos 8.º e 9.º, alíneas a) e d) da Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto, acaba por se revelar ineficaz (quando aplicada), isto porque o trânsito em julgado da decisão só vem a ter lugar em momento posterior ao termo normal do mandato.

Servindo-nos das palavras de José Pulido Valente aquando da sua tomada de posição no recurso de agravo movido pelo Vereador do Urbanismo contra a sentença que especificou os concretos atos de execução: se, por um lado, os municípios tendem a ser «pressuroso[s] e diligente[s] na demolição de pequenos anexos e na remoção de marquises de conveniência», por outro lado, vêm a revelar-se «complacente[s] e conivente[s] com quem viola a lei em maior escala.»

Exatamente para refutar esta visão de que a Administração e os Tribunais, perante casos idênticos, têm “dois pesos e duas medidas”, é que não podemos ser flexíveis e adotar uma construção fecunda em objeções, suscetível de ser confrontada com a controvérsia de “premiar” (e até incentivar) quem desenvolve grandes construções à margem da lei, assegurando um melhor tratamento até em relação a quem começa a edificar depois de observados os termos procedimentais de todos conhecidos (apresentação de projeto, sua apreciação e aprovação, liquidação de taxas). Até porque se deve «evitar que, por esta via, se inverta toda a lógica do planeamento, já que são as operações urbanísticas que se devem adequar ao plano e não o plano que se deve ir adequando às operações urbanísticas consolidadas à sua revelia.»⁸⁴

Assim, «para que a decisão favorável ao autor não se transforme numa mera vitória de Pirro»⁸⁵, revela-se, de todo em todo, indispensável *in casu* a adoção do comportamento jurídico-público devido por parte do município, pois só assim se respeitará a importante manifestação da dimensão objetiva do contencioso administrativo, representada pelos princípios da *obrigatoriedade* e *prevalência* das decisões dos tribunais administrativos (artigos 157.º, n.ºs 1 e 2 CPTA), corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva consignado no n.º 1 do artigo 20.º CRP, superiormente assegurada por aquele que é, em casos como o aqui escalpelizado, o «instrumento privilegiado de restituição da realidade fáctica ao universo da legalidade»⁸⁶: a demolição!

Junho de 2014.

⁸⁴ MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA & DULCE LOPES, *op. cit.*, Almedina, 2006, pp. 353-354.

⁸⁵ JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 8.ª edição, Âncora Editora, 2013.

⁸⁶ MIGUEL PRATA ROQUE, *Mil e uma formas de parar um “bulldozer”? – A impugnação de ato administrativo de demolição de obra ilegal*, CJA, n.º 89, Setembro – Outubro 2011, p. 42.

Projeções jusfundamentais do direito à alimentação

DR. RÚBEN RAMIÃO

SUMÁRIO: Introdução. 1. O direito à alimentação enquanto conteúdo mínimo do Direito natural. 2. Os direitos fundamentais: 2.1. A norma de direito fundamental e o enunciado da norma de direito fundamental. 3. Os direitos fundamentais e os direitos humanos. 4. A natureza constitucional do direito à alimentação: 4.1. O direito à alimentação como manifestação do direito à vida; 4.2 O direito à alimentação como manifestação do direito à liberdade. 5. O desenvolvimento humano e a alimentação (a tese de Johan Galtung). 6. O direito à alimentação enquanto conteúdo mínimo existencial e o princípio da proibição do retrocesso social. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

O homem, enquanto ser vivo, tem a necessidade de sobreviver. A sobrevivência da espécie humana implica a sua alimentação. E, para que isso seja possível, há que buscar as fontes da alimentação humana. A alimentação humana é, pois, uma necessidade fisiológica e biológica que determina a sobrevivência ou não dos seres humanos.

Como os seres humanos se encontram organizados em sociedades, é a sociedade que possibilita a alimentação dos homens. Para que o homem possa viver e sobreviver em sociedade, necessita de um instrumento que lhe permita prever e orientar as condutas dos outros homens a fim de a coexistência humana ser possível. Esse instrumento é o Direito.

Como o Direito é o mecanismo criado pelo homem para assegurar a sua sobrevivência em sociedade, tem de garantir um dos elementos básicos à subsistência humana, que é a própria alimentação.

Estas observações colocam-se, sobretudo nos dias de hoje, em que as preocupações alimentares estão na ordem do dia. Este trabalho foi produzido num clima de grandes convulsões sociais provocadas pela crise das dívidas sobera-

O Direito 148.º (2016), II, 395-448

nas dos Estados, ou pelo menos de alguns Estados, que outrora se pensavam superdesenvolvidos, e que agora se vêem confrontados com a necessidade de imposição de medidas de austeridade ao nível financeiro e económico que se traduzem num empobrecimento generalizado da população. Tal facto põe em causa a própria alimentação de muitas pessoas, não só a nível interno, isto é, no Estado português, como noutros Estados da Europa.

A relação entre a teoria e a construção interpretativa do direito à alimentação revela-se, pois, da mais elementar importância para uma construção jurídica tendente à inclusão do referido direito na orla do pensamento jurídico atual.

O propósito do presente estudo é tentar compreender algumas das projeções que o direito à alimentação manifesta, enquanto direito jusfundamental, assente no princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, expor-se-á uma das teorias mais importantes no âmbito do desenvolvimento alimentar, enquanto condição essencial para o desenvolvimento da própria humanidade – a teoria de Johan Galtung.

Por fim, estabelecer-se-á a relação entre o direito à alimentação e a teoria da proteção do conteúdo mínimo existencial.

1. O direito à alimentação enquanto conteúdo mínimo do Direito natural

O Direito natural apresenta-se, desde tempos antigos, e sob várias vestes, como um Direito que se posiciona acima do Direito positivo. O Direito positivo é aquele que é posto pelos homens, já o Direito natural não é criado pelos homens, ele é transcendente aos homens, podendo ser descoberto pelos mesmos. A doutrina do Direito natural, em sentido *lato*, afirma que há um conjunto de condutas ou de estados de coisas que é assim e tem, necessariamente, de ser assim. Algo que é imutável, e que o homem deverá respeitar sempre. O Direito natural estabelece, por essa forma, todo um conjunto de condutas que o homem não pode incumprir, mormente, no que à produção do conteúdo do Direito positivo diz respeito. A doutrina do Direito natural inspira-se no padrão da natureza como fonte inequívoca de regulação humana. O homem deve respeitar uma determinada ordem de coisas que está pré-estabelecida. Isto significa que o Direito positivo, que é resultado da atividade intelectual, não poderá ser desconforme com o Direito natural. Muito se tem escrito sobre esta matéria, mas como é óbvio, este não é o lugar próprio para uma discussão muito mais aprofundada. Fica, todavia, uma noção genérica do Direito natural, enquanto Direito que fundamenta a validade do Direito positivo e do qual decorre o seu conteúdo.

Quanto à doutrina do Direito natural, ela é rejeitada por um positivismo jurídico que se adota, mas cujo debate cai fora do âmbito deste trabalho. Diga-se, todavia, que o positivismo jurídico não deixa de reconhecer que o Direito positivo deve, na medida do possível, acompanhar o conteúdo mínimo do Direito natural, como forma de atingir a tão procurada paz social entre os homens.

Aquilo que dá um sentido à coexistência pacífica entre os homens reside na sua inserção numa sociedade. Uma sociedade que satisfaça os variados interesses humanos, que permita ao homem a sua sobrevivência. A sobrevivência da espécie humana é, pois, a finalidade primeira da organização em sociedade. Uma sociedade que não prossiga esta finalidade não estará apta a continuar a existir. Nas palavras de Herbert Hart: «*Poderá correctamente observar-se que aquilo que dá sentido a este modo de pensamento e de expressão é algo de inteiramente óbvio; é a assunção tácita de que o fim adequado da actividade humana é a sobrevivência, e isto repousa no simples facto contingente de que a maior parte dos homens deseja a maior parte do tempo continuar a existir. As acções de que nós falamos como sendo as naturalmente boas para fazer, são as que são exigidas para a sobrevivência; as noções de uma necessidade humana, de mal e da função dos órgãos do corpo, ou das mudanças repousam no mesmo facto simples.*»¹

Significa isto que a organização da sociedade não prescinde de um conteúdo mínimo do Direito natural, ou seja, um conjunto de regras que têm o propósito de permitir a subsistência humana. Esse conjunto de regras, ou esse mínimo de Direito natural, forma o ponto fulcral da construção de uma sociedade humana. Constitui o núcleo essencial para a construção do Direito positivo, permitindo que este prossiga a sua função primordial – garantir a paz social entre os homens.

Esse conteúdo mínimo² decorre de fatores intrínsecos à natureza humana, factores esses que resultam da estrutura biológica e psicológica dos seres humanos, e que os tornam dependentes de determinadas interações naturais. Se a ordem jurídica não estabelecesse um mínimo normativo, ou se não se apoiasse num mínimo natural, o desenvolvimento do “propósito mínimo da sobrevivência que os homens têm, ao associar-se uns com os outros”³ não seria possível. Na ausência deste conteúdo mínimo, os homens não teriam uma razão válida para agir em conformidade com o Direito positivo, não teriam o incentivo essencial para respeitar as regras jurídicas e para censurar o incumprimento

¹ HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, p. 207.

² HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, *op. cit.*, pp. 209 e ss.

³ HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, *op. cit.*, p. 209.

de tais regras.⁴ Sem tais regras mínimas, não haveria cooperação possível na sociedade.⁵

Herbert Hart identifica cinco aspetos que compõem o mínimo natural para que o Direito positivo se possa efetivar: (i) vulnerabilidade humana; (ii) igualdade aproximada; (iii) Altruísmo limitado; (iv) recursos limitados; e por fim (v) compreensão e força de vontade limitadas.⁶

(i) Vulnerabilidade humana. A construção do Direito, geralmente, consiste na edificação de abstenções ou de proibições.⁷ Tais proibições destinam-se, normalmente, à restrição de ofensas à vida ou à integridade física. Se tais regras não existissem, que sentido poderia ter a criação de um sistema jurídico?⁸ A vida em sociedade seria uma utopia. A natureza humana determina que a violência, ou seja, os ataques físicos sejam uma possibilidade socialmente natural. A estrutura física e biológica do homem torna-o vulnerável a tais ataques, e só através de um mecanismo de negação dessa mesma natureza é possível ao homem viver em sociedade.⁹

(ii) Igualdade aproximada. Os seres humanos são diferentes nas suas características, sendo uns mais fortes, mais capazes, mais inteligentes do que outros. Todavia, nenhum indivíduo é mais poderoso que outro indivíduo a ponto de dominar a sociedade. Isto faz com que até o mais forte dos indivíduos tenha de dormir de vez em quando, ficando à mercê dos restantes.¹⁰ Isto ainda reforça mais o sistema de proibições em que consiste o ordenamento jurídico. A igualdade aproximada determina, no fundo, uma característica das normas jurídicas – a generalidade.

(iii) Altruísmo limitado. Os seres humanos não são anjos nem são demónios. Não vivem apenas a pensar no bem-estar dos outros seres humanos, nem querem destruir-se mutuamente.¹¹ A vida em sociedade é um pouco a junção limitada destes dois extremos, que faz como que o homem seja altruísta até certo ponto, e egoísta, também até certo ponto.¹² Portanto, a finalidade da sobrevivência exige que o sistema de proibições incorpore estes dois aspetos da natureza humana. Tal como, brilhantemente, afirma Hart: «*Com anjos, nunca tentados a causar danos aos outros, as regras que exigem abstenções não seriam necessá-*

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ibidem.*

⁶ HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, op. cit. pp. 210-216.

⁷ HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 210.

⁸ *Ibidem.*

⁹ HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 211.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 212.

¹² *Ibidem.*

rias. Com demónios dispostos a destruir, independentemente dos custos para si próprios, seriam impossíveis.»¹³ Por isso, é muito importante que estas tendências intermitentes sejam controladas para que a socialização humana seja possível.¹⁴

(iv) Recursos limitados. A natureza humana determinou que, para a sobrevivência do homem, este tem de ter disponíveis certos recursos que satisfaçam as suas necessidades. Esses recursos são por natureza escassos. Como tal, têm de ser racionalizados e protegidos. A luta pelos recursos necessários levaria à destruição da sociedade. Por isso, existem regras adequadas a tutelar os referidos recursos, como a proteção da propriedade, a liberdade de cultivo e de exploração das terras e do mar, bem como a punição da violação destes direitos dos indivíduos.¹⁵ Os recursos formam os bens essenciais à vivência humana, e o referido sistema de proibições tem de acautelar a sua proteção.

(v) Compreensão e força de vontade limitadas. Da edificação de um sistema jurídico resultam vantagens e desvantagens para os seus participantes. Os indivíduos que compõem a sociedade aceitam, em grande medida, as restrições de que são alvo, porque essas mesmas restrições são aplicáveis à generalidade dos indivíduos. Existe, pois, uma força ou intenção de cumprimento das condutas impostas, ao mesmo tempo que existe uma censura face ao incumprimento dessas mesmas imposições. Mas, essa força de vontade ou essa compreensão têm limites. Esses limites variam de indivíduo para indivíduo. O cálculo dos ganhos e das perdas de cada indivíduo é diferente. Por isso, embora se possa dizer que a maior parte dos homens aceita as suas vantagens por contraposição às desvantagens sofridas com o sistema jurídico, há e haverá sempre motivações no sentido de gozar de mais vantagens, por parte de alguns, com relação aos outros. Desta forma, alguns homens tentarão sempre maximizar as suas vantagens restringindo as vantagens dos outros homens. Isso será feito à custa da violação das restrições essenciais estabelecidas pelo sistema jurídico.¹⁶ Por isso é fundamental a introdução de sanções, cujo propósito é estabelecer uma desvantagem superior à vantagem obtida com a violação de uma regra de conduta que, por si só, estatui uma vantagem para um indivíduo. Dito de outra forma, uma sanção deverá impor uma desvantagem superior à desvantagem sofrida por um sujeito em consequência da violação de um seu direito. Com isto propõe-se atingir uma “cooperação voluntária num sistema coercivo”.¹⁷

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 212.

¹⁵ HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., pp. 212-213.

¹⁶ HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., pp. 213-214.

¹⁷ HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 214.

Estes aspetos constituem o núcleo de um sistema jurídico, pelo menos, um sistema jurídico que tenha a pretensão de ser viável.

Do que ficou dito, resulta claro que a alimentação dos homens faz parte do conteúdo mínimo do Direito natural.¹⁸ Dada a construção biológica dos seres humanos, não é possível sobreviver se a alimentação não for uma realidade. O desenvolvimento humano só é concebível se este (o Homem) estiver em condições de recolher o alimento necessário à sua subsistência. Do conhecimento da História da humanidade decorre que o homem sempre procurou estabelecer-se nas zonas mais férteis, em matéria de comida. O homem guerreou por causa dos recursos naturais que lhe propiciavam e lhe proporcionam a comida. A busca e conservação do alimento são algo de inato a qualquer ser vivo.

Como facilmente se compreenderá, a alimentação do homem influenciou a construção da sociedade e a forma como o homem se relaciona com a sociedade.

Não é difícil ver, pois, que a alimentação se relaciona com os cinco elementos que formam o conteúdo mínimo do Direito natural. Sem alimento, o homem morre. A necessidade de alimento torna o homem vulnerável. Torna-o vulnerável perante outros homens. A falta de alimento potencia a guerra, e portanto, ameaça a vida em sociedade. Como todos os homens precisam de comer, estão numa situação de igualdade natural, o que faz com que estes almejem a existência de padrões de conduta que satisfaçam todos os elementos da sociedade na maior medida da igualdade possível. Também se depreenderá facilmente que, no que à alimentação diz respeito, o homem só atinge um certo grau de altruísmo, não procurando colocar em risco a sua vida para salvar outras vidas. A escassez de alimentos gera o egoísmo e a disputa que se mostra aniquiladora da sociedade. Não pode, por essa forma, um sistema jurídico fazer depender da bondade dos homens a alimentação de outros homens. Há que criar mecanismos que satisfaçam e protejam os homens da fome. Esses mecanismos passam, necessariamente, pela proteção jurídica dos recursos. Como refere Herbert Hart: «*Constitui um simples facto contingente que os seres humanos necessitem de comida, roupas e abrigo e que estes bens não existam à mão com abundância ilimitada, mas sejam, pelo contrário, escassos, tenham de ser cultivados ou arrancados à natureza, ou tenham de ser construídos pelo esforço e trabalho humanos.*»¹⁹ Isso leva a uma necessidade de se estabelecerem regras que levem a que o homem se abs-

¹⁸ Como a alimentação é essencial para a vida, não poderá haver qualquer Direito que não se oriente em torno dela. Escreve CABRAL DE MONCADA: «...será pois sempre a vida a fornecer a todo o direito, inclusive ao chamado Direito natural ou ideal, a matéria do seu conteúdo.» CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado, Volume II, Doutrina e Crítica*, p. 301.

¹⁹ HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 212.

tenha de interferir na busca de alimento e na produção de alimento dos outros homens.

Por tudo isto, a alimentação constitui o núcleo da existência humana, é um aspeto que leva a uma específica ordenação jurídica em torno da sua proteção e concretização. *Não há sociedade sem alimento*, e um Direito positivo que ignore este aspeto está condenado à sua autodestruição. Como escreve Cabral de Moncada: «*Todo o direito é, como se viu, no fundo e na essência, um sistema de compromissos e equilíbrios entre uns e outros desses valores, procurando, antes de tudo, conservar e garantir a vida tanto dos indivíduos como dos grupos.*»²⁰

2. Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são as posições jurídicas ativas e passivas que consagram o núcleo essencial do Direito da modernidade. Os direitos fundamentais são, nas palavras de José de Melo Alexandrino, «...uma criação recente (e frágil) na história da humanidade.»²¹ A sua natureza evoluiu em torno das conceções religiosas, filosóficas, e em torno dos movimentos sócio-políticos resultantes da multiplicidade do pensamento humanista.²²

Nas suas diferentes aceções, os direitos fundamentais assumem uma perspetiva “filosófica ou jusnaturalista”, “estadual ou constitucional”, e “universalista ou internacionalista”.²³ Foi na sua visão filosófica que os direitos fundamentais começaram por se afirmar. Antes de serem um instituto de Direito positivo, assentaram na ideia que o homem tinha da natureza das coisas, ou seja, do Direito natural.²⁴ Os direitos humanos (antecedente histórico dos direitos fundamentais no pensamento naturalista) resultavam da participação do homem no divino, fundamento da existência universal.²⁵ A *reta ratio* era o caminho para o conhecimento humano dos direitos humanos. A razão humana permitia seguir o caminho, ou seja, distinguir o bem do mal. E, era com base nessa distinção que o homem poderia descobrir os seus direitos inerentes à sua natureza divina.²⁶ É com o cristianismo que os seres humanos adquirem um valor eminente. Uma vez que foram criados à imagem de Deus, todos «...têm uma liberdade

²⁰ CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. II..., op. cit., p. 299.

²¹ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais/Introdução Geral*, p. 11.

²² *Ibidem*.

²³ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 15-49.

²⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., pp. 15-19.

²⁵ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 17.

²⁶ *Ibidem*.

*irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.»*²⁷ Esta ideia, que mais não é do que uma conceção jusnaturalista da dignidade humana, dava ao homem um poder de resistência e de revolução.²⁸ Esse poder de resistência advinha da natureza imutável dos direitos humanos enquanto direito natural. Como escreve Vieira de Andrade: «Os direitos fundamentais são, na sua dimensão natural, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica.»²⁹ Nesta dimensão filosófica de cariz naturalista, os direitos fundamentais são o resultado da interpretação divina do mundo, em que a razão humana funda o pensamento humanista na edificação de um Direito que é antecedente ao Direito positivo, cujo valor transcende a própria História, e justifica a posição central do homem face a tudo o resto com uma consciência axiológica supra-positiva do Direito natural.³⁰

Essa conceção ficou bem patente na *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de Agosto de 1789, onde se escreveu no Preâmbulo que: «...considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo pelos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem...». Note-se que, o termo *Declaração* reflete isso mesmo, quer dizer, a ideia de que os direitos fundamentais do homem não são criados ou constituídos por este, eles decorrem sim, da descoberta racional do homem, eles são pré-existentes, e o homem limita-se a compreendê-los e a enunciar-los. Esta *Declaração* é, pois, uma transposição dos direitos individuais do plano natural para o plano positivo através da *Razão Universal*.

Já na perspetiva “*estadual ou constitucional*”, a transposição da ideia de direitos fundamentais para o plano político deu-se, como é sabido, pelos instrumentos jurídico-políticos clássicos na evolução da natureza do Estado. Assim, destaca-se a *Magna Charta* de 1215, em que o Rei se obrigava a respeitar os direitos e liberdades dos súbditos; a *Petition of Right* de 1628; a *Abolition of Star Chamber* de 1641; o *Habeas Corpus Act* de 1679; e o *Bill of Rights* de 1689. Também, no que à transplantação do Direito inglês para as colónias diz respeito, se encontram instrumentos de proteção e afirmação dos direitos humanos: as declarações de direitos dos Estados da Virgínia, Pensilvânia e Maryland, todas de 1776, e, con-

²⁷ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, p. 22.

²⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 18.

²⁹ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 19.

³⁰ *Ibidem*.

sequentemente, a Constituição Federal de 1787, cujos primeiros aditamentos constituem o *Bill of Rights*.³¹

Estes instrumentos, e a *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão*, confluem numa concepção dos direitos fundamentais a dois níveis. Por um lado, refletem a ideia da separação de poderes, enquanto mecanismo de proteção contra os abusos naturais do poder. Por outro lado, não se trata agora de uma mera proclamação teórica dos direitos fundamentais, antes do mais, concebe-se neste período uma teoria da efetivação dos direitos humanos através da sua constitucionalização, enquanto documento hierarquicamente superior à lei.³² Tudo isto numa visão *juracionalista* dos direitos humanos.³³

Na visão “*universalista ou internacionalista*”³⁴, os direitos fundamentais surgem como traços inerentes à pessoa humana, tão desrespeitados nas duas Grandes Guerras. Isto, mais a experiência totalitária que se viveu no século XX, levou à criação de instrumentos internacionais para a proteção dos direitos humanos. A Carta das Nações Unidas elaborada em S. Francisco no ano de 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Homem assinada em Paris no ano de 1948, são os expoentes máximos desta concepção.³⁵

Na sua dimensão universal, os direitos fundamentais correspondem a uma visão unitária da dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos não são apenas uma pedra de toque individualista que se impõe a um determinado Estado respeitar.³⁶ A tutela interna dos direitos humanos passou a ser internacional, querendo com isto dizer que a própria legitimidade dos Estados decorre da sua conformidade com a dignidade humana reconhecida pelos vários povos, ou seja, pelo Direito internacional.

³¹ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 20-21; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 13 e ss; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 377 e ss. Também, sobre a evolução da teoria dos direitos fundamentais: REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, pp. 160 e ss.

³² VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 21-22; JOÃO MARIA TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Ensaio sobre a Inconstitucionalidade das Leis no Direito Português*, p. 3, *vide* também pp. 39-43 acerca da revolução francesa e dos seus princípios enformadores.

³³ Para uma explicação crítica da ligação entre direitos humanos e o conceito de direitos fundamentais: GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Teoria dei Diritti Fondamentali*, pp. 9-24 e pp. 83-126.

³⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 25.

³⁵ A que se juntam a *Convenção Americana dos Direitos do Homem* (1969); a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (1950) com os seus protocolos adicionais e sendo complementada pela *Carta Social Europeia* (1965); a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*; a *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* (1986); a *Declaração de Direitos Humanos no Islão* (1990); e a *Carta Árabe de Direitos Humanos* (2008).

Vide VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 25 e ss.

³⁶ RONALD DWORKIN, *Justiça para Ouriços*, pp. 340 e ss.

De tudo isto resulta que os direitos fundamentais são os direitos mais importantes das pessoas, na medida em que se adquirem estes direitos pelo simples facto de se ser pessoa humana.³⁷ Os direitos fundamentais³⁸ do homem, nas palavras de Guy Haarscher, «...constituem as protecções mínimas que permitem ao indivíduo viver uma vida digna desse nome, defendido das usurpações do arbítrio estatal (ou outro); são por conseguinte uma espécie de espaço «sagrado», intransponível, traçam à volta do indivíduo uma esfera privada e inviolável; em resumo, definem uma limitação (pelo menos no que respeita à «primeira geração» dos direitos do homem) dos poderes do Estado, à qual correspondem as chamadas «liberdades fundamentais» do indivíduo.»³⁹

Os direitos fundamentais são um reflexo da dignidade da pessoa humana, absorvendo os princípios fundamentais e estruturantes da relação do “ser com

³⁷ No pensamento de GUSTAV RADBRUCH, «...ser pessoa significa ser um fim em si mesmo. O homem não é pessoa enquanto ser vivente composto de corpo e alma, mas porque, segundo o ponto de vista da ordem jurídica, representa um fim em si mesmo.» (*Filosofia do Direito*, p. 192).

O conceito de pessoa humana (jurídica) pode ser reconduzido a uma de três formas espirituais ou filosóficas. Com base na tripartição de Radbruch, existem somente três classes de objetos que podem ser valorados: as personalidades humanas individuais; as personalidades humanas totais; e as obras humanas. Assim, são cognoscíveis os valores individuais, os valores coletivos e os valores das obras ou do trabalho. Com efeito, para a concepção *individualista*, os valores coletivos e as obras humanas estão ao serviço dos valores da personalidade, sendo que a cultura é apenas um meio para a formação pessoal, e o Estado e o Direito são meras instituições que prosseguem a segurança e a promoção dos indivíduos. A teoria *individualista* da pessoa entende que a realização do “*ser pessoa jurídica*” passa pela prossecução dos fins individuais de cada um.

A teoria *supra-individualista* sustenta que a realização da pessoa jurídica há-de passar por uma coletivização dos interesses ou dos fins que, de algum modo, transcende as finalidades individuais dos membros de uma comunidade. Para esta concepção, os valores coletivos estão posicionados acima dos valores da personalidade individual.

Já a para a visão *transpessoal*, os valores da personalidade e os valores coletivos estão subordinados aos valores da obra e do trabalho. Ser pessoa significa que os bens e as tarefas culturais, objetivas, devem prevalecer sobre o individualismo ou sobre os interesses coletivistas.

«Para a concepção *individualista*, o direito e o Estado são relações entre os indivíduos; para a *supra-individualista*, um todo sobre os indivíduos, e, para a *transpessoal*, relações comuns dos indivíduos com algo exterior a eles mesmos, o seu trabalho conjunto, a sua obra comum.» (GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, *op. cit.*, p. 84). Estamos, pois, perante diferentes expressões do conceito de pessoa jurídica – pessoa jurídica enquanto *liberdade* (*individualismo*); pessoa jurídica enquanto *nação* (*supra-individualismo*); e pessoa jurídica enquanto *cultura* (*concepção transpessoal*).

(GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, *op. cit.*, pp. 77-90 e 189-195).

³⁸ Para uma explicação desenvolvida da evolução histórica e das várias concepções de direitos fundamentais: JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...*, *op. cit.*, pp. 49-70; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 51-70. Sobre a função dos direitos fundamentais no moderno constitucionalismo *vide* FRANCESCO BILANCIA, *I Diritti Fondamentali come Conquiste Sovrastatali di Civiltà/Il Diritto di Proprietà nella CEDU*, pp. 207 e ss.

³⁹ GUY HAARSCHER, *A Filosofia dos Direitos do Homem*, p. 13.

o ser”, isto é, da relação entre a pessoa com a pessoa e da pessoa com o Estado, enquanto comunidade.

Estes direitos transportam consigo os valores éticos que agregam e integram a pessoa na comunidade, formando os limites “*transcendentes do próprio poder constituinte material*”.⁴⁰

Os direitos fundamentais não se identificam, necessariamente, com o Direito natural. Eles carecem de ser positivados na lei fundamental que é a Constituição.^{41 42} Mas, eles constituem o núcleo dos valores éticos pelos quais a sociedade humana se guia. Eles são os vasos comunicantes entre o domínio valorativo e o domínio da positividade. Eles fundam a própria natureza do Estado.

Os direitos fundamentais podem ser entendidos em dois sentidos – o formal e o material.⁴³ No seu sentido formal, os direitos fundamentais resultam das normas de direitos fundamentais que os estatuem. São as prescrições que resultam das disposições normativas, normalmente fazendo parte do catálogo constitucional.⁴⁴ No seu sentido material, os direitos fundamentais são os direitos ou posições jurídicas inerentes à ideia de pessoa humana, no sentido da dignidade da mesma.⁴⁵ Constituem, pois, os direitos mais básicos inseparáveis da condição humana, aqueles sem os quais uma pessoa não se realiza enquanto pessoa humana.⁴⁶

No pensamento de Vieira de Andrade, os direitos fundamentais incorporam três ideias fundamentais: a ideia de *acumulação* (em cada momento histórico se formam novos direitos)⁴⁷; a ideia de *variedade* (a complexidade dos direitos fundamentais atribui-lhes uma estrutura não uniforme, sendo diferenciados em razão da sua dimensão normativa)⁴⁸; e finalmente, a ideia de *abertura* (o catálogo dos direitos fundamentais não esgota o conteúdo dos mesmos, sendo que,

⁴⁰ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...*, op. cit., p. 15.

⁴¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...*, op. cit., pp. 12-16.

⁴² Na visão kelseniana, explicando a lei fundamental norte-americana, os direitos fundamentais não expressamente positivados decorrem de uma atribuição indireta da própria Constituição que permite aos órgãos aplicadores do Direito estatuir direitos não expressamente previstos pela lei fundamental. Não há, pois, direitos para além daqueles que estão positivados, direta ou indiretamente positivados. (HANS Kelsen, *General Theory of Law and State*, pp. 266-267; vide também *Teoria Geral do Estado*, pp. 79-81).

⁴³ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...*, op. cit., p. 9.

⁴⁴ ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 19 e ss.

⁴⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...*, op. cit., p. 12.

⁴⁶ LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, p. 32.

⁴⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 67.

⁴⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 68.

podem existir faculdades ou imposições implícitas, e a dimensão normativa dos direitos fundamentais aponta para a necessidade de estes se irem adaptando à necessidade de resposta contra as agressões e ameaças próprias de cada época histórica)⁴⁹.

Enquanto direitos, estes não se esgotam numa mera perspetiva subjetivista, quer dizer, não são apenas direitos subjetivos.⁵⁰ Estes contêm, para além da natureza de direitos subjetivos, uma dimensão objetiva, isto é, os direitos fundamentais revelam uma natureza valorativa ou institucional.⁵¹ Antes de serem direitos subjetivos, são valores instituídos na estrutura definitória do próprio Estado, enquanto sedimento da integração da comunidade no seu projeto comum.⁵²

2.1. *A norma de direito fundamental e o enunciado da norma de direito fundamental*

A norma de direito fundamental e o enunciado de norma de direito fundamental são conceitos distintos. O texto⁵³ da norma de direito fundamental

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Para uma construção da teoria dos direitos fundamentais na base dos direitos subjetivos: ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, pp. 111 e ss.

⁵¹ Para utilizar as palavras do Professor JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO (*Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 26).

⁵² Sobre a dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais: JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, pp. 59 e ss; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 107-159; ISABEL MOREIRA, *A Solução dos Direitos Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, pp. 66-69. Sobre os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos fundamentais: JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, Vol. II (A Construção Dogmática)*, pp. 50-80.

Para uma exposição do conceito de direito fundamental por relação a outros conceitos jurídicos: JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV...*, *op. cit.*, pp. 70-93.

⁵³ GOMES CANOTILHO define o texto normativo como: «...qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa, sendo por isso, identificável, *prima facie*, como «fonte de direito» num determinado sistema jurídico. Neste sentido, diz-se que um «texto normativo» (uma «fonte de direito») é um conjunto de enunciados do discurso prescritivo. Discurso prescritivo (normativo, preceptivo, directivo) é o discurso criado para modificar o comportamento dos homens.» (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1202).

O texto normativo não pode ser reconduzido ao conceito de fonte do Direito. A fonte do Direito há-de ser o critério jurídico que determina os modos de produção normativa. O texto normativo, simplesmente, é a forma de revelação da norma. Nada contém, o texto normativo, que possa ser conectado com o fundamento de produção normativa. O critério de produção de normas, claro

é o «...conjunto linguístico donde é possível extrair o comando normativo.»⁵⁴ Como o enunciado linguístico da norma de direito fundamental é construído com recurso à linguagem, este pode ser formulado de diversas formas, sem que esse aspeto altere o verdadeiro sentido prescritivo da norma constitucional. Daí decorre que, por exemplo, a norma de direito fundamental pode ser expressa sob a forma de reconhecimento ou criação de um direito, ou através da imposição de uma obrigação (positiva ou negativa). No caso português, existem normas de direitos fundamentais cujos enunciados se expressam da seguinte maneira: “todos têm o direito...”; “a todos são reconhecidos os direitos...”; “a vida humana é inviolável”; “ninguém pode ser submetido a...”; “incumbe ao Estado, para proteção de...”^{55_56}

está, só pode querer reportar-se ao fundamento de validade das normas. Se se admitisse tal conexão, existiriam tantas normas quantos os seus enunciados. Para além disso, se o texto da norma fosse a fonte da própria norma, então o critério de validade das normas residiria, por esse modo, no próprio texto das mesmas. Assim, a validade de uma norma jurídica decorreria da sua enunciação, o que levaria, por esse modo, a afirmar que uma norma é válida se for conhecida através da sua formulação linguística. Como facilmente se compreenderá, o fundamento de validade de uma norma só poderá recair sobre o ato do qual ela emanou. A fonte do Direito nada tem que ver com a sua formulação linguística, enunciativa. Tem sim, que ver com o reconhecimento ou não da autoridade jurídica da entidade que produziu o ato normativo, caso contrário, bastaria que um qualquer sujeito formulasse um enunciado normativo para que o conteúdo do mesmo se tornasse vinculante, pois o texto prescritivo seria a fonte normativa.

A intelecção do significado preciso de um sentido ordenador nada tem de relacional com o seu fundamento de juridicidade.

⁵⁴ JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, op. cit., p. 52, nota 36. Sobre a diferença entre enunciado normativo e norma de direito fundamental vide, também, do mesmo autor: *Direitos Sociais/Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, p. 45.

⁵⁵ JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, op. cit., p. 53.

⁵⁶ A linguagem do Direito tem dado azo a uma grande discussão filosófica acerca da própria natureza do Direito (enquanto linguagem). Quando se reporta à linguagem e ao Direito, é possível fazê-lo em três aceções diferentes: a linguagem (*langue/parole*) do Direito, enquanto linguística jurídica, no sentido da linguagem jurídica como objeto das várias disciplinas linguísticas, tais como, a semântica, a sintaxe, a hermenêutica; o Direito da linguagem, como o conjunto de regras sobre a utilização dos conceitos jurídicos (não estando, portanto, em causa o rigor semântico-constutivo dos símbolos linguísticos, mas sim, o uso de conceitos específicos do Direito, ao nível dos seus preceitos, tais como o conceito de usucapião, mora, culpa, etc.); e por fim, poder-se-á falar do Direito enquanto linguagem, no sentido da “não transcendentalidade” do Direito enquanto fenómeno puramente linguístico, querendo isto dizer que o jurista, no âmbito da sua atividade (legislador, juiz, professor), jamais ultrapassará os limites da própria linguagem.

Sobre este ponto: TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Teoria da Norma Jurídica /Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa*, pp. 5-10, especificamente p. 6.

A não confusão entre o texto da norma⁵⁷ e a própria norma leva a que possam existir discrepâncias entre o significado e o significante. Dado que a linguagem contém uma simbologia própria, muito apoiada nas relações de significação que os homens usam para comunicar entre si, o próprio Direito realça essas mesmas relações de significação. Sendo certo que a linguagem humana é incerta, isto é, pode nalguns casos levantar dúvidas ao nível do seu uso, ou da sua relação de significação, o próprio Direito se torna incerto.⁵⁸ Incerto na medida em que, ao jurista cabe a tarefa de descodificar o verdadeiro sentido normativo, com todas as dificuldades que a tarefa impõe, e que são reconhecidas pela comunidade jurídica. Isto só traz a lume a necessária dificuldade em estabelecer uma relação de significação ao nível das normas de direitos fundamentais. Como estas fazem parte do Direito, do sistema jurídico, não ficam imunes à complexidade existencial e normativamente estrutural do processo de compreensão e aplicação das prescrições.⁵⁹

3. Os direitos fundamentais e os direitos humanos

O conceito de direito fundamental não coincide necessariamente com o conceito de direito do homem. Os direitos humanos correspondem às situações jurídicas que são comuns a todos os povos.⁶⁰⁻⁶¹ São direitos reconhecidos pela ordem jurídica internacional.⁶²

Já os direitos fundamentais constituem o núcleo de proteção jurídica essencial à preservação da vida em comunidade, ou seja, na vida e subsistência do próprio Estado. Embora não exista uma identificação dos direitos fundamentais

⁵⁷ Sobre o enunciado normativo e norma, no âmbito da interpretação jurídica e da teoria da significação, *vide*: CASTANHEIRA NEVES, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, I, pp. 159-166.

⁵⁸ A relação semântica entre significante e significado não quer dizer, como é evidente, que se aceite o conceito semântico de norma jurídica proposto por ROBERT ALEXY. (*A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, pp. 33 e ss).

⁵⁹ Sobre as relações entre norma e disposição *vide*: GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 1204 e ss. E, para uma análise crítica da construção de GOMES CANOTILHO, no âmbito teórico, *vide* o meu trabalho: *Justiça, Constituição & Direito*, pp. 315 e ss.

⁶⁰ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais...*, *op. cit.*, p. 35.

⁶¹ Para uma fundamentação da origem dos direitos humanos *vide* GUY HAARSCHER, *Filosofia dos Direitos do Homem*, *op. cit.*, pp. 13-28; CHAÏM PERELMAN, *Ética e Direito*, pp. 360-366; e numa perspectiva teórica *vide* MARIA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS, *La Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 76 e ss; ANTONIO ENRIQUE PEREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, pp. 21 e ss.

⁶² *Ibidem*.

com os direitos humanos⁶³, é certo que estes, pelo menos no sistema português, desempenham um papel determinante, quer ao nível da interpretação das normas constitucionais (artigo 16.º, n.º 2 da CRP), quer ao nível da sua integração, ou melhor, da integração dos seus preceitos.

Os direitos humanos implicam um certo tratamento da pessoa humana. São direitos inerentes à qualidade de se ser pessoa, derivam do reconhecimento da dignidade humana, enquanto valor inegável, universal, e contingente com o respeito do ser humano na sua qualidade de ser livre, autónomo e responsável.⁶⁴ E, no plano jurídico, agir como pessoa e tratar os outros como pessoas significa «...atribuir-lhes os bens que lhes são devidos como objecto da justiça (isto é, os seus direitos), a começar pelos bens básicos, inerentes à natureza e dignidade pessoais do titular (direitos naturais/humanos/fundamentais).»⁶⁵

Assim, pelo menos no sistema português, pode dizer-se que os direitos fundamentais encontram-se ligados aos direitos humanos no sentido em que estes se reportam a valores supremos, ambos primando pela fundamentalidade, e ambos visando defender e promover a dignidade da pessoa humana.⁶⁶ O Direito português adotou, por conseguinte, o conceito de dignidade da pessoa humana como o princípio fundamental da construção do Estado (artigo 1.º da CRP).

Não constitui objeto deste trabalho uma análise profunda sobre os direitos humanos, todavia faz pleno sentido, no âmbito do direito à alimentação, no que à sua fundamentalidade diz respeito, começar por explicar brevemente que a sua razão de ser decorre do facto de que, à natureza do homem corresponde inevitavelmente o elemento de sobrevivência, desenvolvimento, e bem-estar.

Esta ideia parece tão evidente que quase não merece labor científico por parte da ciência jurídica. E, note-se que, no caso português, a Constituição não estatui expressamente o direito à alimentação, podendo questionar-se a fonte jurídica de tal direito. A resposta a esta questão não poderá ser desvirtuada do contexto e da natureza da própria Constituição, enquanto instrumento valorativo e normativo subordinado ao princípio estrutural do Estado, que é o *princípio da dignidade da pessoa humana*. A resposta científica à questão da fonte

⁶³ E, também não existe uma ligação necessária entre os direitos humanos e a própria Democracia. Sobre este ponto: JEAN-FRANÇOIS KERVÉGAN, “Democracia e Direitos Humanos”, in *Direito e Legitimidade/Escritos em Homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por Ocasão de Seu Decanato como Professor Titular da Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG*, pp. 115-125.

⁶⁴ CHAÍM PERELMAN, *Ética e Direito*, op. cit., p. 360.

⁶⁵ BIGOTTE CHORÃO, “Nótula sobre a Fundamentação dos Direitos Humanos”, in *Direitos Humanos*, p. 93.

⁶⁶ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais...*, op. cit., p. 36.

jurídica do direito à alimentação decorrerá, pois, de uma inserção metodológica englobante dos preceitos constitucionais face aos direitos humano, sistema fundamental no qual a Constituição se funda, pelo menos axiologicamente.

4. A natureza constitucional do direito à alimentação

De acordo com a Constituição portuguesa, Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º).⁶⁷ A dignidade da pessoa humana é o fundamento primordial dos direitos fundamentais que, por sua vez, constituem a estrutura constitucional, no que à ideia de Direito justo diz respeito.⁶⁸

Na sua amplitude, a ideia de dignidade da pessoa humana implica que o Estado português faça da pessoa o «...*fundamento e fim da sociedade e do Estado.*»⁶⁹ Quer dizer, nas várias atuações do Estado, este deve ter sempre presente que o seu próprio fundamento reside na prossecução da maior dignidade possível para os seus cidadãos. Não basta ao Estado garantir uma vida meramente existencial⁷⁰, importará, pois, preservar e melhorar uma vida condigna de todos os membros da comunidade (nacionais ou estrangeiros).

A Constituição portuguesa procurou, pois, sedimentar uma visão humanista e personalista no texto fundamental, traço esse marcante na ideia de Direito que está plasmada na Constituição.⁷¹ A dignidade da pessoa humana constitui a unidade de sentido da própria Constituição, unidade essa que está presente na própria metódica dos direitos fundamentais.⁷²

⁶⁷ Outras manifestações expressas nas normas constitucionais portuguesas podem ser encontradas nos artigos 13.º, n.º 1; 26.º, n.º 2; 67.º, n.º 2, alínea e).

⁶⁸ Embora, historicamente, não possa conceber-se uma relação necessária entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. (Assim: JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 215 e ss; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, anotação ao artigo 1.º (anotação de ANTÓNIO CORTÊS e JORGE MIRANDA); JORGE MIRANDA, “A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Vol. I, p. 933).

⁶⁹ JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 219.

⁷⁰ FRANCIS DELPÉRÉE, “O Direito à Dignidade Humana”, in *Direito Constitucional/Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, p. 152.

⁷¹ JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, in *Direito Constitucional/Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, p. 191.

⁷² VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 254-255. *Vide*, também, as pp. 93-106, sobre a unidade de sentido dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. Também, sobre a unidade dos direitos fundamentais e a sua relação com o princípio

A dignidade da pessoa humana reflete, desta forma, a ideia de que a pessoa humana está no centro da comunidade e do Direito. Quer dizer, o Estado existe pela pessoa e para a pessoa. Na concepção Kantiana, ter dignidade significa estar acima de qualquer preço, significa que a pessoa deve ser tida como um fim em si mesmo, ou seja, dever-se-á tratar a pessoa da forma que melhor realize a sua condição de pessoa, e não como um mero instrumento para a obtenção de um propósito.⁷³

Assim, no centro da Constituição portuguesa, inspirada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aparece o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁴ Como princípio estruturante que é, aplica-se, necessariamente, em todas as situações. É um princípio que se contradiz a si mesmo, na medida em que não colide com outros princípios, não está, sequer, dependente das condições fácticas ou empíricas para ser efetivado, nem está sujeito a qualquer tipo de relação de implicação com outros princípios de Direito como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade. Quer isto dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é supremo, não pode ser preterido por outro qualquer princípio, uma vez que os restantes princípios jurídicos encontram o seu fundamento na própria ideia de dignidade da pessoa humana.⁷⁵ O princípio

da dignidade da pessoa humana: JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 306 e ss.

⁷³ Como bem explica JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 64-67.

⁷⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. L, n.ºs 1 e 2, pp. 9 e ss.

⁷⁵ Em sentido contrário encontra-se ROBERT ALEXY. O autor alemão sustenta a necessidade de conceber o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio igual aos outros, ou seja, suscetível de entrar em relações de colisão. No pensamento de ROBERT ALEXY, a construção do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio absoluto, imporia a desconstrução do próprio conceito de princípio, pois existiria, pelo menos, um princípio que não estaria limitado pelas condições fácticas, nem pelas condições jurídicas de aplicação. Assim sendo, o autor alemão concebe o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio igual aos outros, podendo entrar em rota de colisão com outros princípios e podendo mesmo ser preterido por outros princípios jurídicos. Uma vez colidindo com outros princípios, as condições que determinam a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre outros princípios correspondem ao conteúdo da regra da dignidade da pessoa humana. Essa regra da dignidade da pessoa humana é que é absoluta, e não o princípio do qual ela deriva. Assim sendo, a dignidade da pessoa humana corresponde a uma regra e a um princípio. (ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, pp. 62-64).

Talvez o princípio da dignidade da pessoa humana possa ser tido como o conteúdo mínimo de cada direito jusfundamental individualmente considerado. Conceber a dignidade humana como uma regra absoluta permite que essa regra seja desaplicada em virtude de regras excepcionais ou especiais, o que pode pôr em causa a concretização da dignidade humana. Conceptualmente, até se pode entender que o princípio da dignidade da pessoa humana possa ser preterido por outro

da dignidade da pessoa humana é o princípio dos princípios.⁷⁶ Como tal, a dignidade humana constitui um direito a ter direitos, uma restrição às restrições⁷⁷, o pressuposto do Estado de Direito.

A dignidade da pessoa humana projeta-se na estruturação dos direitos fundamentais, dando-lhes um sentido ordenador e direcionando-os para a concretização do modelo de justiça aceite pela comunidade.

Para além de ser um princípio estruturante, a dignidade humana funciona, também, como um princípio regulador⁷⁸ (hermenêutico), e de integração. As normas constitucionais devem ser interpretadas da forma que melhor concretize a ideia de dignidade das pessoas, e poderá essa mesma ideia de dignidade humana atuar como parâmetro de harmonização ou sopesagem aquando das colisões entre princípios.

É, pois, um princípio humanista que reflete uma ideia personalista de justiça na construção do Estado de Direito⁷⁹ português. A dignidade da pessoa

princípio. Mas então, que princípio seria esse? E, será que esse princípio ou princípios não se fundariam, também, no próprio princípio da dignidade da pessoa humana? É muito difícil aceitar que num Estado de Direito Democrático, o princípio da dignidade da pessoa humana não seja um princípio absoluto, pois é ele que funda, axiologicamente, todos os outros princípios e direitos jusfundamentais.

Alexy dá como exemplo o caso de prisão perpétua. No seu entender, a não libertação de um recluso, quando este pode pôr em perigo a sociedade, põe em causa a dignidade humana, mas o princípio da proteção da sociedade civil prevalece sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo, por essa forma, a condenação de um sujeito a prisão perpétua. Ora, Alexy parece esquecer que o princípio da dignidade da pessoa humana pode servir como fundamento de restrições a direitos jusfundamentais – tais como, por exemplo, o direito à liberdade. A ideia de que a privação da liberdade de alguém (para garantir a segurança da sociedade) é um caso de colisão do princípio da dignidade da pessoa humana com o princípio da segurança da sociedade é um mal entendido. Pois, a própria segurança ou proteção da sociedade derivam ou são uma concretização da própria ideia de dignidade da pessoa humana. Onde não existe segurança, dificilmente existirá uma vida digna. Por isso, o exemplo dado pelo autor alemão não é mais do que um sopesamento entre bens jurídicos igualmente tutelados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e não um tipo de confronto principiológico envolvendo a dignidade da pessoa humana com outros princípios.

⁷⁶ Com um pensamento semelhante: JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, *in* *Direito Constitucional/Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, p. 192. Defendendo a dignidade da pessoa humana como o fundamento para princípios: JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, *Vól. II*, *op. cit.*, p. 279.

⁷⁷ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O Discurso dos Direitos*, p. 48.

⁷⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 103; JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, p. 52.

⁷⁹ Sobre a humanidade enquanto pilar do Estado Constitucional: PETER HÄBERLE, “A Humanidade como Valor Básico do Estado Constitucional”, *in* *Direito e Legitimidade/Escritos em Homenagem ao*

humana sintetiza a «antropologia constitucional do Estado de Direito»⁸⁰, é o corolário da conceção da pessoa como sendo portadora de uma dignidade que deve ser protegida. É o *ethos* do Estado de Direito.^{81 82}

O princípio da dignidade da pessoa humana projeta-se no ordenamento jurídico português no sentido de determinar que a pessoa humana tem direito a uma vida condigna, saudável, estruturada nas relações afetivas e sociais, e com respeito pela sua honra. Assim, não basta, simplesmente, viver. Não é esse, certamente, o escopo do princípio da dignidade da pessoa humana. Ter dignidade significa, pelo menos nos modernos Estados constitucionais, ser objeto de respeito⁸³, respeito pela liberdade individual⁸⁴ e respeito pela dimensão humana de cada pessoa. É-se digno porque se é pessoa.⁸⁵

Assim, a projeção *mor* do direito à dignidade consiste na estatuição do direito à vida.⁸⁶ Mas não uma vida qualquer. Viver com dignidade implica viver numa lógica de autorrealização⁸⁷ e heterorrealização. Quer dizer, viver com dignidade é viver com respeito por si próprio e pelos outros, é viver em comunidade, no sentido em que a realização de cada pessoa implica a realização da comunidade enquanto coletividade. Significa que existe um dever de cada um para com a comunidade, e um dever recíproco da comunidade para com os

Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por Ocasão de Seu Decanato como Professor Titular da Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG, pp. 53–66.

⁸⁰ MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República/Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, p. 162; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 225.

⁸¹ MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República...*, *op. cit.*, p. 163; JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais...*, *op. cit.*, p. 52.

⁸² A dignidade humana não consta apenas do texto português. É o fundamento da ordem jurídica internacional, bem como de vários Estados. Assim, a expressão – dignidade da pessoa humana – encontra-se, por exemplo, no artigo 1.º, n.º 1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha; no artigo 1.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem; no Preâmbulo do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais; no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas; ou no artigo 10.º da Constituição da África do Sul.

⁸³ A aceitação da dignidade da pessoa humana implica que a pessoa não seja vista como um objeto, ou seja, que não seja “coisificada” pelo Estado. (ISABEL MOREIRA, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, *op. cit.*, pp. 126–127).

⁸⁴ VIEIRA DE ANDRADE, “O “Direito ao Mínimo de Existência Condigna” como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional”, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02”, *Jurisprudência Constitucional*, N.º 1, Janeiro/Março de 2004.

⁸⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Vol. II, pp. 52–53.

⁸⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 97–98.

⁸⁷ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 225.

indivíduos. Desta tensão social nasce uma espécie de cordão umbilical em que a dignidade humana se projeta. E, como a comunidade está organizada num Estado, incumbe-lhe, por isso mesmo, levar a cabo a funções essenciais para concretizar a vida em comunidade, ou seja, o bem-estar social.⁸⁸ Desta forma, as funções de um Estado constitucional (garantir a segurança, a igualdade, a liberdade, saúde, etc.) são as projeções⁸⁹ da vida digna, quer dizer, da vida com dignidade.

E, depois destas considerações breves sobre a dignidade humana, cabe perguntar qual é a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana no direito à alimentação?

Esta questão parece ser demasiado evidente.⁹⁰ Daí a dificuldade em encontrar autores que teorizem sobre o direito à alimentação, enquanto projeção do princípio da dignidade da pessoa humana. Como se disse anteriormente, o Homem não pode viver sem se alimentar. É algo que, como se viu, faz parte do direito natural, ou seja, do conteúdo mínimo essencial para que o Homem viva, e viva em sociedade. A dignidade humana concretiza-se em dois pontos fundamentais no direito fundamental à alimentação: o direito à alimentação como parte integrante do direito à vida (nas palavras de Adriano de Cupis, «*Indubbiamente, l'obbligo degli alimenti è stabilito in vista della protezione della vita umana...*»)⁹¹; e o direito à alimentação no âmbito da liberdade individual.

⁸⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., p. 52.

⁸⁹ Sobre as várias projeções do princípio da dignidade da pessoa humana: JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, op. cit., pp. 221 e ss.

⁹⁰ A essencialidade da alimentação para a vida dos homens, e consequentemente, para a vida do próprio Estado, uma vez que não existe Estado sem homens, ficou bem patente na obra clássica de THOMAS HOBBS – *Leviatã* –, na qual (capítulo XXIV) o autor escreveu o seguinte: «*A nutrição de um Estado consiste na abundância e na distribuição dos materiais necessários à vida; no seu acondicionamento e preparação e, uma vez acondicionados, na sua entrega para uso público, através de canais adequados.*

Quanto à abundância de matéria, é uma coisa limitada por natureza àqueles bens que, por intermédio da terra e do mar (os dois peitos da nossa mãe comum), Deus geralmente ou dá de graça ou em troca do trabalho dos homens. Dado que a matéria dessa nutrição consiste em animais, vegetais e minerais, Deus colocou-os generosamente ao nosso alcance, à superfície da terra ou perto dela, de modo tal que não é preciso mais do que trabalho e esforço para os colher. A tal ponto a abundância depende simplesmente (a seguir ao favor de Deus) do trabalho e esforço dos homens.» (Thomas Hobbes, *Leviatã*, Capítulo XXIV, “*Da Nutrição e Procriação de um Estado*”, p. 203). Vide, também, HIPÓCRATES, *Tratados Hipocráticos, (Sobre el Alimento)*, Vol. III, pp. 249-261; e ARISTÓTELES, *Tratado da Política, (Capítulo II – Da Propriedade e dos Meios de a Adquirir)*, pp. 18-20, e *Ética a Nicómaco, Livro I, (Capítulo XII, 1102b1)*.

⁹¹ ADRIANO DE CUPIS, *I Diritti della Personalità*, p. 58. No mesmo sentido, ou seja, com uma fundamentação do direito à alimentação como um direito de personalidade materializado no direito a um mínimo de existência condigna: VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 374; e MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito da Alimentação*, p. 52.

A dignidade da pessoa humana, no âmbito económico-social, implica uma supremacia do *ser* relativamente ao *ter*; significa isto que o legislador pode diminuir a propriedade de alguns para garantir a existência de outros, através da criação e sustentação de um Estado social projetado para a garantia de uma vida condigna e com o mínimo de bem-estar a que uma pessoa tem direito, pelo simples facto de ser pessoa. O princípio da dignidade da pessoa humana implica um direito a uma existência condigna, ou se se preferir, a um mínimo de subsistência.⁹² Esta, como bem sustentam António Cortês e Jorge Miranda, desdobra-se em duas dimensões: (i) na dimensão negativa, o Estado não pode restringir o núcleo fundamental de direitos que ponham em causa a própria subsistência da pessoa, tais como a garantia de um salário (ou seja, a impenhorabilidade do salário mínimo ou parte do salário e da pensão que afete a sobrevivência)⁹³, ou a não sujeição a imposto sobre o rendimento pessoal de quem tenha rendimento mínimo; (ii) na dimensão positiva, o Estado deve atribuir prestações pecuniárias a quem se encontre em situação abaixo do limiar da sobrevivência.⁹⁴ Ora, para que esse mínimo de subsistência se efetive, para além dos direitos à saúde, à segurança social, ao trabalho, à habitação, a um

⁹² Como o próprio Tribunal Constitucional afirmou: «Daqui se pode retirar que o princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1.º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de Direito democrático, consignado no seu artigo 2.º, e ainda afluído no seu artigo 63.º, n.ºs 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social, a proteção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna.» (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02, sendo o relator o Conselheiro Luís Nunes de Almeida, disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

Neste acórdão, o Tribunal Constitucional concebeu o conteúdo mínimo do direito a uma existência condigna, não apenas na vertente de direito negativo, mas também, enquanto direito subjetivo positivo a uma prestação do próprio Estado. Construção essa, decorrente da objetivação do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de este princípio impor ao Estado a manutenção das prestações materiais destinadas a assegurar o mínimo de existência condigna, enquanto garantia positiva da dignidade humana, garantia essa que deverá prevalecer independentemente das constrições financeiras por que o Estado possa atravessar. É importante a leitura das palavras de VIEIRA DE ANDRADE sobre esta decisão: VIEIRA DE ANDRADE, “O “Direito ao Mínimo de Existência Condigna” como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional”, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02”, *Jurisprudência Constitucional*, N.º 1, Janeiro/Março de 2004. Vide, também, ISABEL MOREIRA, *A Solução dos Direitos...*, op. cit., pp. 141 e ss. e JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., pp. 67-68.

⁹³ Vide o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 349/91.

⁹⁴ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, op. cit., anotação ao artigo 1.º (anotação de ANTÓNIO CORTÊS e JORGE MIRANDA).

rendimento mínimo, é também necessário um direito efetivo à alimentação.⁹⁵ Tal direito pode não estar expresso na Constituição portuguesa, mas resulta necessariamente dos seus princípios fundadores (dignidade da pessoa humana, direito à vida, direito à liberdade), bem como da matriz humanista da Constituição, presente na sua inspiração na Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo artigo 25.º, n.º 1 determina: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.”

Por isso, a afirmação do direito à alimentação resulta de vários preceitos constitucionais (dignidade da pessoa humana, direito à vida, direito de liberdade), interpretados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16.º, n.º 2 da Constituição portuguesa). Harmonia imposta pela própria Constituição no processo de concretização e delimitação das normas jusfundamentais, a começar pela «...*delimitação do âmbito de proteção de cada direito fundamental...*».⁹⁶

Essa concretização depende, como é fácil de compreender, de vários fatores, tais como o contexto económico e social, os recursos naturais do Estado, os processos de produção e importação de bens alimentares, a higiene alimentar, educação alimentar e os hábitos alimentares (também na sua dimensão histórica e cultural).⁹⁷

Todavia, não é tão relevante definir conceitos, não é, pois, o âmago deste trabalho subsumir o direito à alimentação num específico direito fundamental. Pois tal seria incorreto, desde logo, como se explicou (com base na diferença entre enunciado normativo constitucional e norma de direito constitucional), os enunciados normativos encerram possibilidades de absorção que estão para além das próprias palavras. A fundamentalidade do direito à alimentação é tão evidente, que não importa, sequer, defini-lo ou incorporá-lo num único e específico direito fundamental.⁹⁸ O que importa é tentar compreender algu-

⁹⁵ Como explica MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito da Alimentação*, *op. cit.*, p. 52.

⁹⁶ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 375.

⁹⁷ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito da Alimentação*, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁸ Note-se que a Constituição portuguesa nem sequer contém uma norma jusfundamental específica para o direito à alimentação, ao contrário, por exemplo, da Constituição brasileira, que expressamente prevê o direito à alimentação (artigo 6.º, emenda constitucional n.º 64, de 4 de Fevereiro de 2010 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988).

mas das irradiações que esse direito manifesta na atuação do Estado e no seu confronto com outros direitos fundamentais. Esse é, pois, o objetivo dos pontos que se seguem.

4.1. *O direito à alimentação como manifestação do direito à vida*

O direito fundamental à vida é a manifestação mais evidente e importante do princípio da dignidade da pessoa humana. E é-o, desde logo, porque viver é a forma mais elementar de concretizar a dignidade humana. Seria, porém, uma demonstração de leviandade considerar a vida como pressuposto da dignidade humana. Esta goza de proteção, por exemplo, já depois de a pessoa falecer, quer a nível civil, quer a nível penal. Também se tutela a dignidade ainda quando a vida é intra-uterina. Por isso, não se identificando a vida com a dignidade, e sem se poder avançar mais neste aspeto, muito debatido⁹⁹, dir-se-á que a vida humana, ou seja, o direito a viver, é talvez o direito mais importante que deriva da conceção da dignidade da pessoa humana.

Como a vida humana encontra o seu suporte nas características biológicas do homem, e como o homem necessita de nutrição, ou seja, alimento para viver, a alimentação ganha um papel decisivo na possibilidade de concretização do direito à vida.

Todavia, algumas questões fundamentais poderão ser colocadas quando esse mesmo direito é posto em causa através do exercício de outros direitos fundamentais. O exercício do direito à liberdade é disso um exemplo. Pense-se no caso de uma pessoa que pretende manifestar-se com recurso à greve de fome.¹⁰⁰ Poderá o direito à alimentação, enquanto concretização do direito à vida, prevalecer no caso da greve de fome? E uma pessoa poderá ser forçada a alimentar-se, sem que isso afete o núcleo da sua esfera de liberdade individual?

O direito geral de liberdade que decorre do artigo 27.º, n.º 1 da Constituição portuguesa atribui uma faculdade genérica de atuação no seio individual e social a cada indivíduo. Esse direito à liberdade funda-se numa conceção personalista de que a dignidade de cada pessoa humana implica uma dimensão de realização individual, ou seja, do domínio do ser. Ser alguém ou ser alguma

⁹⁹ Entre tantos, JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, op. cit., Anotação ao artigo 24* (anotação de RUI MEDEIROS e JORGE PEREIRA DA SILVA).

¹⁰⁰ Tratando a greve de fome como uma renúncia a um direito (o direito à vida), e não como um exercício de um direito: JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a Direitos Fundamentais”, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976, Vol. I*, p. 272.

coisa significa que se tem uma faculdade de escolha, de tomar opções, e de escolher um determinado caminho no seio da vivência em comunidade.

Claro está que, o direito à liberdade, para ser verdadeiramente efetivado, tem de ser limitado. Se fosse um direito absoluto, então seria um direito irrealizável. Isto significa que o direito à liberdade de cada um cede perante o direito à liberdade de outro. Mas, esse outro não tem de ser um indivíduo isolado. Os direitos fundamentais não são apenas direitos de liberdade individuais. Uma sociedade não é um conjunto de seres isolados no seu agir. Uma sociedade é um sistema intersubjetivo de relações humanas. Daqui decorre que numa sociedade não existem apenas consciências isoladas, mas sim, uma consciência coletiva em torno dos valores que a fundam. Talvez por isso, a Constituição Portuguesa fale em direitos e deveres fundamentais¹⁰¹ na parte I, que engloba princípios gerais, direitos de liberdade, e direitos sociais.

Isto quer dizer que existe um compromisso entre o direito fundamental e o dever fundamental da cada pessoa. Ninguém tem, nem pode ter, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, uma esfera de proteção contra qualquer intervenção do Estado na sua vida, se a realização da sua vida implicar uma negação dos deveres fundamentais consagrados enquanto elemento definidor da própria natureza do Estado. Esses deveres fundamentais correspondem aos valores essenciais que a comunidade adotou, e que fundam e explicam o conteúdo do seu Direito.

Assim sendo, a comunidade portuguesa escolheu o valor dignidade e o valor vida como matrizes ordenadoras da convivência social, ao lado de outros valores, como o direito à liberdade.

Numa greve de fome, está em causa o exercício do direito à liberdade. A pessoa que faz greve de fome pretende marcar uma determinada posição social, seja num protesto político contra uma determinada medida, seja contra determinada atuação na sua esfera, por exemplo, a falta de condições de um determinado estabelecimento prisional.

Está em causa, portanto, uma manifestação da liberdade de disposição do próprio corpo como arma de luta ou de protesto.¹⁰² A greve de fome, como explicam Rui Medeiros e Jorge Pereira da Silva¹⁰³, afeta diretamente o direito

¹⁰¹ Como realça OLIVEIRA ASCENSÃO, “Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. L, n.ºs 1 e 2, pp. 9 e ss.

¹⁰² Sobre a problemática da greve de fome, enquanto direito de liberdade de disposição do próprio corpo: LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo/(A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*, pp. 708 e ss.

¹⁰³ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., Anotação ao artigo 24 (anotação de RUI MEDEIROS e JORGE PEREIRA DA SILVA).

à integridade física (artigo 25.º da CRP) e o direito à saúde (artigo 64.º do CRP). O direito à própria vida é posto em causa nos casos extremos, em que o grevista, pela sua recusa em se alimentar, aceita a consequência inevitável da morte. Normalmente, o grevista pretende atingir outros objetivos, que não a morte. Mas, nos casos em que a morte é uma consequência da conduta do grevista, ou seja, nos casos em que a greve de fome atinge um estado tal, que se concretiza num perigo iminente para a vida deste, a alimentação forçada resulta admissível à luz do direito à vida.¹⁰⁴

No Direito português, a possibilidade de alimentação forçada está prevista no artigo 35.º, n.º 3 da Lei n.º 115/ 2009 de 12 de Outubro, que aprova o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade (“As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação podem ainda ser coactivamente impostos se existir perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso e se o seu estado lhe retirar discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da recusa”); e no artigo 127.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 265/79 de 1 de Agosto (“Só podem impor-se coercivamente aos reclusos exames médicos, tratamentos ou alimentação em caso de perigo para a sua vida ou grave perigo para a sua saúde”).

Curiosamente, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos proíbe a alimentação forçada, ao abrigo do artigo 75.º, n.º 1 (“O médico não pode impor coercivamente aos presos ou detidos, capazes de exercer a sua autonomia, exames médicos, tratamentos ou alimentação”).

Importa, pois, explicar, que no caso do primeiro preceito, o discernimento não engloba uma declaração prévia do grevista no sentido de informar o corpo administrativo da sua intenção de não ser alimentado, mesmo quando perder as faculdades de entendimento por força da sua fraqueza, em razão da falta nutricional. A partir do momento em que o grevista se encontre num estado tal, em que o perigo para a sua saúde e, conseqüentemente, para a sua vida, seja efetivo, é legítimo atuar no sentido de remover o perigo, ou seja, é legítimo alimentar à força o grevista. Mas, não será tal solução contrária à liberdade individual de livre disposição do corpo, e, portanto, colidente com o direito fundamental à liberdade?

A verdade é que não existem, como já se disse, direitos absolutos, excepto o direito à dignidade da pessoa humana.¹⁰⁵ Não deixa de ser verdade que cada

¹⁰⁴ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, op. cit., Anotação ao artigo 24* (anotação de RUI MEDEIROS e JORGE PEREIRA DA SILVA).

¹⁰⁵ A própria dignidade da pessoa humana pode servir como fundamento de restrições a direitos fundamentais (JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação... , Vol. II, op. cit., p. 571*). É este o pressuposto da construção operada quanto à possibilidade de alimentação forçada. (PAULO OTERO,

indivíduo tem um direito a usar o seu corpo livremente. Porém, os indivíduos não vivem abstraídos da sua comunidade, ou seja, da comunidade em que estão inseridos. Nessa mesma comunidade, como é o caso da sociedade portuguesa, fizeram-se opções quanto aos valores primordiais do ordenamento jurídico, escolhas essas que estão plasmadas no seu texto fundamental. Os vários direitos que se confrontam, muito em particular, dada a sua formulação principiológica (quer dizer, normas de direitos fundamentais com grande amplitude de aplicação), serão aplicados obedecendo a uma metodologia de sopesamento. Aplicando a fórmula de Robert Alexy, a prevalência de um direito deve resultar da comparação entre as vantagens da norma que prevalece com os sacrifícios resultantes da preterição da norma que com a primeira colide.¹⁰⁶ Quer dizer, quanto maiores forem os sacrifícios suportados, maior terá que ser a importância das vantagens obtidas.

Ora, no caso da greve de fome, permite-se que uma pessoa possa usar o seu corpo, atacando-o (isto é, retirando-lhe a nutrição), para fazer um protesto ou uma afirmação social. Mas, a comunidade portuguesa escolheu viver com determinados valores, entre eles, a vida e a dignidade da pessoa humana, que fundam a própria vida em comunidade. Sujeitar a comunidade a ter de aceitar que um indivíduo morra no âmbito de um protesto em que decidiu fazer greve de fome, poria em causa os valores mais importantes e fundadores da própria comunidade. Assim, não se pode impedir uma pessoa de fazer greve de fome, pois ela dispõe livremente do seu próprio corpo.¹⁰⁷ Mas, de igual forma, não se pode sujeitar a comunidade a aceitar que um dos seus membros morra por falta de alimento, sem que esta, através do Estado, possa atuar.

“Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de OLIVEIRA ASCENSÃO, Vol. I*, p. 109). Trata-se de uma limitação ao direito fundamental de liberdade por imposição do próprio conceito e princípio da dignidade da pessoa humana. É uma imposição ou restrição que recai na esfera do próprio grevista de fome – dir-se-á que a sua dignidade humana não permite que este imponha à sociedade o dever de não atuar quando este quer manifestar o seu propósito de exercício do direito à liberdade de poder morrer em virtude da greve de fome.

¹⁰⁶ ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights, op. cit, passim*.

¹⁰⁷ Caso diverso é o da mulher grávida que resolve fazer greve de fome. Neste caso, para além da disposição do próprio corpo, a mulher dispõe, também, do corpo da vida humana que transporta consigo. Como bem explica PAULO OTERO, o Direito de um Estado que defende os mais fracos contra os mais fortes jamais poderá admitir as condutas arbitrárias de uma mulher que, apesar da disponibilidade do seu corpo, afete, de forma direta ou indireta a vida que transporta consigo. Um Estado baseado nos valores da solidariedade e da justiça, além da proteção conferida à maternidade, impõe, da mesma forma, um dever e proteção do novo ser vivo que esta acolhe. (PAULO OTERO, “Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de OLIVEIRA ASCENSÃO, Vol. I*, p. 110).

É que tal sujeição implicaria com a consciência social da vida e da dignidade da pessoa humana, a tal ponto de se degradarem esses valores. É por isso que a Constituição portuguesa fala em direitos e deveres fundamentais. Quer isto dizer que todos têm um direito a que os seus direitos sejam protegidos, mas como o direito a ter direitos (princípio da dignidade da pessoa humana) é um direito e valor social, todos têm o dever de preservar esse mesmo direito. O princípio da dignidade da pessoa humana não é um princípio individual, ou seja, cuja concretização se faça na esfera do “pessoalismo anti-intersubjetivista”. O princípio da dignidade da pessoa humana manifesta-se, ou melhor, concretiza-se no domínio do social, quer dizer, na vida comunitária. Há, por isso, um direito fundamental de todos, a que todos tenham direitos, pois só assim é que a dignidade da pessoa humana pode assumir a sua vertente kantiana de que o homem é um fim em si mesmo e não um mero objeto. Se se reconhecesse um direito a poder morrer livremente em função das consequências de uma greve de fome, o indivíduo grevista tratar-se-ia a si mesmo como um instrumento. Como um instrumento de si próprio. Essa postura é incompatível com um valor humanista que a comunidade portuguesa adotou, através do princípio da dignidade da pessoa humana. Quer dizer, um indivíduo não pode impedir que a sociedade intervenha, quando a mesma entenda que estão em causa valores indisponíveis. O suicídio não é proibido, mas certamente, não o será, também, a ação de impedir o suicídio de alguém. Impor à comunidade que nada faça quando um grevista está prestes a morrer, seria obrigar à negação da conceção humana que a sociedade adotou.¹⁰⁸ Aí reside o dever fundamental à vida e à dignidade. O direito à dignidade humana consiste no direito de todos, de que todos sejam tratados com dignidade. Se um indivíduo não quer realizar a dignidade na sua esfera pessoal, não pode, apenas por sua vontade, impedir que os outros o tratem com dignidade. Pois tratar uma pessoa com dignidade é um direito que assiste a todos, e a sujeição a esse direito equivale ao reconhecimento de um dever fundamental de dignidade humana. Por esse mesmo motivo, um grevista não pode impedir que o Estado intervenha na sua esfera, alimentando-o à força, porque se tal não acontecesse, violar-se-ia o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, que não é um direito individual, mas sim, um direito coletivo (social)¹⁰⁹ que se manifesta na esfera individual de cada membro da comunidade.

¹⁰⁸ O corpo humano seria um mero objeto ou coisa. (PAULO OTERO, “Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de OLIVEIRA ASCENÇÃO*, Vol. I, p. 123).

¹⁰⁹ Não no sentido da distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, considerada uma diferença marcante no sistema constitucional português.

Sendo que, a intervenção estatal para pôr fim a uma greve de fome já em situação perigosa deve ser proporcional, ou seja, sem que os meios utilizados sejam excessivos ou provoquem danos superiores àqueles que resultariam da não interposição.

E, como os sacrifícios para a comunidade resultantes da não atuação para colocar fim a uma greve de fome são superiores, para a própria comunidade, relativamente às vantagens obtidas por quem quer exercer o seu livre direito à disposição do corpo, a intervenção no sentido da alimentação forçada está legitimada.

Outras manifestações do direito à alimentação, enquanto suporte do direito à vida, são apreensíveis, por exemplo, na possibilidade de imposição de hábitos alimentares às mulheres grávidas como forma de proteger os seus fetos de doenças; na existência de entidades que regulam a qualidade e segurança alimentares; ou na possibilidade de retirar crianças ou jovens em perigo quando o seu meio familiar não consegue promover o seu bom desenvolvimento (nutricional).¹¹⁰

Na base deste entendimento, está subjacente a construção do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio mor do Estado de Direito Democrático. Num Estado de Direito Democrático, nenhuma colisão de bens jurídicos ou de interesses legítimos poderá ser resolvida sem concordância prática com a ideia de dignidade da pessoa humana.¹¹¹

A ideia de dignidade humana realça o intersubjetivismo vincutivo – em que «...a dignidade do eu não é independente da dignidade do tu – a minha dignidade é também função da dignidade que é reconhecida a todos os restantes seres humanos.»¹¹² Assim sendo, a liberdade de autodeterminação do indivíduo (neste caso, a possibilidade de fazer greve de fome), expressão da dignidade humana, não poderá ser usada para derrogar, para mutilar ou para contrariar o próprio núcleo do valor da dignidade da pessoa humana.¹¹³ Desta forma, e como sustenta Paulo Otero, (i) a autonomia da vontade não pode servir como um instrumento atentatório da própria dignidade humana – não há liberdade para renunciar à própria dignidade; (ii) a dignidade humana é inderrogável por negócio jurídico (a liberdade de autodeterminação dos sujeitos nunca os poderá habilitar a dispo-

¹¹⁰ Cfr. os artigos 3.º, n.º 1, al. c); e 5.º, al. c) da Lei de proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/1999, de 1 de Setembro).

¹¹¹ PAULO OTERO, “Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, p. 127.

¹¹² PAULO OTERO, “Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, p. 129.

¹¹³ PAULO OTERO, “Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, p. 130.

rem da sua própria dignidade, e por maioria de razão, a disporem da dignidade de terceiro; (iii) o respeito pela dignidade humana impõe o dever que vincula cada um de nós a não atentar contra a sua própria dignidade.¹¹⁴ Trata-se da dignidade do homem perante si mesmo.¹¹⁵

Por esta razão, a força vinculante do princípio da dignidade da pessoa humana impede que se possa invocar a dignidade da pessoa humana para justificar os direitos ou as ações contrários a essa mesma dignidade, o que a ser feito levaria a uma quebra axiológica que permitiria a autodestruição da própria ideia de dignidade humana.¹¹⁶

É por isto que estão legitimadas as intervenções forçadas com o intuito de alimentar alguém. É que, a Constituição portuguesa, entre outras, acolhe como valores estruturantes a fraternidade e a solidariedade entre os que vivem na comunidade portuguesa.¹¹⁷ Daqui decorre que não é lícito a ninguém que viva em sociedade alhear-se dessa mesma vivência social. Cada indivíduo tem deveres para com a comunidade em que se insere, e no caso dos Estados de Direito Democráticos, esses deveres fundam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, levando a que a proteção da dignidade seja um dever de cada sujeito. Por isso se compreende facilmente que, se a comunidade aceitasse que um dos seus morresse à fome, mesmo que por sua livre vontade, seria ir contra essa solidariedade humana que obriga a todos. Existe, por essa forma, um dever de proteção da dignidade humana¹¹⁸, na esfera de cada indivíduo, que a sociedade tem o direito de defender, mesmo que contra a vontade de uma pessoa.¹¹⁹

¹¹⁴ PAULO OTERO, “Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, p. 130.

¹¹⁵ PAULO OTERO, “Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, p. 131.

¹¹⁶ PAULO OTERO, “Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, p. 131.

¹¹⁷ O mesmo decorre do artigo 29.º, n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹¹⁸ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional: MARIA LÚCIA AMARAL, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em Comemoração do 70.º Aniversário/Estudos de Direito e Filosofia*, pp. 947-964; JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais...*, op. cit., pp. 64-68.

¹¹⁹ PAULO OTERO, “Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de OLIVEIRA ASCENÇÃO*, Vol. I, p. 136.

4.2. *O direito à alimentação como manifestação do direito à liberdade*

O direito à liberdade (artigo 27.º, n.º 1 da CRP) é uma pedra angular do sistema jurídico-constitucional português, como modo de prossecução do direito à dignidade humana.¹²⁰ Enquanto direito de liberdade, a sua manifestação não se resume à possibilidade de livre locomoção. A liberdade consiste na faculdade de realização da pessoa humana, na possibilidade de esta ter um domínio sobre si própria. Este domínio há-de incorporar a auto-regulação de cada um e a livre busca pela felicidade e bem-estar almejados.

No domínio do direito à alimentação, a liberdade consiste no direito à escolha das formas de alimentação e dos alimentos, propriamente ditos. Cada pessoa tem direito à escolha dos alimentos que prefere e dos locais onde se alimentará. Quer isto dizer que o Estado tem de restringir ao máximo as suas atuações na esfera individual da liberdade de alimentação. Não são, por esta via, admissíveis intromissões paternalistas no sentido de impor a cada indivíduo o que este deverá comer, ou em que medida deverá comer, sem qualquer justificação jusfundamental suportada pelo princípio da proporcionalidade.

A Ciência demonstra que certos tipos de alimentos ou de confeções de alimentos são mais propícios a suscitar doenças ou limitações na qualidade de vida. Nesse sentido, por exemplo, a obesidade, ou as doenças cardiovasculares, são muitas vezes o resultado de comportamentos descuidados ao nível da alimentação.

O Estado deverá, em nome da proteção da qualidade de vida e da segurança dos cidadãos, tomar as medidas de divulgação e aconselhamento para o risco de certos hábitos alimentares, e, conseqüentemente, procurar que os cidadãos adotem comportamentos mais saudáveis para as suas vidas. Assim, o ensino dos bons hábitos alimentares terá que fazer parte da formação curricular dos cidadãos, bem como a publicidade e o incentivo à proteção da saúde alimentar.

Mas, o que o Estado não pode fazer é, em nome da segurança alimentar, impor comportamentos ou hábitos que colidam com a própria cultura alimentar dos seus cidadãos, negando-lhes, por essa via, o seu direito à realização pessoal e de livre escolha. Assim, cada pessoa é livre de escolher os seus próprios hábitos alimentares, ainda que possam ser prejudiciais à sua saúde ou tidos como meros maus hábitos.

É que, a alimentação humana, enquanto necessidade básica que é, não deixa também de revelar uma escolha em termos de bem-estar. O paladar, ou seja, o prazer que se retira de uma refeição, é também algo que é inerente ao

¹²⁰ JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, op. cit., Anotação ao artigo 27* (anotação de JOSÉ LOBO MOUTINHO).

direito à alimentação (sobretudo nas sociedades mais desenvolvidas). É que o cientismo por que atravessa a nossa época vai marcando toda a regulação jurídica. É algo que tem de ser combatido. Caso contrário, as sociedades passam a ser dominadas pela ditadura da Ciência, não sendo esse o seu principal objetivo. É muito usual, numa discussão acerca de como os hábitos alimentares devem ser regulados ou modelados, invocarem-se descobertas científicas que implicam a alteração desses mesmos comportamentos. Só que, a Ciência não pode dominar todos os aspetos da vida quotidiana, sob pena de a realização do Homem não ser possível. Quer isto dizer que, até os maus hábitos são formas de realização pessoal, que concretizam a dignidade humana, e que dão ao homem a sua condição de ser pensante e livre nas suas escolhas.

Desta forma se manifesta o direito à alimentação enquanto direito de liberdade. Enquanto projeção do direito à vida, o direito à alimentação implica o mínimo existencial para que o Homem possa sobreviver. Enquanto projeção do direito à liberdade, o direito à alimentação implica uma liberdade de escolha do tipo de alimentação que realize o Homem enquanto ser livre.

Não são, por essa via, admissíveis intromissões na esfera de liberdade de escolha da alimentação abusivas e meramente justificadas por um cientismo paternalista próprio de um Estado que tudo quer regular, e que se arroga no direito de determinar o que seja a felicidade dos seus cidadãos.

Destarte, são admissíveis, por exemplo, medidas de redução da quantidade de sal na comida de bares ou cantinas escolares, por nesses locais não existir uma possibilidade de escolha das formas de confeção dos alimentos. A falta de opções alimentícias exige, por parte do Estado, uma proteção ao nível da segurança e qualidade alimentares.

Mas, já será de constitucionalidade muito duvidosa a redução compulsiva da quantidade de sal no pão para todos os consumidores. É que, não pode ser imposta aos cidadãos uma determinada forma de vida, pois na escolha da forma ou estilo de vida reside o núcleo fundamental do direito à liberdade. Se o Estado quer potenciar bons hábitos alimentares, no que à quantidade de sal no pão diz respeito, poderia impor que fossem produzidos e vendidos pães com a quantidade de sal reduzida, possibilitando a escolha entre o pão mais salgado ou o pão menos salgado. O que o Estado não pode fazer é restringir um tipo específico de alimento (neste caso, o pão com um determinado teor de sal), afetando com isso a livre escolha dos consumidores. O cidadão que, entrando numa padaria, pretenda consumir um pão com o teor de sal mais elevado, por ser preferível para esse mesmo cidadão, fica impossibilitado de satisfazer aquilo que é um bem intrinsecamente ligado ao direito à alimentação – e que é o prazer em se alimentar de uma específica forma.

Se o mesmo cidadão entrasse na mesma padaria e tivesse a possibilidade de escolha entre o pão com o teor de sal mais elevado e o pão com o teor de sal reduzido, teria a sua liberdade protegida, bem como a possibilidade de optar por um hábito alimentar mais saudável.¹²¹

Assim, a recente medida adotada pelo Estado, de redução do teor de sal no pão para todos os produtores e com a conseqüente limitação da liberdade de escolha para os consumidores, viola o princípio da proporcionalidade. Se é verdade que a proteção da saúde é um fim legítimo a ser perseguido, e se é verdade que a medida é adequada, pois existe uma relação direta entre o meio e o fim que se pretende alcançar, ou seja, há idoneidade do meio, já o subteste da necessidade falha. E falha, porque são equacionáveis outras medidas que seriam mais suaves para os cidadãos. Poderia o Estado optar pela imposição de um tipo de pão mais saudável (isto é, com menor teor de sal), obrigando à sua comercialização, mas garantindo a liberdade de escolha no seu consumo. Concomitantemente, poderia o Estado introduzir campanhas de sensibilização para hábitos mais saudáveis, no que ao consumo de pão diz respeito. Todavia, não pode interferir no livre desenvolvimento da personalidade de cada um, ou seja, não pode impor tipos de vida contrários à consciência de cada pessoa.¹²²

Num Estado democrático e de Direito, a dignidade da pessoa humana impõe que se respeite a liberdade de escolha e de estilos de vida que fazem parte do núcleo do livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1 da CRP). Não são por isso sustentáveis limitações ao nível da realização pessoal em nome de paternalismos excessivos. E, o direito à alimentação, enquanto direito fundamental, não se exclui desta proteção jusfundamental. O Estado

¹²¹ Portugal foi o primeiro País ocidental a impor restrições ao teor do sal no pão. Dispõe o artigo 3.º, n.º 1 da lei n.º 75/2009 de 12 de Agosto: “O teor máximo permitido para o conteúdo de sal no pão, após confeccionado, é de 1,4 g por 100 g de pão (ou seja 14 g de sal por quilograma de pão ou o correspondente 0,55 g de sódio por 100 g de pão).

O objetivo desta norma era combater as elevadas taxas de ingestão de sal (as mais elevadas da Europa), propiciando uma diminuição das doenças cardiovasculares associadas ao risco alimentar da ingestão elevada do sal. (MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito da Alimentação*, *op. cit.*, p. 118). Ora, não descurando a importância do combate às doenças cardiovasculares, não é legítima a imposição de bons hábitos alimentares no âmbito da esfera privada de cada um. Seria mais proporcional impor a comercialização de pães com baixo teor de sal, permitindo a livre escolha entre pães com teor de sal elevado ou com teor de sal diminuto, protegendo-se, por essa via, um compromisso entre a segurança e a liberdade alimentares.

¹²² Já não seria desproporcional, a medida adotada, se fosse restrita aos espaços públicos de alimentação, como cantinas ou refeitórios públicos, os quais fossem frequentados, maioritariamente, por crianças, e cuja proteção dos bons hábitos alimentares se justifica em função da formação a que estão sujeitos. E, por se entender, como parece óbvio, que nessa faixa etária, os bons hábitos alimentares não são a preocupação fundamental, em regra, das crianças.

tudo deve fazer para aconselhar ou incentivar à adoção de estilos de vida mais saudáveis, mas a última palavra caberá sempre a cada cidadão, enquanto ser livre e dotado de dignidade. Dignidade essa que não permite que uma pessoa seja objeto de construções idealistas ou fundamentalistas, no sentido de instrumentalizá-la em nome de cientismos que se sobreponham ao livre agir e ao livre ser de cada um.¹²³

5. O desenvolvimento humano e a alimentação (a tese de Johan Galtung)

Uma teoria da alimentação está intimamente ligada ao desenvolvimento humano. Este é o ponto de partida da construção de Johan Galtung.¹²⁴ Como tal, é importante reter algumas teses essenciais para o frutuoso desenvolvimento alimentar numa perspectiva de proteção da própria condição humana. A construção do autor, que se explicará de seguida, assenta em nove pontos fundamentais:

(i) *Sobrevivência*. A sobrevivência significa que a produção alimentar deverá ser orientada para que ninguém morra de fome. Trata-se de uma questão de sustentabilidade social que imporá a produção e distribuição dos alimentos de forma ecológica e protegendo a alimentação de ataques (alimentação como arma) por parte daqueles que o podem fazer, e garantindo também a proteção do direito à alimentação no âmbito das variações sazonais, que implicam a qualidade e quantidade na produção alimentar.¹²⁵

(ii) *Bem-estar*. O bem-estar na alimentação significa que o consumo de alimentos deverá ser adequado, quer em termos quantitativos, quer em termos qualitativos. O autor sustenta uma abordagem dicotómica entre a apreciação subjetiva e a apreciação objetiva do alimento humano. Assim, numa abordagem subjetiva e quantitativa, estar alimentado significa sentir o estômago cheio, não tendo, por isso, dores de fome.¹²⁶ Numa abordagem objetiva e quantitativa, estar alimentado significa consumir as quantidades nutritivas essenciais, cientificamente demonstradas.¹²⁷

¹²³ «...a ciência está ao serviço do ser humano e não o ser humano ao serviço da ciência.» (PAULO OTERO, “Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, p. 116).

¹²⁴ JOHAN GALTUNG, *Direitos Humanos – Uma Nova Perspectiva*, pp. 180-183.

¹²⁵ JOHAN GALTUNG, *Direitos Humanos – Uma Nova Perspectiva*, op. cit., p. 181.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

Já numa perspetiva subjetiva qualitativa, estar alimentado consiste, também, em comer bem, quer dizer, «...*comer qualquer coisa que sabe bem*».¹²⁸ Numa visão objetiva e qualitativa, estar alimentado corresponde a um equilíbrio adequado e harmonioso entre o prazer de comer um alimento e a nutrição que se retira desse mesmo alimento.¹²⁹

Assim, e indo ao encontro do que já ficou dito, pretende-se um equilíbrio entre o comer bem (em sentido nutritivo) e o comer bem (em sentido gustativo), quer dizer, deve existir um equilíbrio entre a proteção da saúde na alimentação e a liberdade de escolha ao nível daquilo que se come. Ignorar a apreciação subjetiva do indivíduo ao nível do seu bem-estar alimentar é uma profunda idiotice.^{130 131}

(iii) *Identidade*. Por identidade entender-se-á a conexão entre o sujeito, a sociedade, a cultura e a natureza no âmbito da produção alimentar. Este conceito de identidade implica que a produção alimentar não é apenas uma relação entre produtores, distribuidores e consumidores, apontando, por seu turno, para um compromisso entre todos e entre as diferentes dimensões da sociedade.¹³²

(iv) *Liberdade*. A liberdade na alimentação implica a possibilidade de escolha e de consciência sobre as consequências dessa mesma escolha, quer na produção de alimentos, quer no consumo de alimentos. O que inclui, nas palavras de Galtung, «...*a possibilidade de escolher (mas como um acto de livre vontade) o status quo na produção e no consumo.*»^{133_134}

¹²⁸ JOHAN GALTUNG, *Direitos Humanos – Uma Nova Perspectiva*, op. cit., p. 181.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Seria ignorar que todas as pessoas sentem satisfação ou insatisfação diretamente em função dos estímulos sensitivos (entre outras coisas, tais como o sexo, o calor ou o frio), neste caso, gustativos, por intermédio dos alimentos. (RONALD DWORKIN, *A Virtude Soberana/A Teoria e a Prática da Igualdade*, p. 13).

¹³² JOHAN GALTUNG, *Direitos Humanos – Uma Nova Perspectiva*, op. cit., pp. 181-182.

¹³³ JOHAN GALTUNG, *Direitos Humanos – Uma Nova Perspectiva*, op. cit., p. 182.

¹³⁴ Note-se que tal ideia resulta, também, e no âmbito do que se vem escrevendo, de uma determinada interpretação do conceito de dignidade da pessoa humana que se adota. Tal como está plasmada na Constituição portuguesa, a dignidade da pessoa humana, tal como escreve JORGE MIRANDA, «...*afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses colectivos.*» (JORGE MIRANDA, “A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Vol. I, p. 938, nota 15).

(v) *Produção*. Significa que existam os fatores iniciais que permitam a produção de alimentos em quantidade e qualidade suficientes para garantir os pontos anteriores.¹³⁵

(vi) *Distribuição*. A distribuição significa que o nível de satisfação se atingirá quando as discrepâncias entre a população diminuïrem na proporção do aumento da participação na produção e no consumo dos alimentos. Isso implica a diminuição das desigualdades e do desperdício.¹³⁶

(vii) *Natureza*. Neste ponto pretende-se salientar a importância do desenvolvimento, ou pelo menos, o não retrocesso da diversidade ambiental, no sentido de que o ecossistema acompanhe o desenvolvimento na produção e no consumo de alimentos, como condição essencial para a manutenção da geração atual e o acautelamento das gerações futuras. Por outras palavras, é fundamental garantir a sustentabilidade do meio ambiente para que este continue a servir de esteio no desenvolvimento alimentar.¹³⁷

(viii) *Estrutura*. O desenvolvimento de uma estrutura social é essencial para garantir que as necessidades de alimentação serão satisfeitas, em larga medida, numa base local, ou seja, de proximidade, e que os centros (autarquias, cidades, etc.) tenham capacidade para lidar com situações de crise, provocadas por variações sazonais ou contra ameaças do próprio homem (utilização, por exemplo, dos alimentos como uma arma de guerra).¹³⁸

(ix) *Cultura*. A proteção da cultura consiste no impedimento da utilização do sistema de alimentação como «...veículo de penetração indesejada de outra cultura, exprimindo outros valores e sabores e criando relações indesejadas com outros e com a natureza...».¹³⁹

Estes pontos fundamentais propiciam o conceito de desenvolvimento alimentar proposto por Galtung. E, a base deste desenvolvimento, essencial para a proteção e promoção da condição humana, como não poderia deixar de ser, é a pessoa humana, o ser humano, porque, como escreve Galtung, «...só os indivíduos podem sentir a privação e a satisfação de necessidades alimentares.»¹⁴⁰ Assim, no centro de toda a política de alimentação ou da normação da alimentação deverá estar a noção de pessoa, como ser vivo pensante e dotada de digni-

Esta doutrina aplica-se ao direito de liberdade de escolha na alimentação, enquanto manifestação do livre desenvolvimento da personalidade e implica, como já foi dito, a proibição de intromissões abusivas na esfera privada, no que ao consumo de alimentos diz respeito.

¹³⁵ JOHAN GALTUNG, *Direitos Humanos – Uma Nova Perspectiva*, op. cit., p. 182.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ JOHAN GALTUNG, *Direitos Humanos – Uma Nova Perspectiva*, op. cit., pp. 182-183.

¹³⁹ JOHAN GALTUNG, *Direitos Humanos – Uma Nova Perspectiva*, op. cit., p. 183.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

dade, cujas características naturais e sociais determinarão a promoção do próprio alimento.¹⁴¹

6. O direito à alimentação enquanto conteúdo mínimo existencial e o princípio da proibição do retrocesso social

Como ficou dito, o direito à alimentação manifesta-se como um instrumento de garantia do direito à vida, mas também sofre as projeções do direito à liberdade. Mas, de nada serve a conceção do direito à alimentação como direito de liberdade, se não se concretizar esse mesmo direito na esfera dos seus titulares. Os direitos de liberdade assumem uma natureza objetiva enquanto direitos de proteção (direitos negativos) com garantias objetivas (por exemplo, o controle de constitucionalidade), mas a sua concreta realização pressupõe a sua incidência na esfera de cada um, ou seja, assumem, por essa via, uma natureza subjetiva (*direitos a prestações* ou *direitos subjetivos fundamentais*).¹⁴² Assim, de pouco serve dizer que o direito à alimentação é um direito fundamental de liberdade, se esse mesmo direito não for concretizável ao nível das estruturas normativas sócio-económicas. Quer isto dizer que a efetivação do direito à alimentação, enquanto direito de liberdade, implica a sua configuração como direito social e económico.¹⁴³ O direito à alimentação é, também, um direito social.¹⁴⁴⁻¹⁴⁵

¹⁴¹ Note-se que esta teoria filosófica acerca do desenvolvimento humano em matéria alimentar encontra cobro no próprio Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no seu artigo 11.º, n.º 2, als. *a)* e *b)*, ao reconhecer o direito fundamental de todas as pessoas de estarem ao abrigo da fome, no sentido de impor aos Estados partes a prossecução do objetivo de melhorar os métodos de reprodução, de conservação e de distribuição dos produtos alimentares, pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos; pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo desenvolvimento ou a reforma dos regimes agrários, de maneira a assegurar da melhor forma a valorização e a utilização dos recursos naturais. Além disso, procura também garantir-se uma repartição equitativa dos recursos alimentares mundiais em relação às necessidades, tendo em conta os problemas que se põem, tanto aos Países importadores, como aos Países exportadores de produtos alimentares.

¹⁴² VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 389.

¹⁴³ Na doutrina, é usual distinguirem-se os direitos de liberdade dos direitos sociais. Normalmente, e como explica de forma bastante clara JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, sugerem-se critérios históricos, filosóficos, ideológicos e políticos; critérios materiais (que dizem respeito ao objeto ou que incidem sobre o fundamento do conteúdo do direito constitucional em causa); critérios funcionais ou teleológicos e que digam respeito à especial natureza dos condicionamentos tendentes à aplicação dos direitos constitucionais; critérios formais (que podem incidir sobre a sistematização dos direitos constitucionais ou sobre o regime de interpretação e de aplicação dos mesmos); e cri-

E, é um direito social, porque o direito à alimentação pressupõe a obrigação do Estado de providenciar o mínimo essencial à sobrevivência dos seus cidadãos. Esse mínimo não poderá ser garantido através de proclamações de liberdade ou de princípio, mas com recurso à obrigação de prestações sociais a todos os que delas necessitem.¹⁴⁶ Isso decorre, desde logo, da norma do artigo 63.º, n.º 3 da Constituição portuguesa que determina a incumbência do Estado de assegurar, através da segurança social, a proteção dos seus cidadãos na doença, na velhice, na invalidez, na viuvez, na orfandade, bem como em situação de desemprego ou em qualquer outra situação em que os meios de subsistência não estejam assegurados.¹⁴⁷ Esse mínimo vital é, como não poderia deixar de ser, uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto valor supremo da ordem jurídica nacional.¹⁴⁸ Da dignidade da pessoa humana resulta a existência de um núcleo de direitos e deveres fundamentais essenciais a cada ser humano, os quais se consubstanciam, entre outros, no direito de cada um à inviolabilidade da sua própria vida, no sentido em que se garantam as condições mínimas de existência com dignidade.¹⁴⁹

O direito ao mínimo de existência condigna¹⁵⁰ há-de, desde logo, consubstanciar a garantia mínima da existência fisiológica associada aos bens essenciais

térios estruturais (que implicam uma apreciação da estrutura da determinabilidade dos direitos ou posições jurídicas fundamentais, bem como à relação que se estabeleça entre o titular do direito constitucional, o bem jurídico tutelado e o Estado). (JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 217).

¹⁴⁴ ISABEL MOREIRA qualifica o direito ao mínimo de existência como um direito híbrido, ou seja, com uma natureza de direito de liberdade e de direito social. Facilmente se compreenderá que o direito à existência pressupõe o direito à subsistência alimentar. (ISABEL MOREIRA, *A Solução dos Direitos...*, *op. cit.*, p. 147).

¹⁴⁵ Qualificando o direito ao mínimo de existência vital como um direito instrumental face aos direitos de liberdade: JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais...*, *op. cit.*, pp. 296-297.

¹⁴⁶ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO aceita mesmo, ainda que excepcionalmente, o controlo da constitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional da não observância do mínimo essencial contido num determinado direito social. (JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 223). Também no mesmo sentido: VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 385-386.

¹⁴⁷ Defendendo que o conteúdo principal dos direitos fundamentais económicos e sociais é constituído por prestações estaduais: JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 235; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 382.

¹⁴⁸ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, Vol. II, *op. cit.*, p. 565.

¹⁴⁹ PAULO OTERO, "Dignidade da Pessoa Humana", in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, p. 117.

¹⁵⁰ A construção da proteção do mínimo vital foi originária da jurisprudência alemão, cuja Constituição não prevê um catálogo de direitos sociais como, por exemplo, a Constituição portuguesa. Foi essa ausência do catálogo dos direitos sociais que levou à necessidade da construção de garantias

à vivência com dignidade (alimentação, roupa, habitação, educação, e cuidados de saúde).^{151_152_153}

A violação deste mínimo existencial coloca, desde logo, o Estado português em incumprimento do Direito internacional – mormente o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.¹⁵⁴

jurídico-constitucionais que esses direitos sociais visariam proteger. (JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 197).

¹⁵¹ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 195.

¹⁵² VIEIRA DE ANDRADE chega mesmo a afirmar que serão absolutamente improdutivos, por estarem feridos de nulidade, todos os atos administrativos que afetem o conteúdo essencial dos direitos económicos e sociais, uma vez que, tal como acontece com os direitos de liberdade, o conteúdo mínimo dos direitos sociais exprime a própria dignidade da pessoa humana, não podendo, por isso, sofrer restrições que ponham em causa a condição da dignidade na vida dos cidadãos. (VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 387).

VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 387) defende, ainda, e bem, a possibilidade de recurso direto individual aos Tribunais administrativos quando haja lesão direta de bens pessoais constitucionalmente consagrados e protegidos por direitos económicos, sociais e culturais. Isso resulta do facto de o Estado estar obrigado a certas prestações mínimas essenciais à sobrevivência de certos cidadãos. Decorre daqui a possibilidade de recurso para os Tribunais administrativos da não prestação dos meios necessários à sobrevivência alimentar: por exemplo, falta de subsídios de carência social, pensões de sobrevivência ou prestações de alimentos a menores. Outro mecanismo de defesa dos cidadãos contra a falta de condições alimentares (de higiene ou de carência alimentar) está previsto na Constituição portuguesa ao nível do direito de ação popular (artigo 52.º, n.º 3, a) quanto à proteção da qualidade de vida. Com base nesse meio de defesa, os cidadãos poderão agir, através de providências cautelares, pedidos de anulação de atos administrativos, ou através do reconhecimento de direitos (inclusive do direito a ser indemnizado contra prejuízos suportados). (VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 388).

¹⁵³ O direito ao mínimo existencial foi, através de pequenos passos, desenvolvido ao longo de duas décadas pela jurisdição constitucional. Fruto das influências históricas de humanização do Direito, começou por se afirmar como um direito negativo contra as intervenções do Estado, mas recentemente afirmou-se como um direito positivo de recebimento de prestações sociais necessárias à vivência condigna. (JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, *Vol. II, op. cit.*, pp. 626-629).

¹⁵⁴ A necessidade de respeito pelo mínimo vital da cada ser humano ficou bem patente no *Comentário Geral n.º 3 de 1990* elaborado pelo Comité das Nações Unidas para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Nele se afirma a ideia de que, embora os Estados sofram de constrangimentos financeiros, existe uma obrigação de realização progressiva dos direitos sociais, económicos e culturais, bem como a exigência de garantia de um mínimo vital relativo à alimentação, cuidados de saúde primários, habitação e educação básica. Nas suas palavras: «*On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties' reports the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education*

Dir-se-á que esse mínimo existencial, no que ao direito à alimentação diz respeito, há-de ter por base, necessariamente, os recursos produtivos disponíveis, bem como os recursos financeiros, também, disponíveis. Há assim uma dupla dimensão na garantia do mínimo existencial à alimentação. Na dimensão absoluta, o direito à alimentação impõe a prossecução, por parte do Estado, das condições sócio-económicas para a sua plena realização, independentemente das circunstâncias, com respeito pela ideia de dignidade da pessoa humana. Já na dimensão relativa, as prestações sociais deverão respeitar o quadro das carências sociais, privilegiando aqueles que se encontrarem em situações de maior dificuldade. Além disso, em situações de crise financeira, recessão económica, ou períodos de ajustamento económico-financeiro, o Estado deverá atender às concretas situações dos cidadãos com carências alimentares, providenciando medidas discriminatórias em sentido positivo que atenuem os efeitos negativos.¹⁵⁵

O direito à alimentação tem, por isso, um *status negativus*, na medida em que proíbe as intervenções estatais lesivas, quer do direito à vida (intervenções que diminuam a capacidade de obtenção de recursos alimentares), quer limitativas da liberdade na alimentação (intromissões na esfera de livre escolha do conteúdo alimentar).¹⁵⁶ Mas, como se vê, tem também um *status positivus*, na

is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its raison d'être. »

¹⁵⁵ A construção operada não se confunde com a diferenciação entre teoria absoluta e teoria relativa do conceito de mínimo social. A teoria absoluta do mínimo social entende que o mínimo vital é exigível em qualquer circunstância, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, ou pelas mais simples necessidades humanas de sobrevivência. A teoria relativa do mínimo existencial sustenta, porém, que a determinação desse mesmo mínimo vital decorrerá da ideia de razoabilidade social, com referência ao princípio da proibição do défice na atuação estatal, no sentido de aferir o mínimo exigível do Estado, tendo em conta as condições fácticas e financeiras do Estado, bem como as reais carências das pessoas, especificamente consideradas numa dada situação. Sobre estas teorias vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, pp. 201 e ss.

No pensamento de ROBERT ALEXY, a teoria relativa reduz o conteúdo essencial de um direito constitucional ao conteúdo que é aferido pelo processo de ponderação, reconduzindo-o ao princípio da proporcionalidade (facto esse que leva o autor alemão a considerar a irrelevância do artigo 19, n.º 2 da Constituição alemã, para quem siga a teoria relativa do conteúdo essencial). Já a teoria absoluta implica que existe um conteúdo essencial de cada direito constitucional que é intocável, independentemente de quaisquer circunstâncias. (ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 193).

Para uma apreciação de outras variantes do conceito de conteúdo essencial ou de mínimo vital: VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais/Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, pp. 187 e ss.

¹⁵⁶ O mínimo essencial à existência é também uma manifestação do direito de liberdade, pois sem as condições de sobrevivência desaparecem os pressupostos necessários da liberdade. (Ricardo

medida em que impõe ao Estado, enquanto verdadeiro direito social, a concretização do mínimo existencial, ou seja, do mínimo vital alimentício.

Enquanto manifestação de um direito social, como decorrência da necessidade de concretização do direito à alimentação como direito de liberdade, o direito à alimentação pode ser protegido pelo chamado “princípio da proibição do retrocesso social”.

Este princípio foi desenvolvido pela jurisprudência constitucional alemã, em virtude da não existência de um catálogo de direitos sociais, ao contrário, por exemplo, da Constituição portuguesa. Tratou-se de uma forma de garantir a proteção social dos cidadãos e de compensar a ausência de direitos sociais na Constituição de Bonna. Nos anos setenta do Século XX, a Alemanha enfrentava uma crise económica que punha em causa a concretização do Estado social. Era necessário um instrumento apto a proteger esse mesmo Estado social.¹⁵⁷ É que, apesar da Constituição alemã negar a consagração constitucional de um catálogo de direitos sociais, na prática, a sociedade alemã atribuía às suas prestações sociais uma verdadeira dimensão jusfundamental, dimensão essa que não estava ancorada em nenhum princípio que proibisse, todavia, a possibilidade de reversibilidade social no âmbito do exercício da liberdade de conformação do legislador.¹⁵⁸ Assim, a teoria da irreversibilidade social (ou o princípio da proibição do retrocesso social) alicerçada nos artigos 20.º, n.º 1 e 28.º, n.º 1 da Constituição alemã (definição da Alemanha como um Estado social e vinculação dos Estados Federados ao princípio do Estado de Direito social, respetivamente) veio, precisamente, colmatar essa lacuna dogmática.¹⁵⁹ Esta teoria acabou por ser acolhida pela doutrina de vários países, incluindo a portuguesa.

Alguns autores reconduzem o princípio da proibição do retrocesso social (*Nichtumkehrbarkeit*) ao princípio constitucional da democracia social.¹⁶⁰ Este princípio imporia não uma irreversibilidade fáctica, mas uma garantia institucional e um verdadeiro direito subjetivo a cada direito social concretizado, no sentido em que, uma vez consagrado ou efetivado um direito social, através

Lobo Torres, “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, *R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro*, 42, 1990, p. 69.

No mesmo sentido parece ir Jürgen Habermas, ao considerar o *status* a prestações como a concretização de um *status* mais geral de liberdade de participação no Direito. Nesta construção (acrescenta-se) se incluirá o direito a prestações sociais que garantam o mínimo indispensável à vivência com dignidade. (Jürgen Habermas, *Direito e Democracia/Entre Facticidade e Validade*, p. 162). *Vide*, também, ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 339.

¹⁵⁷ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 240.

¹⁵⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁵⁹ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 240.

¹⁶⁰ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 338.

de instrumentos normativos infraconstitucionais (direitos prestacionais), esse mesmo direito adquirido não poderá ser posto em causa, sob pena de inconstitucionalidade. Este princípio não visa manter um determinado *status quo* social, mas visa, sim, garantir o mínimo existencial, tornando-o num limite à liberdade de conformação do próprio legislador¹⁶¹ em matéria de reversibilidade social.¹⁶² O ilustre professor de Coimbra sustenta que este princípio nada poderá fazer em caso de crises ou situações de grave recessão económica, mas pretende proteger um núcleo essencial dos direitos sociais (direito à assistência, à saúde, ao trabalho, à educação, ao subsídio de desemprego, etc.). Trata-se pois, não de uma proteção fáctica, mas sim, de uma proteção jurídica assente na natureza social do Estado, matriz da Constituição portuguesa.¹⁶³

Cristina Queiroz também sustenta a existência de um princípio da proibição do retrocesso social. E, fá-lo na medida em que considera que uma vez consagradas certas prestações sociais, não pode o Estado eliminá-las sem alternativas ou compensações.¹⁶⁴ Uma vez produzida a lei que consagra o direito social, que se apresenta perante esse mesmo direito como uma “lei de proteção”¹⁶⁵, a ação estatal transforma-se (de um dever de legislar) num dever de não eliminar essa mesma lei concretizadora do direito social.¹⁶⁶ Assim, a proteção jusfundamental da lei que confere um determinado direito social deriva, não do próprio conteúdo do direito social, mas sim, da atuação do Estado, concretizando esse direito social, e que uma vez efetivada, projeta a garantia de não retorno. Essa garantia confere um poder de defesa formal típico dos direitos de liberdade (direitos negativos).¹⁶⁷ Este é o núcleo do princípio da não reversibilidade social.

Mas, alguns autores pronunciam-se no sentido contrário à existência de tal princípio de irreversibilidade social. É o caso de Jorge Reis Novais, que começa

¹⁶¹ Assumindo uma natureza de proibição de contra-revolução social ou de evolução reacionária. (GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 338).

¹⁶² GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 340.

¹⁶³ Num sentido semelhante parece ir DAVID DUARTE, ao considerar o princípio da proibição do retrocesso social como uma imposição do princípio da socialidade jurídica, socialidade essa que é tida como uma matriz para todas as intervenções estatais. Além disso, só haverá real regressão social se a intervenção no direito dos indivíduos não for acompanhada de medidas compensatórias avaliáveis com base num sopesamento entre as vantagens e as desvantagens introduzidas pela intervenção legislativa. (DAVID DUARTE, *Da Lei-Medida na Democracia Social*, pp. 73-77).

¹⁶⁴ CRISTINA QUEIROZ, *O Princípio da não Reversibilidade dos Direitos Sociais/Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*, p. 69.

¹⁶⁵ CRISTINA QUEIROZ, *O Princípio da não Reversibilidade dos Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ CRISTINA QUEIROZ, *O Princípio da não Reversibilidade dos Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 70. Sobre os direitos negativos (de defesa): ROBERT ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 122.

por relativizar o princípio da proibição do retrocesso social, para em seguida o afastar do ordenamento jurídico português. Por um lado, tal princípio só faria sentido em Constituições que não consagassem os direitos sociais (como a Constituição alemã). Por outro lado, dada a vaguidade do próprio princípio e o seu sentido normador, ele não se apresenta como um princípio autónomo, mas sim, como uma construção derivada do conceito ou da teoria dos limites aos limites dos direitos fundamentais. Ou seja, decorre do entendimento do autor, que o princípio da proibição do retrocesso social é vazio de conteúdo, pois a sua subsistência apenas faria sentido como proteção do conteúdo mínimo existencial. Porém, esse mesmo conteúdo mínimo vital é aferido com recurso a outros princípios, como o da proporcionalidade ou o da razoabilidade, garantindo-se, por essa forma, os limites aos limites dos direitos fundamentais.¹⁶⁸

No sentido da recusa de autonomia do princípio da proibição do retrocesso social vai, também, José de Melo Alexandrino. Para este autor, a recusa deste princípio baseia-se na «...consideração da Constituição como um todo, a realização da liberdade como um todo, a combinação dos princípios da realidade, da razoabilidade e da vinculação do Estado ao Direito, bem como a necessidade de uma resposta preferencial à satisfação das condições materiais (de existência, de autonomia e de poder) das pessoas e dos grupos em situação de maior desproteção – o que, no limite, não exclui a distribuição entre nações.»¹⁶⁹

Concordante com a rejeição do princípio da proibição do retrocesso social é a posição de Vieira de Andrade. Para este autor, os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais implicam uma certa estabilidade ao nível das situações jurídicas efetivamente estabelecidas. Daqui decorre um mínimo de proteção, que proíbe a destruição das posições jurídicas individuais, na medida em que sejam suscetíveis de pôr em causa a dignidade da pessoa humana, ou seja, quando ponham em causa o mínimo existencial.¹⁷⁰ Mas, também poderá decorrer de um máximo de proteção, quando essas concretizações jusfundamentais sociais possam ser consideradas como materialmente constitucionais.¹⁷¹ No meio destes extremos garantistas encontra-se um nível de proteção alicerçado nos princípios da confiança e da necessidade de fundamentação dos atos legislativos retrocedentes¹⁷², que restringem, por essa forma, a liberdade de conformação do legislador.¹⁷³ Todavia, este entendimento não provoca a

¹⁶⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., pp. 243 e ss.

¹⁶⁹ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação...*, Vol. II, op. cit., p. 540.

¹⁷⁰ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 378.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 378.

aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso social. Tal afigura-se como um meio de degradação da autonomia legislativa, forçando-a a ser uma mera função executiva constitucional.¹⁷⁴

A liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade, ainda que limitadas, constituem os traços fundamentais típicos da função legislativa, sendo praticamente eliminadas, se no caso dos direitos sociais, o legislador estivesse obrigado à manutenção integral do nível de realização social criado pelas normas infraconstitucionais.¹⁷⁵

Assim sendo, no pensamento de Vieira de Andrade, o que é admissível é uma prevalência de certas normas legais sobre outras normas legais, quando as primeiras estatuem direitos considerados como materialmente constitucionais.¹⁷⁶ Sendo que esta possibilidade é meramente excepcional, e, para o enraizamento na consciência geral da convicção de obrigatoriedade da não reversibilidade do direito social não basta a mera aceitação aparente ou superficial da opinião pública dominante; é exigível, sim, um consenso profundo e alargado, que no entender do ilustre constitucionalista, demora o seu tempo a formar-se, não se estendendo aos pormenores da regulamentação jurídica.^{177 178} Fora das hipóteses excepcionais de constitucionalização material das normas concretizadoras de preceitos relativos aos direitos sociais, a ideia de proibição do retrocesso social mais não é do que a garantia do *mínimo existencial*¹⁷⁹ que compõe cada preceito relativo ao direito social em causa. Conteúdo esse, protegido adicionalmente pelos princípios da proteção da confiança e da razoabilidade.¹⁸⁰

Jorge Miranda também retira autonomia ao princípio da proibição do retrocesso social, entendendo-o como estando conexionado com os princípios da proteção da confiança e da reserva do possível.¹⁸¹ A proteção dos direitos

¹⁷⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 379.

¹⁷⁵ *Ibidem.*

¹⁷⁶ *Ibidem.*

¹⁷⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 379-380.

¹⁷⁸ O autor não vê os direitos sociais como uma interpretação de um caminho que «os homens têm inexoravelmente de percorrer na sua marcha histórica para a sociedade justa». VIEIRA DE ANDRADE concebe a Constituição como sendo um quadro normativo que está em aberto, e isso implica que se conceba a Constituição como unidade de sentido cultural, e não um mero programa de governo que tudo regula de forma exaustiva. No seu entender, as normas de direitos sociais que estabeleçam opções valorativas jusfundamentais transformadoras da sociedade não poderão ser totalmente determinadas, e deixam sempre um espaço de livre escolha de entre as alternativas possíveis. (VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 380-381).

¹⁷⁹ Ou *conteúdo mínimo imperativo*, para utilizar a expressão de VIEIRA DE ANDRADE. (VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 381).

¹⁸⁰ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 381.

¹⁸¹ JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 485.

sociais manifesta-se na tese de que, uma vez concretizadas normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, não fica cumprido, apenas, o dever de legislar, mas, também, o legislador fica adstrito à não supressão dessas mesmas normas, abrindo ou reabrindo uma omissão inconstitucional.¹⁸² Desta forma se efetiva a força normativa da Constituição.

O autor rejeita a ideia de normas legais superiores a outras normas legais, ou a ideia de elevação dos direitos derivados a prestações a verdadeiras garantias constitucionais.¹⁸³ Assim, para Jorge Miranda, os direitos sociais são obrigatoriamente concretizáveis, se for possível fazê-lo, caso contrário, não será imposta a sua realização.¹⁸⁴ Isso reconduz a proibição do retrocesso social a uma mera avaliação da reserva do possível.^{185_186}

O denominado princípio da proibição do retrocesso social pode ser fundamentado a partir da norma constante do artigo 9.º, d) da Constituição portuguesa, o qual impõe como tarefa fundamental do Estado a promoção do bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a concretização dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais. Tal tarefa está integrada e sistematizada no catálogo dos princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa. De certo se dirá que tal se impõe em função de um sentimento natural ao homem, bem como à própria humanidade, de seguir a seta do tempo num sentido sempre evolutivo. *O Futuro deverá ser sempre melhor.*

Este sentimento está presente e positivado na Constituição portuguesa, que estabelece um programa de evolução social. Se a Constituição estabelece o estatuto do político, também estabelece o estatuto da própria política. Note-se que o sentido do próprio termo – política – define-se pela atuação daqueles que

¹⁸² JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 494.

¹⁸³ *Ibidem.*

¹⁸⁴ Nas palavras do autor: «...só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório.» (JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 495).

¹⁸⁵ JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 495.

¹⁸⁶ Outro autor que rejeita a existência de um princípio constitucional como o princípio da proibição do retrocesso social é TIAGO FIDALGO DE FREITAS (“O Princípio da Proibição do Retrocesso Social”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Vol. II, pp. 783-850), embora não deixe de aceitar que a consagração dos direitos sociais encontra proteção constitucional, quando as normas constitucionais expressamente estabelecem a progressividade social (desenvolvimento do bem-estar social como, por exemplo, o disposto no artigo 74.º, n.º 2, e) da Constituição portuguesa); quando associado ao direito social esteja uma garantia institucional; e quando o retrocesso social, em virtude da alteração ou supressão legislativa, possa constituir uma omissão inconstitucional.

regem a comunidade com o objetivo de propiciar a felicidade da comunidade. Assim, o retrocesso social é algo que é contrário à própria definição da política. E como esta se organiza num instrumento jurídico, esse instrumento jurídico não poderá contrariar a própria essência da política, objeto da sua regulação. Por esta via, embora não esteja expresso na Constituição portuguesa, como não está expresso em outras Constituições, a ideia de retrocesso social é uma negação da própria ideia de organização política de uma comunidade. Logo, a proibição do retrocesso social é uma necessidade da própria organização jurídico-política de uma comunidade, através do seu instrumento jusfundamental – a Constituição.

Daqui não decorre que o princípio da proibição do retrocesso social tenha, necessariamente, uma densidade argumentativa própria. Para ser uma norma válida, com uma densidade argumentativa própria, teria de ser absoluta. Ou seja, seria um princípio absoluto – em caso algum se admitiria o retrocesso social. Ora, se é verdade que ao homem é inata uma ideia de “caminhar sempre para a frente”, também é inata a ideia de que o caminho, por vezes, contém desvios. Esses desvios são originados pelos percalços naturais do próprio caminho. Por vezes é necessário subir montanhas ou atravessar rios, com as dificuldades inerentes a isso mesmo. Se é verdade que o caminho se faz para a frente, também não é menos verdade que o caminho é feito de altos e baixos, sem que a superação dos baixos implique um necessário retorno.

Por isso, uma comunidade política sabe bem que precisa de mecanismos que permitam ultrapassar as dificuldades da sua própria evolução. Esses mecanismos, por vezes implicam restrições. Restrições ao bem-estar que são inevitáveis.

Por isso, o princípio da proibição do retrocesso social não pode ser compreendido como um postulado absoluto. Pois, por vezes, é necessário dar um passo atrás para, em seguida, dar dois passos para a frente. A ideia de irreversibilidade social não pode querer dizer que não se possa retroceder. Os Estados enfrentam os constrangimentos normais da sua existência – cataclismos naturais, recessões económicas, períodos de ajustamento, crises financeiras – que implicam desvios ao caminho traçado.

Por isso, o retrocesso social é um mal necessário para garantir a própria evolução social num sentido positivo. Não se trata, em rigor, de um princípio autónomo, na medida em que o retrocesso é admissível. Mas é admissível na medida em que é necessário. Logo, um juízo de admissibilidade do retrocesso social implica um juízo de proporcionalidade. Esse juízo de proporcionalidade¹⁸⁷ é composto pelos subelementos da legitimidade, adequação, necessi-

¹⁸⁷ Sobre o princípio da proporcionalidade, entre tantos, *vide* ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, Number 3, September, 2000, pp. 297-298; JORGE REIS

dade e proporcionalidade em sentido estrito (tanto como proibição do excesso, como na vertente de proibição da insuficiência).¹⁸⁸

Este princípio – o da proporcionalidade – juntamente com os princípios da igualdade, da socialidade, e da proteção da confiança, é que preenchem o conteúdo da proibição do retrocesso social. Serão admissíveis medidas restritivas ao bem-estar social quando não sejam desproporcionadas, quando não violem a confiança dos cidadãos, ou quando não ponham em causa o mínimo socialmente exigível.

Por isso, o princípio da proibição do retrocesso social é uma ideia de justiça política e social que se manifesta na imposição de prossecução do bem-estar social por parte do Estado. Mas, essa ideia de justiça não contém, enquanto princípio jurídico, qualquer tipo de densificação. No âmbito do controlo da constitucionalidade, são outros os princípios que servem de instrumento à garantia da Constituição. No âmbito dos direitos sociais, a real proteção do conteúdo mínimo essencial, no caso objeto de estudo – o direito à alimentação – decorre de um juízo de proporcionalidade. Assim, dir-se-á que, por exemplo, uma medida restritiva não põe em causa o conteúdo mínimo essencial se for considerada como uma medida proporcional.¹⁸⁹

NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais...*, op. cit., págs.727 e ss, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, pp. 122-126; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais/Introdução Geral*, pp. 134-138; MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República/Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, op. cit., pp. 184-189; INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais/Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, pp. 404-411; VITALINO CANAS, “Proporcionalidade”, in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, pp. 304-307; VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais...*, op. cit., pp. 169 e ss.

¹⁸⁸ Como sustentou CLAUDIUS WILHELM CANARIS no seu trabalho intitulado: *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, *passim*.

¹⁸⁹ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos Fundamentais...*, op. cit., pp. 197 e ss. (E, pp. 206-207). Aliás, a conceção da proteção do conteúdo essencial dos direitos, quer de liberdade, quer sociais, através do mecanismo da proporcionalidade, está bem presente, por exemplo, no acórdão n.º 254/99 do Tribunal Constitucional português, reconhecendo que «...a proibição de “diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” do n.º 3 do artigo 18.º não se refere ao seu conteúdo à partida (prima facie ou a priori), mas ao seu conteúdo “essencial”, como resulta afinal do processo de interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais, incluindo a solução dos conflitos entre direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Quer isto dizer que a final sempre haverá circunstâncias ou pressupostos de facto em que o direito fundamental é reconhecido e que constituem o seu conteúdo essencial. Nesta medida, a proibição da parte final do n.º 3 é uma consequência do princípio da harmonização ou concordância prática dos direitos ou interesses em conflito que o Tribunal tem aplicado...». Trata-se, por esta via, de harmonizar «...“os direitos em confronto, para ser levado, se tal se mostre necessário, à prevalência (ou razão de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro”...».

Como a natureza jusfundamental de muitos dos direitos fundamentais, incluindo a norma do artigo 9.º, d), relativa às tarefas fundamentais, aponta para a principiologia, a melhor forma de garantir

Assim sendo, e tomando como ponto de referência o direito à alimentação, dir-se-á que não serão admissíveis as medidas restritivas das condições fácticas e jurídicas que impossibilitem a realização ou a concretização do conteúdo mínimo vital – ou seja, que sejam suscetíveis de colocar em causa a alimentação das pessoas. Neste particular, é o princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, enquanto diretrizes estruturantes da ideia de justiça presente na Constituição portuguesa, que terão o papel de instrumentos viáveis à prossecução da garantia constitucional do mínimo existencial.

Quanto ao princípio da proibição do retrocesso social, terá, eventualmente, o seu lugar próprio em sede de proteção contra revisões constitucionais que pretendam suprimir direitos fundamentais de liberdade, ou direitos fundamentais sociais. No controlo de constitucionalidade de normas restritivas pouco tem a dizer, sendo uma ideia de justiça sem densidade própria.

Para finalizar este ponto, resta ainda dizer o seguinte: o Estado tem o dever de garantir o mínimo vital tendente à sobrevivência de cada pessoa.¹⁹⁰ Mas, pode questionar-se, por exemplo, em que medida esse dever pode ser concretizado. Deve o Estado efetuar prestações em espécie ou pecuniárias em matéria de direito à alimentação? Ou, como questiona Maria João Estorninho, podem estes dois tipos de prestações alternarem-se?¹⁹¹

Apesar de a garantia do direito à alimentação ser efetivável por essas duas formas – com prestações pecuniárias ou com prestações em espécie –, a verdade é que a alternância entre estes dois tipos de prestações não é viável. O núcleo essencial da ideia de justiça inerente ao Estado de Direito Democrático é o princípio da dignidade da pessoa humana. Deste princípio decorre que a pessoa deverá ser tida e tratada como um fim em si mesmo, isto é, como um valor inabalável. Isso implica a aceitação de que cada pessoa tem direito à sua realização, à proteção das suas expectativas, e à sua vivência condigna.

a satisfação dos imperativos de otimização é aplicar-lhes, em caso de colisão, o princípio da proporcionalidade. Este princípio garante que uma norma jusfundamental só possa ser restringida na estrita medida do necessário, sem pôr em causa o conteúdo essencial da norma jusfundamental que tutela o bem jurídico alvo da restrição. Não é uma implicação lógica, como sustenta ROBERT ALEXY (ao conceber o princípio da proporcionalidade como uma regra que deriva, em termos lógicos, da estrutura dos princípios, *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit., pp. 66–67, nota 84), mas sim, uma necessidade de efetivação ou de concretização jusfundamental.

¹⁹⁰ Com base no princípio da imediaticidade da aplicação das normas de direitos fundamentais. (Sobre este princípio, numa perspetiva geral, JOAQUIM CARLOS SALGADO, “Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais”, in *Direito e Legitimidade/Escritos em Homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por Ocasão de seu Decanato como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG*, pp. 208–209).

¹⁹¹ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito da Alimentação*, op. cit., p. 53.

Atribuir a uma pessoa, em situação de carência alimentar, uma prestação em espécie implica entregar-lhe alimentos concretos. Esta prestação, ou é realizável em centros públicos, para o efeito, ou através de senhas para que esta troque em superfícies comerciais. Tal prestação, embora seja apta a cobrir as carências alimentares, coloca a pessoa numa situação de “divulgação” da sua própria situação de fraqueza. Alguém que receba senhas para trocar num supermercado ou que tenha de deslocar-se a um centro público (ou até mesmo que os receba em casa), acaba por ver publicitada a sua situação de carência, isto é, a sua situação de pobreza (extrema). Não que ser pobre seja uma vergonha, mas cada pessoa tem direito à sua privacidade – desde logo a privacidade quanto às suas condições sócio-económicas. Para além do sofrimento de estar com fome, ter de mostrar a outras pessoas essa situação, coloca a pessoa carente numa posição vexatória e mesmo numa posição discriminatória.

Ora, é precisamente esse núcleo elementar da vida de cada um que também deverá ser tutelado pelo direito à alimentação. Assim, as prestações sociais, em matéria de alimentação, deverão ser efetuadas por meios pecuniários, permitindo a superação das dificuldades em manter o mínimo de sobrevivência, garantindo, todavia, a dignidade e a discrição que importam para a proteção da vida privada.¹⁹²⁻¹⁹³ Além disso, as prestações pecuniárias permitem um grau

¹⁹² Note-se que a doutrina aceita que o âmbito de proteção conferido pelo direito fundamental à reserva da vida privada abrange os dados referentes aos rendimentos patrimoniais, situação económica e profissional, a situação patrimonial (relação entre ativo e passivo), os bens, os créditos, os débitos, a pensão alimentar ou a situação de penhora judicial. (JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Anotação ao artigo 26.º*, Anotação de ANTÓNIO CORTÊS e RUI MEDEIROS; CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, pp. 320-326).

Por maioria de razão se deve estender à situação de carência alimentar publicitada socialmente por força das prestações sociais efetuadas em espécie. As prestações por meios pecuniários permitem salvaguardar essa situação e conferem uma proteção acrescida ao direito à reserva da vida privada, no que às situações de carência alimentar diz respeito.

É que cada pessoa tem o direito de estar sozinha (*right to be alone*) e de fechar-se na sua esfera moral íntima onde pode proteger-se e ao mesmo tempo superar as suas fraquezas. (CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, p. 317). E, a publicitação da situação de carência alimentar, através dos meios de suprimento dessa mesma carência que a demonstrem, viola, por essa forma, esse direito sagrado de assegurar a intimidade das fraquezas de cada um.

A menção ao direito da reserva da intimidade da vida privada no texto parte de uma visão global do que seja a vida íntima ou vida privada. Neste sentido, não se usam os referidos conceitos com a delimitação que a doutrina alemã lhes atribuiu: (i) vida íntima (*der Geheimbereich*), que compreende os atos e factos que, em absoluto, não devem ser conhecidos dos restantes membros do grupo; (ii) vida privada (*der Privatbereich*), que engloba os acontecimentos na esfera dos sujeitos que são compartilhados com um grupo restrito de pessoas; (iii) e a vida pública (*der Öffentlichkeitsbereich*), que diz respeito a eventos suscetíveis de serem conhecidos por todos, mas que se inserem no âmbito da esfera particular de participação pública de cada sujeito. (Sobre este ponto: RITA

maior de realização do direito à alimentação, enquanto manifestação do direito à liberdade, permitindo-se, por essa via, que cada pessoa beneficiária de ajuda possa livremente escolher os alimentos que prefere, e não ficar subordinada aos tipos de alimentos concretamente distribuídos por meio das atribuições alimentícias em espécie.

As prestações em espécie, no âmbito do dever estatal de promover o direito à alimentação, são contrárias ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que expõem a própria situação de carência, o que contende com a dignidade da proteção do direito à reserva da vida privada prevista no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição portuguesa. Como afirmam Antónimo Cortês e Rui Medeiros: «O artigo 26.º constitui **expressão directa do postulado básico da dignidade humana** que a Constituição consagra logo no artigo 1.º como valor básico logicamente anterior à própria ideia de Estado de Direito democrático e que constitui a referência primeira em matéria de direitos fundamentais. Simultaneamente, a dignidade humana encontra aqui uma sede fundamental de definição normativa: quem invoca a dignidade humana não poderá deixar de ter em conta, simultaneamente, os direitos aqui consagrados, pois estes dão-lhe expressão mais definida.»¹⁹⁴

AMARAL CABRAL, “O Direito à Intimidade da Vida Privada (Breve Reflexão Acerca do Artigo 80.º do Código Civil)”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, p. 398).

¹⁹³ A possibilidade de identificação das pessoas em situação de carência alimentar a partir de atos de assistência social, curiosamente, foi analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no importante acórdão *Stauder* (caso 29/69 de 1969). Estava em causa a interpretação de uma norma emitida pela União Europeia que impunha a identificação das pessoas beneficiárias da redução de preços na compra de manteiga. Tratava-se de uma medida incentivadora ao consumo e aumento do comércio de manteiga no mercado da União (artigo 4.º da decisão n.º 69/71), com o fomento de ajudar as pessoas mais necessitadas. Como forma de controlo do sistema, impôs-se a divulgação aos vendedores de informações concernentes com a possibilidade de identificação das pessoas beneficiárias da redução dos preços. A questão que se colocava era a de saber se o nome das pessoas beneficiárias poderia ou não estar contido nos cupões que permitiam a acesso à referida redução dos preços de venda da manteiga.

A questão colocava-se ao nível da proteção dos direitos fundamentais, enquanto princípios gerais de Direito, e o TJUE acabou por decidir que a interpretação da norma em causa não obrigava nem proibia a identificação dos beneficiários pelos seus respetivos nomes, não pondo, assim, em causa qualquer direito fundamental enquanto princípio geral de Direito da União.

Sem entrar numa crítica direta à decisão do Tribunal, é importante salientar que, desde logo, a questão da proteção da privacidade das pessoas beneficiárias de assistência em situação de carência alimentar é uma questão de direitos fundamentais.

¹⁹⁴ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Anotação ao artigo 26.º*, (Anotação de ANTÓNIO CORTÊS e RUI MEDEIROS).

Conclusão

Do que ficou dito, resulta que o direito à alimentação se manifesta como um direito fundamental, instrumental à vida humana e à dignidade humana. Este direito projeta-se na esfera do direito à vida e na esfera do direito à liberdade. Importa, pois, dizer que este direito não é só uma necessidade humana, como se configura, também, no espaço de liberdade – a liberdade de escolha dos hábitos e preferências alimentares.

Daqui decorre que o Estado, enquanto garante dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, deverá abster-se de interferir abusivamente na esfera da livre escolha alimentar das pessoas, bem como deverá atuar por forma a garantir o mínimo existencial alimentar, evitando as situações de carência ou pobreza em matéria alimentícia.

Além disso, o Estado português deverá contribuir para um desenvolvimento alimentar sustentado, aprimorando as técnicas de produção, de redistribuição, nunca desrespeitando os valores culturais e sociais que a alimentação contém para a comunidade, incorporando, desta forma, a conceção filosófica de Johan Galtung. Assim, exige-se um compromisso entre o desenvolvimento alimentar e a preservação da própria cultura alimentar. Trata-se, não só de uma exigência da dignidade humana, como de uma consequência necessária da própria natureza humana.

Referências Bibliográficas

- ALEXANDRINO, José de Melo – *A Estruturação do Sistema de Direitos Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, Vol. II (A Construção Dogmática)*, Almedina, 2006.
- ALEXANDRINO, José de Melo – *Direitos Fundamentais/Introdução Geral*, 2.^a ed., Principia, 2011.
- ALEXANDRINO, José de Melo – *O Discurso dos Direitos*, Coimbra Editora, 2011.
- ALEX, Robert – *A Theory of Constitutional Rights*, Trad. de Julian Rivers, (Reimpressão), Oxford University Press, 2010.
- ALEX, Robert – “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, Number 3, September, 2000.
- AMARAL, Maria Lúcia – “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em Comemoração do 70.º Aniversário/Estudos de Direito e Filosofia*, Almedina, 2009.
- AMARAL, Maria Lúcia – *A Forma da República/Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, (Reimpressão), Coimbra Editora, 2012.

- ANDRADE, José Carlos Vieira de – “O “Direito ao Mínimo de Existência Condigna” como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional”, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02”, *Jurisprudência Constitucional*, N.º 1, Janeiro/Março de 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, 2012.
- ARISTÓTELES – *Ética a Nicómaco*, Trad. de António de Castro Caeiro, 4.ª ed., Quetzal Editores, 2012.
- ARISTÓTELES, *Tratado da Política*, Trad. de M. de Campos, 2.ª ed. Publicações Europa-América, 2000.
- ASCENSÃO, Oliveira – “Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. L, n.ºs 1 e 2, 2009.
- ASCENSÃO, Oliveira – “A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010.
- AVILÉS, Maria Del Carmen Barranco – *La Teoría de los Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid.
- BLANCIA, Francesco – *I Diritti Fondamentali come Conquiste Sovrastatali di Civiltà/Il Diritto di Proprietà nella CEDU*, G. Giappichelli Editore, Torino.
- CABRAL, Rita Amaral – “O Direito à Intimidade da Vida Privada (Breve Reflexão Acerca do Artigo 80.º do Código Civil)”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1989.
- CANARIS, Claus-Wilhelm – *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, (3.ª Reimpressão), Almedina, 2012.
- CANAS, Vitalino – “Proporcionalidade”, in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Quid Juris, 2013.
- CANOTILHO, Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., (7.ª Reimpressão), Almedina.
- CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte – “Nótula sobre a Fundamentação dos Direitos Humanos”, in *Direitos Humanos*, Almedina, 2003.
- COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães – *Ensaio sobre a Inconstitucionalidade das Leis no Direito Português*, França e Armenio Editores, Coimbra.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da – “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, in *Direito Constitucional/Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Dialética, São Paulo, 1999.
- CUPIS, Adriano de – *I Diritti Della Personalità*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1950.
- DELPÉRÉE, Francis – “O Direito à Dignidade Humana”, in *Direito Constitucional/Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Dialética, São Paulo, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María – *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas.

- DUARTE, David – *Da Lei-Medida na Democracia Social*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1992.
- DWORKIN, Ronald – *A Virtude Soberana/A Teoria e a Prática da Igualdade*, Trad. de Jus-sara Simões, Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- DWORKIN, Ronald – *Justiça para Ouriços*, Trad. de Pedro Elói Duarte, Almedina, 2012.
- ESTORNINHO, Maria João – *Direito da Alimentação*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013.
- FREITAS, Tiago Fidalgo de – “O Princípio da Proibição do Retrocesso Social”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento, Vol. II*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006.
- GALTUNG, Johan – *Direitos Humanos – Uma Nova Perspectiva*, Trad. de Margarida Fernandes, Instituto Piaget, 1994.
- HAARSCHER, Guy – *A Filosofia dos Direitos do Homem*, Trad. de Armando Pereira da Silva, Instituto Piaget.
- HÄBERLE, Peter – “A Humanidade como Valor Básico do Estado Constitucional”, in *Direito e Legitimidade/Escritos em Homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por Ocasão de Seu Decanato como Professor Titular da Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG*, Trad. de Claudio Molz, Landy, São Paulo, 2003.
- HABERMAS, Jürgen – *Direito e Democracia/Entre Facticidade e Validade, Vol. I*, Trad. de Flávio Beno Siebeneichler – UGF, 2.^a ed., Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2012.
- HART, Herbert – *O Conceito de Direito*, Trad. de Armindo Ribeiro Mendes, 5.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HIPÓCRATES – *Tratados Hipocráticos, (Sobre el Alimento), Vol. III*, Trad. de C. García Gual/J. M.^a Lucas de Dios/B. Cabellos Álvarez/I. Rodríguez Alfageme, Editorial Gredos, 1991.
- HOBBS, Thomas – *Leviatã*, Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 4.^a ed., Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2010.
- JR., Tercio Sampaio Ferraz – *Teoria da Norma Jurídica/Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa*, 2.^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 1986.
- KELSEN, Hans – *Teoria Geral do Estado*, Trad. de Fernando de Miranda, Coimbra Arménio Amado Editor, 1938.
- KELSEN, Hans – *General Theory of Law and State*, Trad. de Anders Wedberg, The Lawbook Exchange, LTD, Clark, New Jersey, 1945.
- KERVÉGAN, Jean-François – “Democracia e Direitos Humanos”, in *Direito e Legitimidade/Escritos em Homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por Ocasão de Seu Decanato como Professor Titular da Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG*, Trad. de Cláudia Toledo e Luiz Moreira, Landy, São Paulo, 2003.

- LUÑO, Antonio Enrique Perez – *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*, 8.^a ed., Tecnos.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba – *Teoria dei Diritti Fondamentali*, Trad. de Letizia Mancini, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993.
- MEDEIROS, Rui/Silva, Jorge Pereira da – “Anotação ao Artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa”, in *Miranda, Jorge/Medeiros, Rui – Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2010.
- MEDEIROS, Rui/Cortês, António – “Anotação ao Artigo 26.º da Constituição d República Portuguesa”, in *Miranda, Jorge/Medeiros, Rui – Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2010.
- MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 5.^a ed., Coimbra Editora, 2012.
- MIRANDA, Jorge/Cortês, António – “Anotação ao Artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa”, in *Miranda, Jorge/Medeiros, Rui – Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2010.
- MIRANDA, Jorge – “A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, Vol. I*, Coimbra Editora, 2010.
- MONCADA, Cabral de – *Filosofia do Direito e do Estado, Volume II, Doutrina e Crítica*, (Reimpressão da 1.^a ed. de 1966), Coimbra Editora, 2006.
- MOREIRA, Isabel – *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, 2007.
- MOUTINHO, José Lobo – “Anotação ao Artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa”, in *Miranda, Jorge/Medeiros, Rui – Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2010.
- NETO, Luísa – *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo/(A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*, Coimbra Editora, 2004.
- NEVES, A. Castanheira – *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica, I*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis – “Renúncia a Direitos Fundamentais”, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976, Vol. I*, Coimbra Editora, 1996.
- NOVAIS, Jorge Reis – *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis – *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, (Reimpressão), Coimbra Editora, 2011.
- NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Sociais/Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2010.

- NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, 2012.
- OTERO, Paulo – “Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Vol. I*, Almedina, 2008.
- OTERO, Paulo – “Dignidade da Pessoa Humana”, in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Quid Juris, 2013.
- PERELMAN, Chaïm – *Ética e Direito*, Trad. de João C. S. Duarte, Instituto Piaget, 2002.
- QUEIROZ, Cristina – *O Princípio da não Reversibilidade dos Direitos Sociais/Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*, Coimbra Editora, 2006.
- RADBRUCH, Gustav – *Filosofia do Direito*, Trad. de Marlene Holzhausen, Martins Fontes, São Paulo, 2004.
- RAMIÃO, Rúbem Miguel Pereira – *Justiça, Constituição & Direito*, Quid Juris, 2013.
- SALGADO, Joaquim Carlos – “Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais”, in *Direito e Legitimidade/Escritos em Homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por Ocasão de Seu Decanato como Professor Titular da Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG*, Trad. de Claudio Molz, Landy, São Paulo, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang – *A Eficácia dos Direitos Fundamentais/Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 11.^a ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da – *Direitos Fundamentais/Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2.^a ed., (2.^a Tiragem), Malheiros Editores, São Paulo, 2011.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.
- TORRES, Ricardo Lobo – “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, *R. Dir. Proc. Geral*, Rio de Janeiro, 42, 1990.
- ZIPPELIUS, Reinhold – *Teoria Geral do Estado*, Trad. de António Cabral de Moncada, 2.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

O crédito para jogo nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: subsídios para a resolução da questão do “side-betting or the multiplier” e para a admissibilidade da figura doutrinal alemã do “contrato com eficácia de protecção para terceiros”

DR. HUGO LUZ DOS SANTOS*

SUMÁRIO: *I) A questão do side-betting ou multiplier e a simulação relativa: a prevalência do negócio dissimulado e a (ir)relevância do negócio jurídico indirecto, que não se confunde com a simulação relativa; Brevíssimas notas sobre o crédito para jogo em Macau como uma relação obrigacional em sentido amplo sem deveres primários de prestação (Schuldverhältnisse im weiteren Sinne ohne primäre Leitungspflichten) em relação ao Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau; II) Proposta de resolução da questão do “side-betting or multiplier”; o crédito para jogo como um contrato com eficácia de protecção para terceiros (Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte); as contas omnibus e as contas-espelho, e a admissibilidade, de iure condendo, do recurso a métodos indirectos de determinação da matéria colectável; III) A questão da sustentabilidade económico-financeira futura da RAEM, afectada por via da diminuição da percepção da receita fiscal proveniente dos casinos de Macau, e a solidariedade intergeracional; IV) O dano reputacional infligido à Região Administrativa Especial de Macau, (também) por via da diminuição da receita fiscal proveniente dos casinos de Macau – breves notas.*

RESUMO: O presente artigo científico** colima-se à análise do regime jurídico do crédito para jogo introduzido na Região Administrativa Especial de Macau pela Lei n.º 5/2004, de 14 de Junho, principalmente no que se refere à (candente) questão do side-betting or the “multiplier”. Em sede deste artigo doutrinal apontam-se algumas pistas de resolução da questão do side-betting or the multiplier preconizando-se,

* Magistrado do Ministério Público.

** Este artigo doutrinal segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

nomeadamente, a mobilização, para os quadros do regime jurídico do crédito para jogo nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau, da categoria doutrinal da *simulação relativa*, do *contrato com eficácia para protecção de terceiros*, e do *dano reputacional* que, por via da diminuição da percepção da receita fiscal, é infligido à Região Administrativa Especial de Macau (RAEM); o que constitui um *risco* para a *sustentabilidade económico-financeira* da Fazenda Nacional da RAEM, e faz *perigar a solidariedade intergeracional* em vista da qual aquela *sustentabilidade económico-financeira* foi erigida.

PALAVRAS-CHAVE: *crédito para jogo em Macau*; *gaming*; “*side-betting*”; “*multiplier*”; *simulação relativa*; *negócio jurídico indirecto*; *contas omnibus*; *contas-espelho*; *contrato com eficácia para protecção de terceiros*; *métodos indirectos de determinação da matéria colectável*; *dano reputacional*; *sustentabilidade económico-financeira da Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau*; *solidariedade intergeracional*.

I – A questão do *side-betting* ou *multiplier* e a *simulação relativa*: a *prevalência do negócio dissimulado* e a *(ir)relevância do negócio jurídico indirecto*, que não se confunde com a *simulação relativa*. **Brevíssimas notas sobre o crédito para jogo em Macau como uma relação obrigacional em sentido amplo sem deveres primários de prestação (*Schuldverhältnisse im weiteren Sinne ohne primäre Leitungspflichten*) em relação ao Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau**

Como escrevemos noutro local¹, o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2004, de 14 de Junho preceitua que “Apenas existe concessão de crédito quando um concedente de crédito transmita a um terceiro a titularidade de fichas de jogos de fortuna ou azar em casino sem que haja lugar ao pagamento imediato, em dinheiro, dessa transmissão”.

A esta luz, a doutrina tem afirmado que o *mesmo resultado económico* pode gerar diferentes enquadramentos jurídicos, tendo em conta os diversos *contratos* na base do *crédito para jogo*².

¹ HUGO LUZ DOS SANTOS, “Os contratos de jogo e aposta e o crédito para jogo nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: Contributo para a resolução da questão do “*Walking*” e para a admissibilidade da *negative pledge* e da *equitable lien* norte-americanas”, in: *Revista de Administração Pública de Macau*, n.º 107, Macau, China, (2015), *passim*, e que aqui seguiremos, em breves trechos, de muito perto.

² Ver, sobre o contrato de concessão comercial (artigo 657.º e ss do Código Comercial de Macau), no âmbito do qual o contrato e revende os bens produzidos ou distribuídos por uma outra parte, agindo assim enquanto distribuidor; JORGE GODINHO, *Macau Business Law and Legal System*, Lexis-Nexis, Hong Kong, (2007), pp. 126-129.

Nomeadamente, é concebível a existência de um *contrato de mútuo* (artigo 1070.º, do Código Civil de Macau) ou de um *contrato de compra e venda de fichas de jogo com pagamento do preço em momento posterior*³.

Essa qualificação jurídica assenta, na óptica dessa doutrina, no facto de que a “*transmissão da titularidade*” parecer aludir à *entrega física* das fichas, o que confere ao *crédito para jogo* um carácter real (*quoad constitutionem*). Tal harmoniza-se, refere ainda a aludida doutrina, com o regime do *contrato de mútuo*, onde as coisas mutuadas se tornam propriedade do mutuário pelo *facto da entrega* (artigo 1071.º, do Código Civil de Macau); com efeito, onde seja divisável uma *compra e venda de fichas*, esta noção fará referência, igualmente, ao *cumprimento da obrigação de entrega das fichas vendidas*. Como quer que seja, para a lei do *crédito para jogo* parece relevar sobretudo a *situação económico-empírica*: para que o *beneficiário do crédito* fique imediatamente habilitado a jogar é indispensável a *transferência material* (ou seja, a *entrega física* das fichas) das fichas de jogo, sendo este o centro de gravidade em causa⁴.

Esta noção dogmática, que polariza o seu enfoque analítico na qualificação jurídica do *crédito para jogo*, tem *aplicação imediata* aos casos em que o *beneficiário do crédito para jogo* (o jogador) *utiliza todo o capital mutuado* para o jogo ou aposta no casino; na medida em que *todo o capital mutuado (crédito para jogo)* atribuído pelo concedente de crédito, é canalizado, através da compra de *fichas de jogo (chips)*, para a *finalidade lúdica de jogo ou aposta* nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau.

E nos casos de “*side-betting or the “multiplier”*”, em que o *concessionário do crédito para jogo* (o jogador) só *utiliza parcialmente, com o conhecimento e consentimento prévio do “patron”*, o montante que lhe foi concedido para essa *finalidade lúdica*?

Mas o que é o “*side-betting or the “multiplier”*”?

São “*agreements between a third party and a patron whereby the amount formally credited is only a fraction of the real amount formally credited is only a fraction of the real amount, which remains concealed, poses a considerable challenge. In side-betting, the real value of each bet is multiplied; the nominal value is not the real value*”⁵. This creates a parallel betting scheme that is not

³ Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, (BFDUM)*, Macau, China, (2007), p. 89.

⁴ Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, p. 89.

⁵ Neste sentido, OCTO CHANG/BEN LEE, “The Multiplier”, in: *Inside Asian Gaming*, April 2007, (2007), pp. 20-22, referindo que “*that one of the implications is that Macau gaming revenue is likely to be substantially higher than official figures suggest*”; OCTO CHANG, “Revenue Sharing Revealed”, in: *Inside Asian Gaming*, March 2007, (2007), pp. 26-27; LUÍS PESSANHA, “Gaming Taxation in Macau”, in: *Gaming Law Review and Economics*, (2008), pp. 340-347.

taxed, but goes through official casinos and follows the rules of the games. In side-betting, both the casino taking bets and the junket for a parallel, untaxed betting scheme⁶. This generates a direct erosion of the tax revenue⁷. From a contract law point of view, side betting is a sham transaction or relative simulation, so that a fraction of the transactions goes untaxed, but not all⁸.

Concordamos com a qualificação jurídica de *simulação relativa* (artigo 233.º, n.º 1, do Código Civil de Macau), e não com a qualificação jurídica de um *negócio indirecto* (originária e supervenientemente) *válido*.

Na verdade, o *negócio simulado* é nulo (artigo 232.º, n.º 2, do Código Civil de Macau); e é conatural à simulação o intuito de *enganar terceiros* (os casinos de Macau e a Fazenda Nacional de Macau), e de lhes *ocultar* algo de relevante no negócio através da criação duma *falsa aparência* que pode incidir sobre a *identidade das partes, sobre o preço, sobre o tipo, sobre o conteúdo, ou sobre um outro elemento do negócio* (artigo 232.º, n.º 1, do Código Civil de Macau). A *forma* adoptada no negócio, tal como os *simuladores* lhe dão *aparência, nunca pode revelar a totalidade do negócio real dissimulado*⁹. *Essa revelação seria incompatível com a simulação e só poderia ser conseguida sem ela*¹⁰. Não pode, pois, haver *simulação relativa* sem que algo do *negócio dissimulado* falte ou seja *diferente no negócio simulado* (artigo 233.º, n.º 1, do Código Civil de Macau). Parece, pois, ser preferível a solução de considerar *formalmente válido* o *negócio real (dissimulado)*, desde que a forma que a lei exige para a sua *validade* tenha sido observada no *negócio aparente (simulado)* independentemente da parte do negócio que tenha sido *oculta* e do *regime formal* que, em si mesma, justificaria e da razão de ser da *exigência legal de forma* (artigo 233.º, n.º 2 e 3, artigo 212.º, n.º 1, ambos do Código Civil de Macau)¹¹⁻¹².

A significar que a *simulação relativa* é um *acto ilícito* que dá lugar à obrigação de indemnizar os danos causados à contraparte, nos termos gerais do artigo

⁶ Ver JORGE GODINHO, “Casino Gaming in Macau: Evolution, Regulation and Challenges”, in: *UNLV Gaming Law Journal (UNLVGLJ)*, Volume 5, Issue 1, (2014), p. 21.

⁷ Ver I. NELSON ROSE, “Macau and China’s Gambling Problem”, in: *Gambling and the Law*, Encino, California, (2013), p. 4.

⁸ JORGE GODINHO, “Casino Gaming in Macau: Evolution, Regulation and Challenges”, *cit.*, p. 21.

⁹ Por essa razão se compreende que a doutrina alemã afirme a este propósito que “o não valer é o conteúdo do negócio”; DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.ª edição, Heidelberg, (2002), p. 231 (n.º 594); W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, 4.ª edição, Berlin – Heidelberg – New York, (1992), pp. 299–331.

¹⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – I – Parte Geral, tomo I*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, (2005), pp. 763 e ss.

¹¹ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, Quid Juris?, Lisboa, (2004), p. 38.

¹² HEINRICH EWALD HÖRSTER, “Simulação. Simulação Relativa. Formalismo legal”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 19, Julho-Setembro 2007, Braga, cejur, (2007), p. 25.

219.º, n.º 1 do Código Civil de Macau, e os danos causados a terceiros (os casinos de Macau e a Fazenda Nacional de Macau) nos termos gerais do artigo 477.º, n.º 1, do Código Civil de Macau¹³.

Assim, tem de haver-se por inteiramente *válido* o *dissimulado* negócio de *side-betting ou multiplier*, porquanto o mesmo foi *formalizado por documento particular*, forma adoptada para a celebração do *simulado* negócio jurídico de *crédito para jogo*, tendo, pois, sido observada a *forma legalmente exigida* para o *negócio dissimulado* de *side-betting ou multiplier*¹⁴ (artigo 399.º, n.º 1 e 2, do, artigo 211.º, n.º 1, artigo 215.º, n.º 1, artigo 233.º, n.º 2, e 3, todos do Código Civil de Macau).

O que não significa, *adquirida* que está a *licitude do negócio dissimulado (side-betting ou multiplier)*, que este *manto diáfano* de *licitude* o transmute em um *negócio indirecto*, que se distingue da *simulação relativa* (artigo 233.º, n.º 1, do Código Civil de Macau).

Porquanto, para Pedro Pais Vasconcelos, no *negócio jurídico indirecto* ocorre uma diferença entre o *fim típico de referência* e o *fim indirecto* que é efectivamente prosseguido¹⁵.

Os elementos essenciais definidores e distintivos dos *negócios jurídicos indirectos* serão, para este autor, “o tipo de referência e o fim indirecto”¹⁶.

Por seu turno, Orlando de Carvalho, aponta como critérios para determinar a ontologia de um *negócio jurídico indirecto*: “a existência de uma vontade séria dos efeitos típicos designados em concreto no negócio-meio, para excluir a ideia de inominação; fim indirecto, possuidor da capacidade funcional, em abstracto, mas no caso real remetido para o campo dos motivos e decorrendo como efeito normal do negócio adoptado.”¹⁷

O problema conceitual do *negócio jurídico indirecto* depende, por um lado, da *tipicidade do negócio adoptado*, e, por outro lado, da *verificação*, ou *destinação*, de um *fim indirecto* em face do negócio adoptado, *autónimo* em face das respectivas consequências normais, mas a derivar *imediatamente* da própria actuação do negócio.

¹³ Infra retomaremos esta questão em sede da epígrafe do *dano reputacional infligido ao Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau*.

¹⁴ Adiante concretizaremos as consequências jurídico-fiscais da licitude do negócio dissimulado (*side-betting or multiplier*).

¹⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 7.ª edição, (2012), pp. 544-546.

¹⁶ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 544-546.

¹⁷ ORLANDO DE CARVALHO, “Negócio Jurídico Indirecto” (Teoria Geral), in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, (Suplemento X), (BFDUC), Coimbra, Coimbra Editora, (1994), pp. 14, 15, 22, 42, 36, 62, 91 a 92, 111 a 118.

Na senda de distinção dos *negócios jurídicos indirectos* com *figura afins*, tanto Pedro Pais Vasconcelos como Orlando de Carvalho, *convergem no sentido de que aqueles não se podem confundir com a simulação*. Nas palavras do Professor Pedro Pais Vasconcelos, o *negócio jurídico indirecto não deve ser confundido com o negócio simulado e, por inerência, com a simulação relativa*, em que as partes convencionam entre si celebrar certo negócio (*negócio real ou dissimulado*), mas *declarar exteriormente* que celebraram um outro diferente negócio (*negócio aparente ou simulado*)¹⁸.

O *negócio simulado* tem uma configuração complexa, tripla, em que se conjugam formalmente, em princípio, três aspectos: o *negócio aparente*, que é *simulado*; o *pacto simulatório*, que é mantido secreto e pelo qual as partes acordam só vale e tem verdadeira vigência, entre elas, e o *negócio verdadeiro e não o aparente*, e que *este* apenas deve ser exigido perante *terceiros*. Diferentemente, no *negócio jurídico indirecto* não existe *pacto simulatório*, *não existe divergência intencional entre a vontade real e a vontade declarada*; não existe a intenção de criar externamente uma *falsa aparência negocial*, não existe acordo *para enganar terceiros*¹⁹.

No *negócio jurídico indirecto* as partes não têm a intenção de esconder o que quer que seja, nem de enganar quem quer que seja. Querem simplesmente utilizar o *modelo regulativo* de um *tipo negocial* para um *fim* que não corresponde à sua *função típica*, mas que esse *tipo* permite alcançar²⁰; o que, manifestamente, não acontece no caso do *side betting or multiplier*, uma vez que o *patron* e o *cessionário do crédito para jogo* urdem um *pacto simulatório*, em sede do qual têm a *intenção* de criar uma *falsa aparência negocial*, com o intuito de *enganar terceiros* (os casinos e a Fazenda Nacional de Macau) e, por aí, diminuir o *montante de imposto devido*.

Ademais, a qualificação jurídica do *side betting or multiplier*, como *negócio simulado*, com a sub-espécie de *simulação relativa*, acima preconizada, busca o seu sentido hermenêutico na ideia de que o *Estado-Colectividade* da Região Administrativa Especial de Macau, em sede da *relação jurídica fundamental*²¹ celebrada com os diversos intervenientes da indústria de jogo nos casinos de Macau, está investida no *direito subjectivo* de *exigir* daqueles a *incolumidade da receita fiscal emergente do crédito para jogo*, porque da *integridade da receita fiscal* emergente dos casinos de Macau *depende* a densificação da *própria dignidade da pessoa humana*²²

¹⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 544-546.

¹⁹ ORLANDO DE CARVALHO, “Negócio Jurídico Indirecto” (Teoria Geral), cit., pp. 91 a 92, 111 a 118.

²⁰ ORLANDO DE CARVALHO, “Negócio Jurídico Indirecto” (Teoria Geral), cit., pp. 111 a 118.

²¹ Na doutrina alemã, KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.ª edição, C. H. Beck, München, (1997), pp. 22-34.

²² Na doutrina alemã, GÜNTHER DÜRIG, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems des Grundrechte aus Art. I in Verbindung mit Art. 19 Abs II des

(artigo 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau), é dizer, da *comunidade de fins*²³ em vista da qual *aquela* foi erigida.

Deste modo, cobra sentido hermenêutico referir-se que, em abstracto, as *partes contraentes* do crédito para jogo nos casinos de Macau têm, no âmbito de uma *relação obrigacional em sentido amplo*, um *dever de prestação* e um *dever de protecção* para com a Região Administrativa Especial de Macau.

Os *deveres* compreendidos na *relação de prestação* pretendem *alterar* a actual situação jurídica dos bens – atribuindo ao *credor* (*Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau*) as *vantagens* (*percepção integral da receita fiscal emergente do crédito para jogo*) e impondo aos *devedores* (*as partes contratantes do crédito para jogo*) as *desvantagens* decorrentes do *acto de cumprimento das obrigações fiscais*; os *deveres* compreendidos na *relação de protecção* pretendem *conservar* a actual situação jurídica dos bens de *ambos* os sujeitos da *relação obrigacional em sentido amplo*, tutelando-as contra *ingerências* na sua pessoa, na sua *propriedade* ou no seu *património*²⁴.

Excepcionalmente, o conteúdo de uma *relação obrigacional em sentido amplo* compõe-se exclusivamente de uma *relação de protecção* – v.g., porque a *relação de prestação* ainda não se constituiu, ou já se extinguiu²⁵.

Grundgesetz”, in: *Archiv des öffentlichen*, (1956), p. 125; TATJANA GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs 1 Grundgesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, (1990), pp. 15–36; na doutrina portuguesa, NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”. Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil*, dissertação de doutoramento, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, (2002), pp. 104–112; BENEDITA MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in: *Estudos em comemoração do décimo aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Escola de Direito do Minho, Almedina, Braga, Coimbra, (2003), pp. 151–174.

²³ Na doutrina norte-americana, DANIEL MARKOVITS, “Contract and Collaboration”, in: *Yale Law Journal*, Vol. 113, (2004), pp. 1417–1518 (1434–1435).

²⁴ Na doutrina alemã, CLAUS-WILLEM CANARIS, “Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten”, in: *Rivista critica del diritto privato*, (1983), pp. 567–617; na doutrina portuguesa, NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, “Inexigibilidade judicial do cumprimento de deveres acessórios de conduta”, in: *Scientia Juridica*, Maio–Agosto de 2002, (2002), pp. 295–303 (295); NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, “Deveres de protecção em relações obrigacionais”, in: *Scientia Juridica*, Setembro–Dezembro de 2003, (2003), pp. 495–523; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Contrato e deveres de protecção”, in: *Separata do Vol. XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, (Coimbra), (1994), pp. 36 e ss.

²⁵ NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, (2011), p. 165.

A doutrina alemã²⁶ e portuguesa²⁷ usam o termo *relações obrigacionais em sentido amplo sem deveres primários de prestação* (*Schuldverhältnisse im weiteren Sinne ohne primäre Leitungspflichten*) para designar justamente os *casos excepcionais* em que só há uma *relação de protecção* de uma das partes em relação à outra: é o caso paradigmático das *relações obrigacionais com eficácia de protecção para terceiros* (neste caso, o *Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau*) que abordaremos de seguida.

II – Proposta de resolução da questão do “side-betting or multiplier”; o crédito para jogo como um contrato com eficácia de protecção para terceiros (*Schuldverhältnis mit Schuttwirkung für Dritte*), as contas omnibus e as contas-espelho, e a admissibilidade, de iure condendo, do recurso a métodos indirectos de determinação da matéria colectável

Esclarecido o fundamento teleológico das *relações obrigacionais em sentido amplo sem deveres primários de prestação* (*Schuldverhältnisse im weiteren Sinne ohne primäre Leitungspflichten*), deve explicitar-se o conceito de *relação obrigacional com eficácia de protecção para terceiros* (*Schuldverhältnis mit Schuttwirkung für Dritte*)²⁸, que não se confunde, no entanto, com o *contrato a favor de terceiro* (artigo 437.º, n.º 1, e artigo 438.º, n.º 1, ambos do Código Civil de Macau).

Os *devedores* (as partes contraentes do *crédito para jogo* que acordam uma *simulação relativa*, quanto ao montante total do capital mutuado para esse efeito, com o intuito de *enganar terceiros*, nomeadamente os casinos e a Fazenda Nacional de Macau) ao *conduzirem-se ilicitamente* (*i.e.*, *diminuindo* sensivelmente o *net income* dos casinos e o *tax revenue* do Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau), infringindo os *deveres de prestação* (*pagamento integral* dos impostos à RAEM) compreendidos numa *relação obrigacional em sentido estrito* ou os *deveres de protecção* compreendidos numa *relação obrigacional em sentido amplo* (por exemplo, numa *relação jurídica pós-contratual* com a RAEM), podem *pôr em perigo* os *direitos* ou os *interesses* do *terceiro* relativamente à *relação jurídica fundamental* entre as partes contraentes do *crédito para jogo*: o Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau que, por via da *diminuição da receita fiscal* (*tax revenue*) emergente dos casinos de Macau, vê *afectada* a sua sus-

²⁶ VOLKER EMMERICH, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Edição, C. H. Beck, München, (1994), pp. 661-691.

²⁷ NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., p. 165.

²⁸ NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., p. 169.

tentabilidade económico-financeira²⁹ e, por conseguinte, a solidariedade intergeracional para com as gerações vindouras da RAEM³⁰.

Os requisitos dessa *eficácia de protecção para terceiros* reconduzem-se a quatro: i) que o *terceiro* (Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau) esteja na *proximidade da prestação* (*Leitungsnähe*) entre as *partes contraentes do crédito para jogo*; ii) que o *credor* (os *casinos de Macau*) tenha, ou deva ter, *interesse na protecção de terceiro*; iii) que os *devedores* (*as partes contraentes do crédito para jogo*) saibam, ou devam saber, que o *credor* tem, ou deve ter, *interesse na protecção de terceiro*³¹.

Estando preenchidos os *quatro* requisitos, o *crédito para jogo* constituirá *duas relações obrigacionais*. Entre o *credor* (casinos de Macau) e os *devedores* (partes contraentes do contrato de crédito para jogo) – logo, há uma *relação obrigacional com deveres primários de prestação*; entre os *devedores* e o *terceiro* (Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau) – logo, há, tão-só, uma *relação obrigacional em sentido amplo sem deveres primários de prestação*³²⁻³³.

²⁹ Neste sentido se compreende a razão pela qual a mais autorizada doutrina macaense refira que “as receitas decorrentes dos impostos sobre o jogo passaram, de modo gradual e com o crescimento da indústria do jogo, a ser uma fonte indispensável nas receitas públicas. Assim, Macau entrou num processo evolutivo em que a indústria do jogo predomina e orienta o desenvolvimento económico-social”; Neste sentido, LOU SHENGHUA, “Acções de beneficência e de interesse público a cargo do sector do jogo de Macau até à abolição do monopólio”, in: *Revista de Administração Pública de Macau*, n.º 104, vol. XXVII, 2014-2.ª, Macau, China, (2014), pp. 385-408 (388).

³⁰ Retomaremos este tema adiante, no capítulo 3.º.

³¹ Os tribunais alemães fazem usualmente referência a um *quinto requisito*: a *necessidade de protecção do terceiro* (*Schutzbedürftigkeit des Dritten*). “O terceiro deveria ter necessidade de protecção. O requisito falharia sempre que o terceiro tivesse uma pretensão contratual contra o devedor, de conteúdo semelhante à do credor”; neste sentido, na doutrina alemã, HANS BROX/WOLF DIETRICH WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 29.ª edição, C.H. Beck, München, (2003), p. 355.

³² NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., p. 171.

³³ O § 311, n.º 3 do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) positiva-a hoje explicitamente; sobre as *relações obrigacionais com eficácia de protecção para terceiros*, que aqui seguimos de muito perto, ver, na doutrina alemã, EIKE SCHMIDT, *Das Schuldverhältnis*, C. F. Müller, Heidelberg, (2004), pp. 38-41; JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, (2010), pp. 429-438; HEIN KÖRTZ, *Vertragsrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, (2009), pp. 216-221; JAN BUSCHE, “Die Begründung von Schuldverhältnissen”, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Seiler/ de Gruyter, Berlin, (2008), pp. 190-234; FLORIAN FAUST, “Der Schutz von der reinen Vermögensschaden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 210, (2010), pp. 559-574; na doutrina italiana, MARCELO MAGGIOLO, “Effetti contrattuali a protezione del terzo”, in: *Rivista di diritto civile*, (2001), 1, pp. 48-61; na doutrina inglesa, CHRISTIAN WITTING, “Justifying Liability to Third Parties for Negligent Mistatements”, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, (2000), pp. 618-636; na doutrina portuguesa, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, dissertação de doutoramento, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, (2004), pp.

Assim, se o *crédito para jogo* é uma *relação obrigacional com eficácia de protecção para terceiros* (*Schuldverhältnis mit Schuttwirkung für Dritte*), i.e. o Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau, e se o *side-betting or multiplier* é, como vimos, uma *simulação relativa*, quanto ao *capital efectivamente mutuado* para efeitos de utilização nos casinos de Macau; a sua *validade* é referida não ao *negócio simulado* (uma *fracção* da *totalidade* do capital mutuado) mas, e sobretudo, ao *negócio dissimulado* (a *totalidade* do capital mutuado); sendo *esse* o *valor matricial* para efeitos de cálculo da *matéria colectável* e posterior *acto de liquidação do imposto exigível*.

A significar que *esse valor matricial*, dada a *prova diabólica* que constitui para a Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau *provar a totalidade do capital efectivamente mutuado pelo mutuante ao mutuário do crédito para jogo*, terá de ser apurado através dos *métodos indirectos de avaliação da matéria colectável*.

Por conseguinte, tendo como escopo primacial esse *apuramento* através de *métodos indirectos de avaliação da matéria colectável*, torna-se absolutamente necessária a introdução de *mecanismos de documentação e registo* de todos os *mutuantes* e de todos os *mutuários* do *crédito para jogo* nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau; não repugna aplicar, neste domínio, a denominada *conta omnibus*, tão em voga no direito dos valores mobiliários.

Assim, na base destas *cadeias de titularidade directa* (em nome, a título principal, do *mutuante* do *crédito para jogo*) estará *sempre* uma *conta de registo individualizado*³⁴⁻³⁵ aberta em nome de *cada um dos mutuários* do capital mutuado a título de *crédito para jogo*. Por norma, esta *conta de registo individualizado* (artigo

115-180; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Sociedades e notação do risco (rating) – a protecção dos investidores”, in: *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, (2013), p. 345; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, dissertação de doutoramento, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, (reimpressão da 1.ª edição de 1990), (2007), pp. 620-625; MARIA ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, dissertação de doutoramento, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, (2009), pp. 403 e ss, 617 e ss; JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, dissertação de doutoramento, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, (1989), pp. 246 e ss; NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., pp. 168-171.

³⁴ V., na doutrina italiana, sobre a questão da determinação da legitimidade do acionista para o exercício do direito de voto com referência a uma *data de registo*, à semelhança do que sucede nos Estados Unidos, no Reino Unido e em Espanha; NICOLA DI LUCA, “Titolarità vs. Legittimazione: a proposito di record date, empty voting e “proprietà nacosta” di azioni”, in: *Rivista di diritto societario* 2010/2012, (2012), pp. 312 e ss.

³⁵ V., na doutrina portuguesa, sobre o sistema de *record date*; PAULA COSTA E SILVA, “O conceito de acionista e o sistema de *record date*”, in: *AAVV, Direito dos Valores Mobiliários*, Volume III, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), pp. 447-460.

O Direito 148.º (2016), II, 449-472

61.º, da Código de Valores Mobiliários de Portugal) é uma *conta omnibus*³⁶ – também designada de *conta jumbo* ou *conta global* – onde estão inscritos de forma indistinta (mas *precisa*), os *montantes mutuados* por *aquele* mutuante aos *múltiplos* mutuários do crédito para jogo³⁷, o que é feito para aproveitar os benefícios e a flexibilidade operacional às práticas de *securities pooling*^{38,39}. Esta *conta de base* é depois *desdobrada* em *sucessivos registos e contas – espelho*, mantidas *directamente* em nome do *mutuante do crédito para jogo* nos casinos de Macau ou, nas hipóteses de maior complexidade, em nome ainda de outros intermediários, mas que constituem, na verdade, *registos internos da totalidade dos capitais mutuados pelo mutuante do crédito para jogo* a cada um dos mutuários desses capitais, num dado *ano civil*⁴⁰, e, sendo possível, por aí, *apurar o volume de negócios anual* (é dizer, capital mutuado, naquele ano civil, pelo mutuante do crédito para jogo).

Com efeito, os *mutuários* do crédito para jogo não são reconhecidos como *contitulares* daquela *conta de registo global em nome do mutuante*, que não constitui, portanto, uma *conta colectiva*⁴¹. Eles são, na verdade, *titulares de posições jurídicas derivadas*, que *reflectem, sucessivamente*, o conteúdo – patrimonial e social – dos

³⁶ V. na doutrina espanhola, SANTILLÁN, “Cuentas ómnibus y régimen de separación del artículo 80 LC”, in: *RDCP*, n.º 10, (2009), pp. 215 e ss.

³⁷ V. na doutrina norte-americana, DIRK ZETZSCHE, “Shareholder Passivity, Cross – Border Voting and The Shareholder Rights Directive”, in: *Journal of Corporate Law Studies*, Volume 8-2, (2008), pp. 291 e ss.

³⁸ Noutro plano, é importante referir as *dark pools*, que consistem em *redes privadas de transacção electrónica* mantidas tipicamente por grandes bancos ou empresas seguradoras, onde os instrumentos financeiros são comprados e vendidos pelos clientes destas empresas. Todas as operações são processadas sob o controlo do banco e não são objecto de publicação. Não se sabe, por isso, quem compra e quem vende as acções nem o volume das acções transaccionado. Para além dos lucros fornecidos aos operadores, as *dark pools* permitem aos investidores institucionais fazer grandes transacções evitando a inerente publicidade e sem alterar os preços no mercado; sobre este fenómeno, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Derivados Financeiros e governo societário: a propósito da nova regulação mobiliária europeia e da consulta pública da ESMA”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano IV (2012), Número I, Coimbra, Almedina, (2012), p. 76, nota 68.

³⁹ Neste sentido, ANDRÉ FIGUEIREDO, “Titularidade indirecta de acções e exercício de direitos de voto” in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano IV (2012), Número 3, Coimbra, Almedina, (2012), p. 520.

⁴⁰ Neste sentido, ANDRÉ FIGUEIREDO, “Titularidade indirecta de acções e exercício de direitos de voto”, *cit.*, p. 520.

⁴¹ Na medida em que não consubstanciam contas de valores mobiliários abertas em nome de duas ou mais pessoas singulares (artigo 57.º, artigo 68.º, n.º 1, alínea a), artigo 74.º, n.º 2, todos do CdVM), estando, ao invés, abertas em nome do intermediário financeiro, e apenas em seu nome; Sobre as *contas colectivas*, CONCEIÇÃO NUNES, “Contas colectivas de valores mobiliários”, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume VI, Coimbra, Coimbra Editora, (2006), pp. 275 e ss.

capitais mutuados, para *efeitos de crédito para jogo*, na *conta base* do mutuante do *crédito para jogo*.

Deste modo, sendo certo que é (*virtualmente*) impossível determinar a existência do *side-betting or multiplier* e, inerentemente, qual a *diferença* entre a *totalidade* do capital mutuado, a título de *crédito para jogo*, e a *fracção* do capital mutuado *efectivamente* utilizado nos casinos de Macau para esse efeito; justifica-se, de *iure condendo*, o *recurso aos métodos indirectos de determinação da matéria colectável* a partir do *volume de negócios anual* do mutuante do *crédito para jogo*.

É aqui, pois, que cobra sentido hermenêutico a importância precípua dos *métodos indirectos de determinação da matéria colectável*⁴²⁻⁴³ em casos, como o verrente, em que se assiste à *ocultação de factos tributários* por parte das *partes contraentes do crédito para jogo* nos casinos de Macau, com vista à *diminuição* da matéria colectável, e, por isso, a final, à *diminuição do lucro tributável, et pour cause*, do *imposto devido*.

A este propósito, será bom recordar que a doutrina⁴⁴⁻⁴⁵⁻⁴⁶⁻⁴⁷⁻⁴⁸ tem sistematicamente caminhado no sentido de que a *determinação do lucro tributável*, pode ser feita *com recurso a métodos indirectos ou meramente presuntivos* [artigo 87.º a 90.º, da LGT, com especial incidência no artigo 87.º, alínea b), e no artigo 88.º,

⁴² Advogando a determinação, em sede de IRS (artigo 89.º, da LGT), do *rendimento tributável* com base na *avaliação indirecta da matéria colectável*, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Apontamentos sobre a tributação dos transportes”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 142.º, número 3976, Setembro-Outubro de 2012, Coimbra Editora, Coimbra (2012), p. 104.

⁴³ Sobre a determinação da matéria tributável pelo *método indirecto materializado na utilização das chamadas manifestações de fortuna* (artigo 89.º-A, n.º 7 e 8 da LGT), JOSÉ CASALTA NABAIS, “A revisão dos actos tributários”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 139.º, número 3959, Novembro-Dezembro de 2009, Coimbra Editora, Coimbra (2009), p. 46.

⁴⁴ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Tributação Presuntiva do Rendimento: um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria colectável*, dissertação de doutoramento, Colecção Teses, Coimbra, Almedina, (2010), pp. 498-502.

⁴⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Tributário, Sobre as responsabilidades das sociedades e seus representantes conexas com o crime tributário*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, (2009), p. 166.

⁴⁶ JORGE DOS REIS BRAVO, “Suficiência e Transversalidade da acção penal: sentido e limites actuais”, in: *Revista do CEJ*, 2.º Semestre de 2007, Número 7, Coimbra, Almedina, (2007), pp. 91 a 123.

⁴⁷ JOSÉ CASALTA NABAIS, “Avaliação Indirecta e manifestações de fortuna na luta contra a evasão fiscal”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Studia Juridica, Ad Honorem, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Coimbra, Coimbra Editora, Volume II, (2010), pp. 296-297, nota 23.

⁴⁸ JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTO, “A Constituição e o Sistema Fiscal”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 138, n.º 3956, Maio-Junho de 2009, Coimbra, Coimbra Editora, (2009), p. 281.

alínea a), da LGT], sem entorse ao *princípio da tributação do rendimento real*⁴⁹⁻⁵⁰ e ao *princípio da legalidade fiscal*⁵¹ quadrando-se, pois, com os cânones constitucionais acima expendidos, a actividade hermenêutica da Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau de utilização de métodos indirectos de determinação da matéria colectável, avaliando, por acinte, como no caso concreto em que se divisa o imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, o *lucro tributável*.

O que bem se compreende.

Na verdade, o recurso à aplicação de *métodos indirectos de avaliação da matéria colectável*, é, em muitos casos, forçoso, dada a fundamentada exiguidade e inexactidão do sistema de informação dos *sujeitos passivos* (as partes contraentes do *crédito para jogo*).

Este tipo de *avaliação indirecta* da matéria colectável é (*sempre*) de carácter *subsidiário* em relação à *avaliação directa*, que pretende a *determinação real* dos rendimentos e bens sujeitos a tributação.

A significar que a *matéria tributável* é *avaliada* ou *calculada directamente* segundo os critérios próprios de *cada* imposto, só podendo a Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau proceder à *avaliação indirecta* nos casos e condições expressamente previstos na lei.

Por conseguinte, a *avaliação indirecta da matéria colectável* tem carácter *excepcional* e *subsidiário* em relação à *avaliação directa*, apenas ocorrendo quando o *contribuinte não cumpra* os deveres a que está *obrigado*, nomeadamente o *dever acessório de cooperação* com a Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau, que se *autonomiza* e *desdobra* do *dever principal* de pagar impostos⁵²⁻⁵³.

⁴⁹ Muito recentemente, aludindo, no que se refere à *tributação das empresas* pelo *rendimento real*, ao *princípio da capacidade contributiva* em ligação funcional com o *princípio da igualdade fiscal*, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Ainda fará sentido o artigo 104.º da Constituição?”, in: *Cadernos de Justiça Tributária (CJT)*, n.º 1, Julho-Setembro 2013, Centro de Estudos Jurídicos do Minho (*cejur*), Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 28.

⁵⁰ Sobre o princípio da capacidade contributiva, SÉRGIO VASQUES, “Capacidade contributiva, rendimento e património”, in: *Fiscalidade, Revista de Direito e Gestão Fiscal*, Edição do Instituto Superior de Gestão, Julho-Setembro 2005, Director: José Luís Saldanha Sanches, (2005), p. 22.

⁵¹ Sobre a subordinação da Administração Fiscal ao princípio da legalidade fiscal, JOSÉ CASALTA NABAIS, “A revogação do acto tributário na pendência da impugnação judicial”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 137.º, número 3947, Novembro-Dezembro de 2007, Coimbra Editora, Coimbra (2007), pp. 104-105.

⁵² Sobre a densificação deste dever, monograficamente, JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, dissertação de doutoramento, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, (1997), *passim*.

⁵³ Sobre a densificação deste dever, ALBANO MORAIS PINTO, “Questões atinentes à liquidação da prestação e à sua notificação ao arguido- as formas jurídico-penalmente relevantes e a natureza jurídica da notificação para pagamento da prestação tributária em dívida no crime de abuso

No caso concreto, o apuramento do *imposto devido* pelas partes contraentes do crédito para jogo, a realizar pela Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau, não pode ser feito, por conjectura ou por suposição, mas, com base em dados, pressupostos e procedimentos *objectivos e precisos* —; por essa razão acima se aventou a necessidade de criação das *contas omnibus* e das *contas-espelho* que, em última análise, conterão *dados concretos e precisos* relativamente ao *volume de negócios anual do mutuante* do capital de crédito para jogo e, por aí, o *concreto* capital mutuado a *cada um* dos *mutuários* do crédito para jogo nos casinos de Macau.

Com efeito, dada a *impossibilidade prática* de apuramento *individualizado* da ocorrência do *side-betting or multiplier*, a Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau *deve aplicar*, em *todas as operações não registadas de crédito para jogo*, os *métodos indirectos de determinação da matéria colectável*, da seguinte forma: *calcular* a percentagem de *operações não declaradas* nos períodos de tributação em que foi possível recuperar dados contabilísticos originais e aplicar-se o *mais baixo valor percentual detectado* sobre os *valores efectivamente declarados* referentes aos períodos mencionados, por forma a *corrigir o lucro tributável* nesses períodos temporais e *determinar o imposto em dívida*; subsidiariamente, a Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau *deve aplicar* um *determinado* valor percentual (que oscilará entre 10% e os 20%) *calculado* a partir do *volume de negócios anual* do mutuante do capital mutuado a título de crédito para jogo —; a *percentagem* (10% a 20% do *volume de negócios anual* do mutuante do crédito para jogo) destina-se, por um lado, a *corrigir para mais a receita fiscal* (*tax revenue*) da Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau, e, por outro lado, a constituir um *efeito dissuasor* da prática do *side-betting or multiplier*.

Assim, *incumbe* à Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau *provar* a existência dos pressupostos da aplicação do método de *avaliação indirecta* e os contribuintes (as partes contraentes do crédito para jogo) terão à

de confiança fiscal”, in: *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 130, ano 33, Abril-Junho 2012, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), p. 142.

O Direito 148.º (2016), II, 449-472

sua conta o encargo de *provar* que a *quantificação* do *valor tributável* encontrado é excessivo^{54_55_56}.

A significar que a *avaliação indirecta da matéria colectável*, como uma *modalidade subsidiária de determinação de factos tributários*⁵⁷, polariza-se no sentido de que o *poder-dever* inerente à avaliação da matéria colectável é *identificado* com a actuação empreendida pela Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau com o fito de *determinar, conhecer e fixar* os factos em virtude dos quais deva *ditar-se* o correspondente *acto de liquidação*⁵⁸.

Assim, o procedimento de *avaliação indirecta da matéria colectável* define-se como o (sub)procedimento segundo qual se determinam os elementos de um *facto tributário concreto*, de modo a que possam daí ser derivadas as devidas *consequências jurídicas*⁵⁹. Por outras palavras, trata-se, portanto, de *constatar* não só a *existência* do *facto tributário*, através da *fixação* dos elementos que o integram⁶⁰, mas também de proceder à *quantificação* do *facto tributário*⁶¹.

Por conseguinte, a *avaliação indirecta da matéria colectável* sendo, como acima de deixou antecipado, uma *modalidade subsidiária de determinação de factos tributários* comporta, do ponto de vista da sua *valoração quantitativa*, *todo o conglomerado fáctico* susceptível de *determinar* o *quantum debeatur* da dívida tributária, sendo aqueles *factos tributários* fixados tendo em consideração *todos os indícios* de que

⁵⁴ Sobre o *direito probatório material* em sede de direito administrativo e fiscal, na doutrina espanhola, DAVID BLANQUER, *Hechos, Ficciones, Pruebas y Presunciones en el Derecho Administrativo «Taking Facts Seriously»*, Tirant lo Blanch, Valência, (2006), pp.144-147.

⁵⁵ Advogando a determinação do *rendimento tributável* com base na *avaliação indirecta da matéria colectável*, com base na atribuição do *ónus da prova* à Administração Fiscal dos pressupostos da sua verificação, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Avaliação indirecta da matéria tributável e justificação parcial das manifestações de fortuna”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 139.º, número 3963, Julho-Agosto de 2010, Coimbra Editora, Coimbra (2010), pp. 368-369.

⁵⁶ Monograficamente, advogando a determinação do *rendimento tributável* com base na *avaliação indirecta da matéria colectável*, com base na atribuição do *ónus da prova* à Administração Fiscal dos pressupostos da sua verificação, ELISABETE LOURO MARTINS, *O Ónus da Prova no Direito Fiscal*, dissertação de mestrado, Coimbra Editora/Wolters Kluwer Portugal, Coimbra, (2010), pp. 121-144.

⁵⁷ Na doutrina espanhola, L. SANCHEZ SERRANO, “En torno a la función comprobadora de la Administración Pública en la gestión de los tributos”, in: *CREDF*, n.º 3, (1974), pp. 581 e ss.

⁵⁸ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Tributação Presuntiva do Rendimento: um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria colectável*, cit., p. 167.

⁵⁹ Neste sentido, na doutrina alemã, PAULICK, “Die Auskunftspflicht des Steuerpflichtigen and dritter Personen im Steuerermittlungs-, Steuerausichts- und Strafverfahren und die rechtsstaatlichen Grenzen”, in: *Festschrift für Armin Spitaler*, Verlag, Köln, (1958), pp. 63-78.

⁶⁰ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Tributação Presuntiva do Rendimento: um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria colectável*, cit., p. 167.

⁶¹ Na doutrina espanhola, GUILLERMO NÚÑEZ PÉREZ, “La actividad administrativa de comprobación tributaria”, in: *CREDF*, n.º 53, (1987), pp. 55-90-91.

se disponha no caso concreto, escorando-se aqueles (*os indícios*) em *critérios de verosimilhança fáctica* (ou de *experiência comum*), segundo *valores matriciais, médios*, cuja *validade* se cinja ao caso concreto⁶².

Por conseguinte, os *métodos indirectos de determinação da matéria colectável*⁶³, enquanto *prova indiciária*, referem-se a *factos tributários* que permitem *induzir a matéria tributável*, dado que entre o *facto-indício* e a *matéria colectável* medeia um *laço de pertinência*, um *nexo funcional* de *índole meramente probabilística*, em sede do qual emerge um *juízo lógico*⁶⁴, de *natureza presuntiva*, consubstanciado na *existência do facto tributário* e, coerentemente, na *presunção da concreta determinação quantitativa* desse *facto tributário*, cuja configuração foi *inferida* a partir de um *facto-indício conhecido*: é, digamo-lo de forma cortante e sem rebuço, a *avaliação da prova indiciária no direito tributário* e que, pensamos, tem inteira *validade* na Região Administrativa Especial de Macau.

III – A questão da sustentabilidade económico-financeira da Região Administrativa Especial de Macau, afectada por via da diminuição da percepção da receita fiscal proveniente dos casinos de Macau, e a solidariedade intergeracional para com as gerações vindouras

A bondade intrínseca da solução acima ensaiada, corre de encontro, se bem vemos, das mais elementares regras de hermenêutica jurídica⁶⁵.

⁶² Na doutrina espanhola, ALBERTO GÉNOVA GALVÁN, “Estimación indirecta”, in: AA. VV., *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma, Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, Volume I, IEF, Madrid, (1991), pp. 816 e ss.

⁶³ Preconizando os *métodos indirectos de determinação da matéria colectável*, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Ainda fará sentido o artigo 104.º da Constituição?”, in: *Cadernos de Justiça Tributária (CJT)*, n.º 1, Julho-Setembro 2013, Centro de Estudos Jurídicos do Minho (*cejur*), Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 30-31, nota 23.

⁶⁴ Referindo-se, em sede de direito penal tributário, e, concretamente, no que se refere à *prova indiciária* nesse campo temático, ao denominado “*raciocínio lógico-indutivo*”, ALBANO MORAIS PINTO, “Especificidades na determinação e articulação dos factos no âmbito da criminalidade económico-financeira”, in: *Revista do CEJ*, n.º 16, 2.º Semestre 2011, *Dossiê Temático Criminalidade económico-financeira e criminalidade organizada*, Almedina, Coimbra, (2013), p. 264.

⁶⁵ Seguiremos de muito perto, mesmo textualmente, o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, “Os deveres fiduciários dos gerentes das sociedades comerciais e o *enlightened shareholder value* à luz do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STJ, n.º 11/2014: Mais um capítulo da (falta) de cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Almedina, Coimbra, (2015), *passim*, e que aqui seguiremos, em breves trechos, de muito perto.

Na verdade, a interpretação acima ensaiada quadra-se com o desígnio de *solvabilidade e sustentabilidade do sistema financeiro* de Macau, e, por outro lado, em estrita decorrência desse desígnio de política financeira, com o intuito de garantir a prossecução desse *objectivo primordial de sustentabilidade do sistema financeiro* da Região Administrativa Especial de Macau, através da *cobrança de receitas fiscais*⁶⁶.

O Prof. Augusto Silva Dias⁶⁷, refere, reportando-se à *sustentabilidade do sistema financeiro*, que:

Ao invés, o objecto da protecção é um «*constituto*», *resultante de objectivos e estratégias de política de sustentabilidade previamente traçados*⁶⁸. O legislador não parte aqui das representações de valor pré-existentes na consciência jurídica da comunidade, mas *intervém modeladoramente no sentido de uma ordenação da convivência*. Por outras palavras, o interesse protegido pelas *normas imperativas* que tutelam a *cobrança de impostos* não são um *prius*, que sirva ao legislador de instrumento crítico da matéria a regular e do modo de regulação, mas um *posterius*, com uma função meramente interpretativa e classificatória dos tipos, *construído a partir da opção por um dos vários figurinos dogmáticos e político-criminais que o legislador tem à sua disposição*. Com este sentido pode dizer-se que o *direito tributário* tem natureza «*artificial*»⁶⁹.

No fundo, o que estas *normas imperativas de natureza fiscal* visam é a *optimização de arrecadação de receitas fiscais a favor* da Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau, visando *impedir, obstar, a evasão fiscal e a fraude fiscal*,

⁶⁶ Aproximadamente neste sentido, falando, ainda que noutra âmbito temático, no *critério da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsdenken)* Acórdão do *Bundesverfassungsgericht (BVerfGE)*, Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 19/07/2011, disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de/rss/entscheidungen/>.

⁶⁷ O novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro (Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro), Direito Penal Económico e Europeu, Textos Doutrinários, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, volume II, pág. 263, em trecho citado e transcrito pelo FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE, in: *O crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário Português*, no mesmo volume, p. 418.

⁶⁸ Neste sentido, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais – Análise Dogmática e Reflexões sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra, Coimbra Editora, tese de mestrado, (2006), pp. 129 e ss.

⁶⁹ Sobre o cruzamento reflexivo entre a *prevenção geral positiva* e a *sustentabilidade financeira do Estado Social*, aproximadamente neste sentido, Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2008, Diário da República n.º 94 Série I de 2008-05-15, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Santos Cabral; Neste sentido, Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2010, Diário da República n.º 186 Série I de 2010-09-23, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Souto Moura; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 399/2010, relatado pela Exma. Senhora Conselheira Ana Maria Guerra Martins, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

pois a pretensão primeira é a recepção completa e oportuna de impostos e contribuições para a Segurança Social⁷⁰⁻⁷¹, tendo como escopo primacial a prossecução do princípio da sustentabilidade económico – financeira⁷² e da justiça intergeracional.

Assim, coerentemente, o princípio que vigora é o princípio da solidariedade, como um dos factores estruturantes do sistema financeiro⁷³⁻⁷⁴, entendido como propugnáculo de uma proficiente e acurada protecção de direitos económicos e sociais dos cidadãos da Região Administrativa Especial de Macau.

Ora se assim é, não se antolha espinhoso afirmar que, para esse efeito, é o legislador que recebe o mandato mais alargado para a efectivação dos direitos económicos e sociais⁷⁵, subjacentes ao princípio da solidariedade.

Porquanto, na sua dimensão positiva⁷⁶, significa que o legislador está obrigado⁷⁷ a concretizar, desenvolver e configurar os direitos fundamentais e a própria ordem jurídica, vinculando-se, do mesmo passo, a adoptar as soluções que se conformem com os efeitos de protecção⁷⁸ das normas de direitos, liberdades e garantias⁷⁹.

⁷⁰ Neste sentido, GLÓRIA TEIXEIRA/JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, “Segurança Social, uma perspectiva fiscal”, in: *Estudos em Homenagem aos Professores Vasco Lobo Xavier, Orlando de Carvalho, Ferrer Correia, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Volume II, Vária, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), págs. 741 e ss. e 772.

⁷¹ Neste sentido, na doutrina alemã, sobre a importância dogmática cunhada à reposição da verdade tributária quando cruzada com o “estado de necessidade financeiro”, nos quadros do *Estado Financeiro Sustentável*, CHRISTIAN SEILER, *Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und Überstaatlicher Einbindung*, Mohr Siebeck, Tübingen, (2005), pp. 313 e ss.

⁷² JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, (2011), p. 261.

⁷³ João Carlos Loureiro, “Adeus ao estado social? O insustentável peso do não-ter”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Coimbra Editora, Coimbra, Número 83 (2007), págs. 168-169.

⁷⁴ Na doutrina italiana, ainda sobre a reposição da verdade tributária concatenado com o estado de necessidade financeiro, ALFREDO FIORITTO, *L’Amministrazione dell’Emergenza tra Autorità e Garanzie*, Il Mulino, Bologna, (2008), pp. 135 e ss.

⁷⁵ FERNANDO ALVES CORREIA, “A concretização dos Direitos Sociais pelo Tribunal Constitucional”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 137, n.º 3951, (2008), p. 152.

⁷⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Os Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, (2010), pp. 94, 310, 312, 370.

⁷⁷ Sobre o perfil do legislador, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações, II, Tomo III, Gestão de negócios, Enriquecimento sem causa, Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, (2010), pp. 652-678.

⁷⁸ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, dissertação de doutoramento, Coimbra, Almedina, (2009), pp. 799 e ss.

⁷⁹ TIAGO VIANA BARRA, “Breves considerações sobre responsabilidade e tutela dos direitos fundamentais”, in: *Revista O Direito*, Ano 144, N.º 1, (2012), p. 158.

Na medida em que, o *ideal de sustentabilidade financeira e de justiça intergeracional*, consubstanciado na *percepção de receitas fiscais* pelo Estado-Coletividade da Região Administrativa Especial de Macau, é um *esperanto universal*⁸⁰ que (potencialmente) *une* os cidadãos de Macau, destinatários últimos do quadro de significação conceptual de um *sistema de justiça social* pensado para *solver* os legítimos anseios de *efectivação dos seus direitos económicos e sociais*.

Ora se assim é, é de considerar a hipótese de mobilização de uma “*Fernethik*” (*ética da distância*) e de um “*Fernrecht*” (*direito da distância*) ou do “*Das Prinzip Verantwortung*”⁸¹ (*Princípio da Responsabilidade*), de que nos fala, noutro eixo temático, também o Prof. Jürgen Habermas⁸².

Professa essa doutrina que a adopção de uma verdadeira *ética da razão cordial*⁸³, de um *direito da distância (Fernrecht)* – que se *projecte* para o *futuro* – que tome a sério os *desafios do futuro*⁸⁴ e que pretenda manter-se no registo da resposta em termos de *validade*, deve considerar entre os seus princípios, não apenas a *dignidade* – princípio fundante – mas também a *sustentabilidade*^{85,86} e a *justiça intergeracional*⁸⁷⁻⁸⁸, fundada em uma *ética da responsabilidade*⁸⁹.

⁸⁰ Sobre a taxionomia do “*esperanto universal*”, JOSÉ DE FARIA COSTA, “O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (Babel ou esperanto universal?)”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Coimbra, Ano 138, N.º 3955, Coimbra, Coimbra Editora, (Março-Abril 2009), (2009), p. 218 e s.

⁸¹ Na doutrina alemã, HANS JONAS, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt a. M., (1979), pp. 47-49.

⁸² Na doutrina alemã, JÜRGEN HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur: auf dem Weg liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Main, 2002, *passim*.

⁸³ ADELA CORTINA, *Ética de la razón cordial: educar en la ciudadanía en el siglo XXI*, Oviedo, (2007), *passim*.

⁸⁴ Sobre os *desafios do futuro* que se colocam ao direito, CASTANHEIRA NEVES, “O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 139, Coimbra, Coimbra Editora, (2010), pp. 202-226.

⁸⁵ JOÃO LOUREIRO, “A Autonomia do Direito, Futuro e Responsabilidade Intergeracional: Para uma teoria do Fernrecht e da FernVerfassung em diálogo com Castanheira Neves”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Vol. LXXXVI, Coimbra, Coimbra Editora, (2010), (2012), p. 37.

⁸⁶ Neste preciso sentido, no âmbito temático do Direito Tributário, em que nos movemos, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, “Sustentabilidade e Finanças Públicas Responsáveis. Urgência de um Direito Financeiro Equigeracional”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, *Studia Juridica, Ad Honorem* 103, Vol I: *Responsabilidade: entre Passado e Futuro*, Organizadores: Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), pp. 620 e ss.

⁸⁷ Muito recentemente, o Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 862/2013, de 19 de Dezembro de 2013, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Lino Ribeiro, disponível em www.dgsi.pt, no que respeita a este núcleo temático, afirmou que

O que bem se compreende.

Na verdade, na época do *neo – constitucionalismo*, da *constitucionalização dos direitos fundamentais* (*Die Konstitutionalisierung der Menschenrechte*)⁹⁰, em que o *constitucionalismo de direitos*⁹¹⁻⁹²⁻⁹³⁻⁹⁴ assume-se como figura axial do firmamento constitucional, dotado de *pedigree*⁹⁵⁻⁹⁶, é mister asseverar que a *compreensão* do Direito pressupõe a *compreensão* das modalidades segundo as quais o Direito se

“o princípio da “justiça intergeracional” recebe acolhimento constitucional, falando a CRP em “solidariedade entre gerações” (artigo 66.º, n.º 2, alínea d)). O Tribunal Constitucional já deu acolhimento ao valor da “solidariedade intergeracional” (v. Acórdão n.º 437/06, de 12 de julho). Este princípio reveste especial relevo num regime de repartição de segurança social, como o nosso, em que as quotizações/contribuições que dão entrada no sistema servem de fonte de financiamento das prestações entregues àqueles que dele estão a usufruir. Este princípio poderá justificar um corte nas pensões que se insiram já no campo dos designados “direitos adquiridos”, uma vez que a proteção rígida desses direitos poderia traduzir-se numa ameaça a toda uma geração que, pelo simples facto de reunir os pressupostos para adquirir o direito à pensão num momento posterior, teria de sustentar a manutenção do nível de reformas dos já detentores dos “direitos adquiridos”, mesmo que isso pusesse em causa a sustentabilidade do sistema e se traduzisse numa profunda injustiça intergeracional”.

⁸⁸ Muito recentemente, sobre a *justiça intergeracional*, SUSANA TAVARES DA SILVA, “O problema da Justiça intergeracional em jeito de comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2003”, in: *Cadernos de Justiça Tributária (CJT)*, Ano 00, Braga, Cejur, (2013), págs. 11 e ss.

⁸⁹ SUSANA AIRES DE SOUSA, “Risco, precaução e responsabilidade penal no horizonte da incerteza”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, *Studia Juridica, Ad Honorem* 103, Vol I: *Responsabilidade: entre Passado e Futuro*, Organizadores Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), pp. 690 e ss.

⁹⁰ Na doutrina alemã, SOMMERMAN, *Völkerrechtlich garantierte Menschenrecht als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtfreundlichkeit des Grundgesetzes*, AöR (1989), pp. 395 e ss.

⁹¹ Na doutrina italiana, GUSTAVO ZAGREBELSKY, “El Juez Constitucional en el siglo XXI”, in: *Revista Ibero – Americana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, Julho-Setembro de 2008, (2008), p. 249;

⁹² JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 229 e ss.

⁹³ Na doutrina italiana, RICARDO GUASTINI, *La Costituzione e l’ordinamento giuridico: il caso italiano*, Madrid: Editorial Trotta, (2005), pp. 49-75.

⁹⁴ MANUEL ATIENZA, “Argumentación e Constitución”, in: *Anuário de Filosofia del Derecho*, Madrid, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política e Ministério de Justicia de Espanha, n.º 24, (2007), pp. 197-224.

⁹⁵ Na doutrina norte-americana, RONALD DWORKIN, *The Model of Rules I, Taking Rights Seriously*, London, (1997), pp. 26 e ss.

⁹⁶ Na doutrina alemã, ROBERT ALEXY, *The Argument from the Injustice*, Oxford, (2002), pp. 5 e ss.

auto – compreende⁹⁷⁻⁹⁸, possibilitando, por essa via, o *contexto de descoberta* e o *contexto de justificação*, no âmbito do qual se encontra a *escolha de uma possibilidade interpretativa*⁹⁹.

Deste modo, bem se compreende que os *direitos constitucionais*, dentre os quais os *direitos económicos e sociais* dos cidadãos, se apresentem como um *limite negativo* da *ação* das partes contraentes do crédito para jogo nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau¹⁰⁰, pois determinam o *conteúdo da ordem jurídica*, devendo esta desenvolver-se de acordo com as *exigências constitucionais* (artigo 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau)¹⁰¹⁻¹⁰².

O que significa que as *partes contraentes do crédito para jogo* nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau, *devem* obediência às *normas imperativas de natureza fiscal* na medida em que as mesmas, através da *percepção completa das receitas fiscais*, *garantem a prossecução* do escopo de *sustentabilidade financeira* do Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau, e, por conseguinte, são a expressão idónea da construção (real e não mirífica...) de uma verdadeira *ética da responsabilidade*, colimada a uma *justiça intergeracional*, assegurando, do mesmo passo, o *princípio da democracia económica e social* que *perpassa* a Lei Básica de Macau (artigos 4.º, 5.º, 6.º, 24.º e ss e 103.º e ss)¹⁰³⁻¹⁰⁴.

⁹⁷ Na doutrina francesa, PAUL RICOEUR, “Le Conflits des Interprétations”, in: *Essais d’ Herméneutique*, Paris, (1969), pp. 222 e ss.

⁹⁸ Na doutrina norte-americana, JOHN RAWLS, “Two Concepts of Rules”, in: *The Philosophical Review*, (1955), p. 3.

⁹⁹ Na doutrina norte-americana, JOSEPH RAZ, *Why Interpret*, Ratio Juris, (1996), pp. 353 e ss.

¹⁰⁰ RAVI AFONSO PEREIRA, “Interpretação Constitucional e Justiça Constitucional”, in: *Tribunal Constitucional, 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, (2012), p. 59.

¹⁰¹ Na doutrina austríaca, HANS Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 5. Auflage, Verlag, Köln, (1979), pp. 89 e ss.

¹⁰² No mesmo sentido, na doutrina alemã, mas sem alusão à *Stufenbaurechtstheorie kelseniana*, KONRAD HESSE, *Gründzuge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Lehrbücher und Grundrisse)* (Taschenbusch), 5. Auf. Beck, München, (2007), pp. 56 e ss.

¹⁰³ Na doutrina norte-americana, sobre o *princípio da democracia económica e social*, JACK BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge (Massachusetts), London (England), (2011), p. 220.

¹⁰⁴ No mesmo sentido, JOSÉ PINTO BRONZE, “A Analogia como link noético e by-pass entre a igualdade e a metodonologia”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 142, N.º 3979, Março-Abril de 2013, (2013), p. 227.

IV – O *dano reputacional* infligido à Região Administrativa Especial de Macau, (também) por via da diminuição da receita fiscal proveniente dos casinos de Macau – breves notas

Conatural à temática da *sustentabilidade financeira* do *Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau* é a questão, que se entrelaça e interpenetra com esta, do (possível) *dano reputacional* deste (Estado-Colectividade)¹⁰⁵.

Mas o que significa o *dano reputacional do Estado-Colectividade*?

Significa, em rectas contas, um *dano à imagem social do Estado-Colectividade* que vê seriamente afectada a sua *imagem social* de *proficiente recolector de receitas tributárias*, e, por conseguinte, de *penhor seguro* do interesse comunitário; uma vez que a *fonte primacial* de financiamento do Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau reside, justamente, na *percepção regular e completa* das *receitas tributárias* provenientes dos casinos de Macau, sendo, por isso, *reflexa* e instrumentalmente, *afectada a redistribuição igualitária da riqueza* que lhes subjaz, donde, e sobretudo, a *justiça intergeracional* para com as *gerações vindouras*.

Talvez por essa razão, autorizada doutrina considere que estamos perante “*danos à nação*”¹⁰⁶; e, quiçá pela mesma razão, abalizada doutrina alemã se refira a um “*dano patrimonial indirecto*”¹⁰⁷, e, entre nós, a um “*dano indirecto ou reflexo*”¹⁰⁸.

A referência ao *dano patrimonial indirecto*, é dizer, ao *dano reputacional do Estado-Colectividade*¹⁰⁹ prende-se, essencialmente, como acima se deixou anteci-

¹⁰⁵ Seguiremos de muito perto, mesmo textualmente, o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, “Os deveres fiduciários dos gerentes das sociedades comerciais e o *enlightened shareholder value* à luz do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STJ, n.º 11/2014: Mais um capítulo da (falta) de cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Almedina, Coimbra, (2015), *passim*.

¹⁰⁶ Referindo, no que respeita ao *dano reputacional do Estado*, que “*cremos, na verdade, que o Estado, enquanto forma de organização de uma nação, pode efectivamente sofrer danos de imagem (...) ao menos os danos à “nação”*”; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Danos societários e governação de sociedades (corporate governance)” in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º especial – II *Seminário dos Cadernos de direito privado – Responsabilidade Civil*, Cejur, Braga, Dezembro de 2012, (2012), pp. 17-29.

¹⁰⁷ Na doutrina alemã, WOLFGANG GRUNSKY, *Aktuell probleme zum begriff des vermögensschadens*, Beck, München, 2. Auflage, (2008), p. 10.

¹⁰⁸ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Responsabilidade dos Administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano I, Número I, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2009), pp. 647-679.

¹⁰⁹ Na doutrina italiana, sobre o *dano patrimonial indirecto*, RENATO SCOGNAMIGLIO, “Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale”, in: *Rivista de Diritto Civile*, Cedam, Padova, (1957), pp. 283-285.

pado, com a *reputação*¹¹⁰⁻¹¹¹, com a *credibilidade*¹¹², com a *projecção social*¹¹³⁻¹¹⁴⁻¹¹⁵ do Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau; e esse *dano reputacional do Estado-Colectividade*, ainda que contenha *em si* considerações de natureza patrimonial (como vimos), tem muito mais que ver com o facto de que, com a sua *produção*, contrariar-se decisivamente os *fins do titular do património*¹¹⁶⁻¹¹⁷: a *redistribuição igualitária da riqueza*, e, *reflexamente*, a *justiça intergeracional* (artigos 4.º, 5.º, 6.º, 24.º e ss e 103.º e ss da Lei Básica de Macau).

Por conseguinte, esse *dano reputacional* infligido ao *Estado-Colectividade*, mais do que enfocado na *técnica ressarcitória* dos *punitive damages*¹¹⁸⁻¹¹⁹, deve ter como

¹¹⁰ Procedendo, ainda que noutra âmbito temático, a densificação da medida de significado funcional que funda os *danos não patrimoniais* infligidos à pessoa colectiva, MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais a sociedade comercial? – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20.4.2004, Apelação n.º 430/04”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)* n.º 18, Director: Luís Couto Gonçalves, Cejur, Braga, (2007), referindo, para o efeito que, “*a expressão dano não patrimonial apresenta-se como mais ampla do que a do dano moral, não tendo de cingir-se a circunstâncias do foro ético-afectivo*”, pp. 34-35.

¹¹¹ No mesmo sentido da nota anterior, MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume III, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, (2007), *passim*.

¹¹² JÓNATAS MACHADO, “A Glória, a Honra e o Poder – Observações sobre a liberdade de imprensa em democracia”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, N.º 3984, Janeiro-Fevereiro de 2014, Director: António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), p. 179.

¹¹³ Neste sentido, monograficamente, FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil por ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Colecção Teses, tese de doutoramento, Almedina, Coimbra, (2011), p. 380.

¹¹⁴ Na doutrina norte-americana, TONI MASSARO/ROBIN STRYKER, “Political Discourse, Civility, and Harm: Freedom of Speech, Liberal Democracy, and Emerging Evidence on Civility and Effective Democratic Engagement”, in: *Arizona Law Review*, Volume 54, (2012), p. 374.

¹¹⁵ No mesmo registo, alguma da mais abalizada doutrina nacional refere-se, no quadro das pessoas colectivas, à “*aparência social*”, JORGE SINDE MONTEIRO/ALMENO DE SÁ, “A Responsabilidade da pessoa colectiva pelos actos dos seus representantes – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de Junho de 1998”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 140.º, n.º 3956.º (Janeiro-Fevereiro de 2011), Director: António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 188-199.

¹¹⁶ Na doutrina alemã, MERTENS, *Köllner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2/1, 3. Auflage, (2010), § 93, nota 59.

¹¹⁷ Uma vez que, enquanto expressão de “(...) *um fim primário; ela visa também a protecção dos indivíduos*”, JORGE SINDE MONTEIRO, *A Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Colecção Teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (1989), p. 249.

¹¹⁸ Preconizando que a responsabilidade civil avoca uma *função punitiva*, monograficamente, HENRIQUE ANTUNES, *Da inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as consequências da Responsabilidade Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 234-342.

consequência jurídica, em face do *perigo potencial* de perturbação da prossecução do *escopo de redistribuição igualitária da riqueza*, a *mobilização*, nos moldes acima propostos, dos *métodos indirectos de avaliação da matéria colectável* e, inerentemente, a *aplicação* das percentagens (10 % a 20%) sobre o *volume anual de negócios* (i.e., da *totalidade* do capital mutuado pelo mutuante aos mutuários para *crédito para jogo* nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau).

Porquanto, essa mobilização dos *métodos indirectos de avaliação da matéria colectável* e, inerentemente, a *aplicação* das percentagens (10 % a 20%) sobre o *volume anual de negócios*, poderá arvorar-se em um *meio de intimidação*, tendente a *prevenir* a prática do *ilítico-típico* (o *side-betting or multiplier*)¹²⁰⁻¹²¹⁻¹²²; visando, de algum modo, *sancionar patrimonialmente* o produtor do *evento lesivo* (o *dano reputacional* do *Estado-Colectividade*), pelas actuações *ilícitas e culposas* das partes contraentes do *crédito para jogo* nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau¹²³.

Horta, (Faial, Açores, com um relance do olhar para a Madalena do Pico), 12 de Abril de 2015.

¹¹⁹ Criticando acerbamente a técnica ressarcitória dos *punitive damages* por considerar que os mesmos têm subjacente uma *lógica capitalista*, na doutrina italiana, STEFANO RODOTÁ, “Techniche Rissarcitorie e nuovi interessi”, in: *Tutela dell’onore e mezzi di comunicazione di massa*, Milano, (1980), pp. 34-56.

¹²⁰ Neste sentido, monograficamente, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Coleção Teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (1997), p. 162.

¹²¹ Aproximadamente neste sentido, ainda que noutra âmbito temático, referindo a “*necessidade de alcançar uma solução equilibrada entre as esferas jurídico-patrimoniais dos sujeitos da obrigação emergente da responsabilidade por factos ilícitos*”; FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “Reparação por danos não patrimoniais: inconstitucionalidade da relevância da situação económica do lesado (artigo 496.º, n.º 3, artigo 494.º do Código Civil), Anotação ao Acórdão do S.T.J. de 24 de Abril de 2013”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, N.º 3984, Janeiro-Fevereiro de 2014, Director: António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), p. 198.

¹²² Considerando, muito recentemente, que “*os fins da responsabilidade civil são prevenir futuros danos e retribuir o mal que foi feito*”, MARTA ISABEL LOPES HEITOR, “A responsabilidade civil, em relação à sociedade, dos administradores executivos e não executivos nas sociedades anónimas de modelo monista”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Número 4, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2014), p. 944.

¹²³ MARIA ELISABETE RAMOS, “*D&O Insurance e o projecto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro*”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Ano 4, Número 7, Almedina, Coimbra, (2012), p. 187.

O Acordo TRIPS e o Direito à Saúde

DOUTORA MARIA MARGARIDA ACATES CANDEIAS

[Conclusão]

2.1.1. O Acordo TRIPS e o Direito à Saúde

“A objecção, o desvio, a desconfiança alegre, a vontade de trocar são sinais de saúde: tudo o que é absoluto pertence à patologia.”

FRIEDRICH NIETZSCHE, *Para Além do Bem e do Mal*, 1999

O Acordo TRIPS da OMC acarretou importantes mudanças nas normas internacionais referentes aos direitos de propriedade intelectual.²⁵⁸ Devido ao

²⁵⁸ A disciplina da propriedade intelectual seria, na óptica dos países industrializados, do interesse dos próprios países em vias de desenvolvimento, na medida em que lhes assegurava transferência de tecnologia em condições legítimas. A todos estes argumentos os países em vias de desenvolvimento respondiam que uma proteção da propriedade intelectual é geradora de protecionismos (protegendo-se eventualmente o que não é legítimo ou é excessivo) que só favorece os países industrializados, em virtude de limitar o acesso daqueles países às inovações e às novas tecnologias (basta pensar-se nas patentes dos produtos farmacêuticos ou no domínio da biotecnologia a favor dos países industrializados e as exigências de saúde pública nos países em vias de desenvolvimento ou da diversidade de opiniões entre estes grupos de países no que respeita às patentes de material genético entre outras áreas.) São bem claros os interesses económicos em jogo. Mas deve acrescentar-se que alguns países em vias de desenvolvimento gozavam de uma crescente capacidade tecnológica, pelo que não viam com bons olhos um aumento da tutela da propriedade intelectual que os proibia de reproduzir, a baixo custo, produtos protegidos por direitos privativos da propriedade de empresas de países industrializados. Por fim, haveria de ponderar se as medidas e os procedimentos a adoptar para elevar o nível de tutela da propriedade intelectual não poderiam constituir um obstáculo ao comércio, uma limitação excessiva da concorrência ou um impedimento ao investimento (argumentos que destruiriam as razões invocadas pelos países industrializados no quadro dos objectivos de uma organização mundial de comércio). Sobre algumas destas questões *vide* PEDRO ÁLVARES, *O GATT, de Punta del Este a Marraquexe*, Publicações Europa-América, 1994, pp. 237 e segs.

amplo alcance das suas implicações, particularmente para os países em desenvolvimento, tornou-se “*um dos componentes mais controversos*”²⁵⁹ do sistema da OMC²⁶⁰. A propriedade intelectual vive numa constante dialéctica entre a tutela de interesses dos titulares dos direitos privativos e os interesses colectivos

²⁵⁹ Deste modo ensina CARLOS M. CORREA, *O Acordo TRIPS e o Acesso a Medicamentos nos Países em Desenvolvimento*, SUR, Revista Internacional de Direitos humanos, Vol. 2, n.º 3, S. Paulo/2005, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000200003&script=sci_arttext

²⁶⁰ Destacamos também um outro Acordo no âmbito da OMC, o *Acordo sobre a Aplicação das Medidas Sanitárias e Fitossanitárias*, um dos Acordos estruturantes da OMC (disponível em http://www.fid.uc.pt/CI/CEE/OI/OMC.GATT/Anexo_1A-Acordo_medidas_sanitarias.htm), que se situa no anexo 1A, referente às mercadorias, com o óbvio impacto que se antevê em matéria de saúde pública. Mais informações acerca do mesmo estão disponíveis em http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_s.htm. Foi elaborado com o intuito de estabelecer um quadro de regras e disciplinas capazes de orientar na adoção, elaboração e aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias, de forma a minimizar os seus efeitos sobre o comércio internacional, já que, certas Nações utilizavam-se dessas medidas para contornar as regras estabelecidas pelo GATT/OMC. Assim, ao mesmo tempo que possibilitava aos governos o direito soberano de estabelecerem as regras apropriadas à proteção da saúde, o acordo certificava-se que essa regras teriam o uso adequado. A determinação de medidas de carácter fitossanitário e sanitário deve atender a certos critérios estabelecidos pela própria OMC, justamente para evitar que seu uso seja destinado a outros fins que não a proteção da vida humana, animal e vegetal. Quando se fala em medidas sanitárias e fitossanitárias, dois pontos devem ser analisados: o primeiro diz respeito à liberdade que os países têm de impor exigências sobre os produtos alimentares provenientes de outros países (não obstante as normas internacionais existentes sobre o tema), para a proteção à vida, a saúde humana, animal e vegetal. O segundo é a necessidade de ponderação desse nível de exigência para que ele não se torne barreira comercial para esses países exportadores. O que se observa, é que na maioria das vezes, as medidas sanitárias e fitossanitárias são utilizadas não para levar a cabo o seu verdadeiro fim, mas como barreiras técnicas ao comércio internacional. Note-se que o Acordo em causa autoriza as restrições ao comércio internacional com vista a salvaguardar a vida animal, vegetal e a saúde humana, sempre e quando as ditas medidas não suponham uma proteção encoberta dos produtos nacionais e não produzam discriminações entre os Estados-membros. Em resumo, dir-se-á que o Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias regula a aplicação das medidas sanitárias e fitossanitárias no comércio multilateral. Este Acordo legitima exceções ao livre comércio, as quais podem ser utilizadas pelos Membros da OMC, quando houver necessidade de proteger a vida e a saúde das pessoas, dos animais ou preservar os vegetais, desde que tais medidas não se constituam num meio de discriminação arbitrário, entre países de mesmas condições, ou numa restrição encoberta ao comércio internacional. As previsões do Acordo estabelecem que “*medidas sanitárias*” se referem às questões que envolvem saúde animal e inocuidade dos alimentos, enquanto o termo “*fitossanitárias*” está relacionado à sanidade vegetal. Para assegurar a implementação do referido Acordo, foi estabelecido o Comité de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, nos termos do artigo 12.º do mesmo Acordo, que é o fórum apropriado para os países membros realizarem consultas e garantir o cumprimento dos dispositivos sobre medidas relacionadas à inocuidade dos alimentos, saúde animal e sanidade vegetal, com potencial de causar impacto ao comércio internacional. As medidas sanitárias e fitossanitárias devem ser aplicadas com base em normas, guias e recomendações internacionais elaboradas pelas organizações internacionais de referência reconhe-

(de uma ampla difusão das inovações ou de defesa da concorrência), sendo o Acordo TRIPS irradiação desta dicotomia e da solução geralmente conseguida: supremacia do interesse económico sobre o da colectividade.²⁶¹

O Acordo em apreço permitiu que as companhias farmacêuticas, recorrendo a práticas de captura de renda,²⁶² pudessem cobrar preços elevados, assim como, pressionar os Governos a perseguir as empresas nacionais produtoras de cópias ou similares provenientes de países onde não existe patente de produto, ao mesmo tempo que canalizavam os seus investimentos para a investigação e desenvolvimento, em doenças de menor interesse para as populações menos favorecidas, isto é, o investimento em *lifestyle drugs*, em vez de pesquisa em *lifesaving drugs*.²⁶³

Foi precisamente a patenteabilidade dos produtos farmacêuticos que deu razão ao argumento de que o TRIPS é hostil para os direitos humanos.²⁶⁴⁻²⁶⁵ Intensas discordâncias sobre o seu escopo e conteúdo surgiram durante a Ronda do Uruguai, especialmente entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e até entre os próprios países desenvolvidos. A implementação do Acordo e a sua revisão, em conformidade com a agenda elaborada também geraram contenda.²⁶⁶ Os produtos farmacêuticos estiveram e estão no âmago do dissenso.

cidas pelo Acordo, notadamente a Organização Mundial de Saúde Animal – OIE, a Convenção Internacional de Protecção dos Vegetais – CIPV e o *Codex Alimentarius*.

²⁶¹ Cfr. por exemplo FREDERICK M. ABBOTT, *The “rule of Reason” and the Right to Health: Integrating Human Rights and Competition Principles in the Context of TRIPS*, in *Human Rights and International Trade*, Ed. Thomas Cottier, Joost Pauwelyn, and Elisabeth Burgi, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 279.

²⁶² Seguimos AQUILINO PAULO ANTUNES, *O Acordo ADPIC/TRIPS no Direito Português. A Perspectiva do acesso a medicamentos e da saúde pública*, in *Direito Industrial*, Vol. VIII, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 152.

²⁶³ Cfr. CAROLYN DEERE, *The Implementation Game: The TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries*, Oxford University Press Oxford, New York, 2009, pp. 95 e ss.

²⁶⁴ Assim ensina THOMAS COTTIER, *Trade and Human Rights: A relationship to discover*, *Journal of International Economic Law*, March/2002, Vol. 5/n.º1, Oxford University Press, pp. 111.

²⁶⁵ Para compreender a relação entre a OMC e os direitos humanos, consultámos a monografia de PETER HILPOLD, *WTO Law and the Human Rights: Bringing Together two autopoietic orders*, University of Innsbruck, October 21, 2010, para consulta em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1695505, bem como GILLIAN MOON, *Fair in Form, but Discriminatory in Operation – WTO Law’s Discriminatory Effects on Human Rights in Developing Countries*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 14 (3), Oxford, University Press, 2011.

²⁶⁶ Neste sentido, BRIGITTE GRANVILLE (ed.), *The Economics of Essential Medicines*, London: The Royal Institute of International Affairs, RIIA, Brookings, 2002; PETER DRAHOS/RUTH MAYNE (ed.), *Global Intellectual Property Rights, Knowledge, Access and Development*, New York: Palgrave Macmillan-Oxfam, 2002.

As patentes permitem que os fabricantes de produtos farmacêuticos estabeleçam preços acima dos custos marginais, recuperando desta forma as despesas com pesquisas e ensaios clínicos, obtendo assim enormes lucros.

A crise de HIV em África e as evidentes implicações negativas da inacessibilidade das populações mais pobres e desprotegidas aos medicamentos patenteados trouxeram à tona a necessária reflexão sobre o TRIPS e a forma como se relaciona com a saúde pública. O número de crianças infetadas pelo HIV foi reduzido em 50% ou mais, em sete países da África subsaariana desde 2009, afirma o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS).²⁶⁷ A redução foi confirmada na África do Sul, Botswana, Etiópia, Gana, Malauí, Namíbia e Zâmbia. Tanzânia e o Zimbábue. Essa conquista foi relatada no último documento sobre o progresso do Plano Global para a eliminação de novas infecções pelo HIV entre crianças e a manutenção da vida das suas mães, lançado em julho de 2011 na Assembleia Geral da ONU sobre a SIDA.

A agência da ONU divulgou um comunicado afirmando que o Gana apresentou a maior queda na taxa de novas infecções entre crianças desde 2009 (76%), seguida pela África do Sul (63%). No entanto, o ritmo de queda em alguns dos países prioritários do Plano Global tem sido lento e, em Angola, as novas infecções pelo HIV até aumentaram. O relatório também aponta que mais mulheres grávidas infectadas pelo HIV estavam a receber mais medicação antirretroviral em 2012 do que em 2009, com níveis de cobertura chegando a 75% em muitos países. As metas contidas neste plano têm de ser atingidas até 2015 e são principalmente duas metas: a redução de 90% no número de novas infecções infantis pelo HIV e a redução de 50% no número de mortes maternas relacionadas com a SIDA. O documento concentra-se em 22 países que apresentam 90% das novas infecções pelo HIV entre as crianças.

O presente relatório revela os progressos realizados pelos 21 países da África Subsaariana e alguns dos desafios enfrentados para cumprir as metas. Houve menos 130 mil novas infecções pelo HIV entre crianças nos 21 países analisados – queda de 38% desde 2009. “O progresso na maioria dos países é um forte sinal de que, com esforços direcionados, toda criança pode nascer livre do HIV”, afirma o diretor executivo do UNAIDS, Michel Sidibé, que liderou a iniciativa para a criação do Plano Global juntamente com o Plano de Emergência do Presidente dos Estados Unidos para o alívio da SIDA. Acrescenta ainda que “(...) o progresso estagnou em alguns países com elevado número de novas infecções pelo HIV. Precisamos

²⁶⁷ <http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/un aids/>

descobrir o porquê e remover os empecilhos que impedem os avanços”.²⁶⁸⁻²⁶⁹ A estratégia UNAIDS/ONUSIDA – 2011-2015, terá por isso um trabalho árduo e complexo no terreno.²⁷⁰ Estima-se que a população do continente africano, até 2050, passará de 1 bilhão para 2 bilhões de habitantes, ou seja, 20% da população mundial. De acordo com o economista François Bourguignon, convidado pelo Collège de France para apresentar seu trabalho sobre a “*globalização da desigualdade*”, a pobreza *stricto sensu* será um problema exclusivamente africano até 2040 ou 2050.²⁷¹

Recorde-se em 1996, Bill Clinton, o então Presidente norte-americano, publicou uma norma convocando uma estratégia mais orientada para as doenças infecciosas. Era mais uma preocupação de segurança nacional do que impulso altruísta. Propagação de patologias, consequências econômicas, atraso no desenvolvimento de novas moléculas, resistência de agentes infecciosos aos antibióticos, mobilidade das populações, crescimento das megalópoles, fragilidade dos sistemas de saúde dos países pobres, estes eram os tópicos que perturbavam a administração norte-americana, e isso bem antes dos ataques de 11 de setembro de 2001.

Em 1997, o *Institute of Medicine*, instância norte-americana de referência científica, publicou um relatório afirmando que a saúde global é “*de interesse vital para os Estados Unidos*”. Era a primeira vez que nascia a expressão “*global health*”. “*Os países do mundo têm coisas demais em comum para que a saúde seja considerada uma questão nacional. Um novo conceito de ‘saúde global’ é necessário para tratar dos problemas de saúde que transcendem as fronteiras, podendo ser influenciados por eventos em outros países e ter soluções melhores por meio da cooperação*”²⁷²

A SIDA propagou-se na África austral de maneira brutal, e em 1999 as autoridades alarmaram-se com a publicação oficial, pelo Ministério da Defesa

²⁶⁸ <http://www.onu.org.br/sete-paises-da-africa-subsariana-reduzem-em-mais-de-50-a-infeccao-infantil-por-hiv-diz-unaid/>

²⁶⁹ Ao mesmo tempo, o documento mostra que apenas metade das mulheres infectadas pelo HIV que amamentam recebem medicamentos antirretrovirais para prevenir a transmissão do vírus. O relatório enfatiza que a amamentação é fundamental para garantir a sobrevivência da criança e que há necessidade urgente de fornecer terapia antirretroviral durante o período de amamentação. Embora destaque a redução no número de novas contaminação pelo vírus, o documento afirma que medidas urgentes devem ser tomadas para melhorar o diagnóstico precoce do HIV em crianças e garantir o acesso imediato ao tratamento antirretroviral.

²⁷⁰ Cfr. http://www.unaids.org.br/biblioteca/Plano%20Estrat%20E9gico%20do%20UNAIDS%202011-2015_PORTUGU%20CAS.pdf

²⁷¹ Neste sentido, FRANÇOIS BOURGUIGNON, *La mondialisation de l'inégalité*, Seuil, Paris, 2012. Ver também o artigo “*Towards the end of poverty*”, in *The Economist*, 1.º junho/2013.

²⁷² Cfr. *America's vital interest in global health: protecting our people, enhancing our economy, and advancing our international interests*, Institute of Medicine, Washington, 1997.

sul-africano, das elevadas taxas de prevalência desta infecção entre os militares de muitos Estados desse continente. Este facto afectaria como era previsível, as capacidades de defesa nacional. Segundo o *International Crisis Group* (ICG), muitos países não teriam a curto prazo, condições para contribuir para as operações de manutenção da paz.²⁷³ No período 1999–2008, a Comissão Nacional dos Serviços de Inteligência do Governo norte-americano, o *National Intelligence Council* (NIC), centro de reflexão estratégica, publicou seis relatórios sobre a questão da saúde global. Facto inédito, era que esses documentos definiam a doença como um “agente de ameaça não tradicional” para a segurança dos Estados Unidos, cujas bases militares estariam salpicadas por todo o planeta.

A ameaça chegou até a ONU. Pela primeira vez na sua história, o Conselho de Segurança, a 10 de janeiro de 2000, em Nova York, incluiu na ordem do dia, um assunto não relacionado com um risco direto de conflito: “*A situação na África: o impacto da SIDA sobre a paz e a segurança em África*”. Os EUA presidiam as comunicações, com o Vice-Presidente Al Gore e o embaixador norte-americano na ONU, Richard Holbrooke. Daqui saíram várias Resoluções. O artigo 90.º da Resolução da sessão especial da Assembleia Geral das Nações Unidas de 27 de junho de 2001 solicitava a criação de um “*fundo global de saúde e HIV/SIDA para financiar uma resposta urgente à epidemia numa abordagem integrada de prevenção, cuidado, apoio e tratamento, e para apoiar os Estados nos seus esforços de combate à epidemia, com prioridade para os países mais afetados, especialmente na África subsaariana e Caraíbas*”.²⁷⁴ O Fundo Global nasceu graças à mobilização dos membros do G8 por Kofi Annan.

Após uma década marcada pela guerra no Afeganistão e no Iraque, a estratégia de Barack Obama consiste em conduzir o seu país a outras batalhas que não os conflitos no exterior. Trata-se de restaurar a liderança norte-americana no exterior, inclusivé para enfrentar os desafios relacionados ao controlo de epidemias, tema expressamente mencionado na estratégia de segurança nacional em 2010. O Governo anunciou, em julho de 2012, a criação do *Office of the Global Health Diplomacy*. Segundo o historiador de relações internacionais, Georges-Henri Soutou “*Os Estados Unidos compreenderam que, no fundo, o verdadeiro poder, hoje, é ser capaz de jogar nas esferas interestatal e transnacional*”.²⁷⁵

²⁷³ Cfr. *HIV/AIDS as a security issue*, International Crisis Group, n.º 1, de 19 jun. 2001. Disponível em <http://www.crisisgroup.org/en/regions/africa/001-hiv-aids-as-a-security-issue.aspx>.

²⁷⁴ Para consulta em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_17/IIIPAG3_17_1.htm.

²⁷⁵ Cfr. GEORGES-HENRI SOUTOU, *Le Nouveau Système International*, Aquilon, n.5, Paris, 1.º jul. 2011.

Considerando que mais de 30 milhões de pessoas vivem com HIV/SIDA^{276,277,278} nas regiões mais pobres do Mundo, é e será prioritário enfrentar este flagelo. Embora seja verdade, como argumenta a indústria farmacêutica, que outros factores como as infraestruturas e a manutenção profissional, desempenham um papel crucial no acesso a medicamentos,²⁷⁹ também não é inverosímil que os altos preços decorrentes da existência de patentes nestes produtos, determinam em ultima *ratio*, quantas pessoas padecerão de HIV e de outras doenças nos próximos anos.

O impacto do regime da propriedade intelectual no que respeita ao direito à saúde é enorme.²⁸⁰ O acesso aos medicamentos e à medicina²⁸¹ parece ser aos olhos da OMC um direito humano²⁸² com implicações e responsabilidades enormes para a indústria farmacêutica.²⁸³ Este direito é comprometido pelos elevados preços impostos pelas empresas farmacêuticas. Os países em desenvolvimento, muito por causa do Acordo TRIPS têm conquistado algumas vitórias

²⁷⁶ Cfr. United Nations Commission on Human Rights, *Access to Medication in the Context of Pandemics such as HIV/AIDS*, UN Doc. E/CN.4/RES/2001/33, 20, Apr.2001, § 1.º, bem como as Resoluções 2002/32, 2003/29 e 2004/26, para consulta em <http://www.un.org/en/>

²⁷⁷ Deve ler-se do, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights and UNAIDS, *HIV/AIDS and Human Rights International Guidelines*, Revised Guideline 6: *Access to Prevention, Treatment, Care and Support, Third International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights*, UNAIDS/02.49E, HR/PUB/2002/1 (Geneva:UN, 2002). Disponível em http://www.crin.org/docs/resources/publications/hrbap/HIV_AIDS_HR_Intnl_Guidelines_OHCHR_UNAIDS.pdf.

²⁷⁸ Em especial, sobre a temática do acesso aos fármacos para tratar o HIV/SIDA, *vide*, LISSET FERREIRA, *Access to Affordable HIV/AIDS Drugs: The Human Rights Obligations of Multinational Pharmaceutical Corporations*, *Fordham Law Review*, 71 (2002), pp. 1133.

²⁷⁹ Cfr. do International Intellectual Property Institute, *Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa*, Washington D.C, 2001, igualmente acessível em http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/iipi_hiv.pdf

²⁸⁰ Sobre este tema deve ler-se, OBIJIOFOR AGINAM, *Between Life and Profit: Global Governance and the Triology of Human Rights, Public Health and Pharmaceutical Patents*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 31 (2006): 903.

²⁸¹ Por isso nesta matéria, existe uma “*trilateral cooperation*”, pois cooperam entre si, as diferentes agências, a OMS, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO), e o OMC. Sobre este sistema, *vide*, o relatório das três organizações, WHO, WIPO, WTO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation, Intersections between Public Health, Intellectual Property and Trade*, 2012, pp. 21-24.

²⁸² Sobre isto, *vide*, de HOLGER P. HESTERMAYER, *Access to Medication as a Human Right*, *Max Planck, UNYB*, 8 (2004), pp. 125-144, disponível em http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/hestermeyer_8.pdf.

²⁸³ *Vide* a este respeito a contribuição de vários autores para a excelente monografia *Access to Medicines as a Human Right, Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility*, University of Toronto, Press, Edited by Lisa Forman and Jillian Clare Kohler, in <http://ssrn.com/abstract=2159263>

e puderam definir importantes estratégias, especialmente através do uso das flexibilidades previstas neste Acordo, equilibrando-se deste modo, o respeito pelos direitos de propriedade intelectual e a garantia de acesso a medicamentos por parte das populações mais carenciadas.²⁸⁴

A crítica mais frequente que é feita à OMC é a de que é insensível aos temas da saúde pública. O Acordo TRIPS é muitas vezes olhado no sentido de apenas se interessar pela proteção das grandes corporações. Também não será errado afirmar que os países membros da OMC têm o seu campo de ação limitado pois estes acordos impõem uma “camisa de forças” no que tange à sua capacidade de reagir perante sérios problemas de saúde pública. Estes revelam-se verdadeiramente calamitosos nos países africanos, que sofrem epidemias de malária, tuberculose e HIV de grandes proporções.

Miguel Rodriguez Mendonza ex-Diretor Adjunto da OMC afirmou numa intervenção pública em 2001, em Girona, que estas críticas têm pouco fundamento. “(...) *En cuanto al Acuerdo TRIPS de la OMC, conviene referirse a la reciente controversia legal en los Tribunales sudafricanos. El Acuerdo refleja un balance entre la necesidad de incentivos para investigar y desarrollar nuevos productos y la necesidad de poner estos productos a la disposición de los consumidores, tomando en cuenta sus necesidades particulares, por esto cuenta con mecanismos que permiten las licencias obligatorias, las importaciones paralelas y los precios diferenciados.*”²⁸⁵

Os titulares das patentes²⁸⁶⁻²⁸⁷ passariam a ter a possibilidade de manter altos os preços dos medicamentos patenteados deixando-os assim fora do alcance de

²⁸⁴ Acerca do direito à saúde e o acesso aos medicamentos essenciais, vide, o artigo doutrinário, n.º 2006/35, de ADAM MCBETH, Faculty of Law, Monash University, *When Nobody Comes to the Party: Why Have no States Used the WTO Scheme for Compulsory Licensing of Essential Medicines?*, pp. 74-77, in www.law.monash.edu.au

²⁸⁵ Vide a sua intervenção em *La Unión Europea y el Comercio Internacional: limites al libre Comercio*, Girona, 25 de Abril de 2001, Francina Esteve Garcia (coord.), Universitat, Diversitas (24).

²⁸⁶ Uma patente é um direito exclusivo que se obtém sobre invenções. O objeto inventivo pode ser um produto ou um processo. Estamos perante um contrato entre o Estado e o requerente da patente, pelo qual este obtém o direito exclusivo a produzir e comercializar a sua invenção. Concedida a patente, o seu titular passa a deter em absoluto o direito de impedir que terceiros, sem o seu consentimento, usem, fabriquem, vendam ou importem produtos ou processos patenteados. Vide a respeito destas noções, *A Handbook on the WTO TRIPS Agreement*, Antony Taubman, Hannu Wager, Jayashree Watal (Eds.), Cambridge University Press, 2012, pp. 95-108, bem como, os artigos 27.º e 28.º do Acordo TRIPS, in www.wto.org/ e o site www.marcaspatentes.pt onde encontramos esta informação.

²⁸⁷ É interessante estudar a estratégia das patentes no espaço europeu, o que não faremos nesta sede, mas para tal efeito, Cfr., NICOLETA TUOMINEN, *Patenting Strategies of EU Pharmaceutical Industry: Regular Business Practice or Abuse of Dominance*, World Competition, Law and Economic Review, Vol. 35, March, 2012, n.º1, pp. 27-54.

muitas pessoas, principalmente as mais pobres. Elevado o preço dos medicamentos no mercado internacional, o direito à saúde ficaria gravemente lesado. Diante disto, a OMC advertia que para o Acordo TRIPS vigorar no âmbito nacional, os seus Estados-membros deveriam recepcionar as suas regras nas leis internas de propriedade intelectual. Esta “internalização” visava reduzir o potencial impacto negativo no acesso aos medicamentos por parte de países menos desenvolvidos.

Às Nações em desenvolvimento foi concedido um período para a implementação de mudanças nas suas legislações nacionais²⁸⁸. As previsões do Acordo entraram em vigor em 1996, prevendo tratamento especial para países em desenvolvimento. Assim, para países desenvolvidos, o prazo para aquela implementação ia até 1996, para países em desenvolvimento o prazo corria até Janeiro de 2000, para economias em transição (ex-economias socialistas) até janeiro de 2000 e finalmente, para os países com menor desenvolvimento, até janeiro de 2001.²⁸⁹

A par do forte desequilíbrio entre os diferentes países, a possibilidade de cláusulas de flexibilidade/elasticidade reconhecidas aos países em desenvolvimento verificar-se-ia ao nível da implementação de medidas legislativas e regulamentares no plano interno (as quais, não podem resultar num nível inferior de compatibilidade com o disposto no TRIPS – cláusula *stand-still*), limitando-se à negociação de períodos transitórios ou exceções temporais (artigos 65.º e 66.º do Acordo TRIPS).

Creemos, contudo, que tal não chega a ser suficiente para se falar em sistema diferenciado para estes países, visto que as obrigações que lhes são impostas, dificilmente reduzirão o desequilíbrio já existente (seja porque o artigo 7.º é muito vago, seja porque, por semelhante motivo, o artigo 66.º/2 não estabelece uma obrigação concreta, apenas uma mera intenção dos países desenvolvidos providenciarem incentivos para que empresas e instituições transfiram tecnologia para os países menos desenvolvidos; seja ainda, porque certas obrigações impostas aos países desenvolvidos nesta sede, são de facto, consagradas unicamente para a satisfação dos seus interesses e não dos países em desenvolvimento – é o caso da cooperação técnica e financeira prevista no artigo 67.º).

Devido à sua obrigatoriedade, o TRIPS provocou uma uniformização das legislações nacionais de propriedade sem no entanto considerar as diferenças tecnológicas entre países membros da OMC. Todos os membros da OMC

²⁸⁸ Precisamente este tratamento especial para países membros menos desenvolvidos está vertido (programaticamente) no artigo 66.º do Acordo TRIPS.

²⁸⁹ Vide a este propósito, ELÓI MARTINS SENHORAS, *Introdução aos Direitos de Propriedade Intelectual nas Relações Internacionais*, Revista Intellector, R.J., Ano III, Vol. IV, n.º 7, Julho/Dez. 2007.

estão sujeitos aos mecanismos do órgão de solução de Controvérsias²⁹⁰ que os pode penalizar caso se desrespeitem os seus Acordos.

A repercussão das regras do TRIPS sobre os preços dos fármacos adquiridos pelos Estados afecta o acesso dos doentes aos medicamentos e logo de seguida, repetimos, constitui a violação do direito fundamental à saúde e à vida, uma vez que faz nascer direitos de exclusividade para as empresas farmacêuticas, favorecendo o aumento de preços dos medicamentos comprados pelos Estados. Por essa razão, em 2001 os países em desenvolvimento adoptam a Declaração Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, como forma de exhibir estas preocupações. Embora esta não tivesse alterado o TRIPS, serviu para implantar nos Estados-membros, todas as flexibilidades que constavam do TRIPS, relacionadas com a proteção da saúde pública e além do mais, fortalecer a liberdade para a incorporação de outras flexibilidades de interesse nacional para a saúde.

Não resta qualquer dúvida de que a garantia da saúde, depende da obtenção de medicamentos. É o Estado que deve providenciar que as políticas e programas de saúde garantam o acesso aos medicamentos existentes e que estes sejam disponibilizados em determinado território, em quantidades suficientes. Nesta matéria, as regras sobre as patentes dos medicamentos estão no centro da controvérsia e ao mesmo tempo, podem constituir a solução para o problema.

Recordem-se as regras do Acordo TRIPS sobre patentes: o artigo 27.º/1 estabelece um vasto âmbito para a proteção dos direitos de propriedade intelectual através de patentes, que se estende a produtos e processos em todos os sectores tecnológicos. Na parte final deste preceito também se estabelece que os membros não devem discriminar o gozo dos direitos de patente com base no lugar da invenção, no domínio tecnológico e no facto dos produtos serem importados ou produzidos localmente.²⁹¹ O facto de um membro poder impor exigências de fabricação local²⁹² para patentes depende da interpretação do preceito sobre o qual nos debruçamos agora.

²⁹⁰ Deve ler-se o Anexo 2 que constitui o *Memorando de Entendimento sobre as Regras e Processos que regem a Resolução de Litígios* aplicável ao TRIPS. Para consulta no já citado *site* da OMC.

²⁹¹ Esta regra de não discriminação foi objeto de um Relatório do Painel da OMC no caso *Canadá – Pharmaceutical Patents (WT/DS114)*, de 17 de Março de 2000, demanda iniciada pelas então Comunidades Europeias em 19 de Dezembro de 1997. O Painel deixou claro que “discriminação”, nos termos daquele artigo, significaria algo pejorativo ou negativo, ao contrário de diferenciação. Os membros podem deste modo, tratar diferentes sectores de proteção de patentes de forma diferenciada se o fizerem visando um fim legítimo. Disponível em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/7428d.pdf.

²⁹² Esta questão está ligada ao artigo 5.º/A da já mencionada Convenção de Paris, que regula o licenciamento compulsório. Os EUA iniciaram um processo de resolução de litígios contra o Brasil, caso das *medidas que afetam a proteção mediante patente (WT/DS199)*, iniciado em 30 de maio de

Assim, ao exigir que os titulares das patentes fabriquem os produtos dentro de determinado território, um membro pode criar uma distinção entre produtos importados e produtos nacionais. Será que tal distinção não pode ela mesma ser uma discriminação ou ela pode justificar-se por motivos de ordem pública? Estas dúvidas ficam por ora sem esclarecimento.

O artigo 27.º/1 também prescreve critérios básicos para a concessão de patentes, quais sejam, a novidade das invenções, a sua susceptibilidade de aplicação industrial, envolvendo um carácter inventivo. Os artigos 27.º/2 e n.º 3 permitem a exclusão da patenteabilidade. O n.º 2 tem uma personalidade mais abrangente sobre as invenções não patenteáveis para fins de proteção da ordem pública e bons costumes, da vida e saúde pública e do meio-ambiente. Já as exclusões do n.º 3 são feitas de forma mais restrita, apesar de, como acontece com o n.º 2, também deixarem um espaço potencial para interpretações diversas. Por exemplo, a alínea a) do n.º 3 permite a exclusão de métodos terapêuticos para o tratamento de humanos. O uso de medicamentos é um método terapêutico para o tratamento da saúde humana, sendo possível argumentar que um membro pode excluir da proteção das patentes, medicamentos para tratamento médico, mas não permite esta exclusão para certos produtos e processos microbiológicos. Esta linguagem é muito ambígua. O artigo 27.º/3 b) exige que os membros forneçam uma proteção a variedades vegetais, seja através de uma patente, seja de uma forma *sui generis* de proteção. Esta disposição está sujeita a futuras negociações no Conselho do TRIPS.

Os direitos conferidos pela patente vêm consagrados no artigo 28.º. Este, no seu n.º 1, fixa direitos básicos para os titulares das patentes, visando impedir que terceiros possam produzir, usar, colocar à venda, vender, importar o produto patenteado ou ainda, usar o processo patenteado (incluindo produtos importados fabricados através de processo), sem o consentimento do detentor. Este número faz uma referência cruzada ao artigo 6.º do mesmo Acordo, que impede processos de solução de controvérsias relacionados com a exaustão de direitos de propriedade intelectual. Entretanto, o artigo 28.º não refere expressamente o direito de exportar produtos patenteados. De qualquer modo, para ser exportado, o produto precisa de ser produzido ou vendido.

Segue-se o artigo 29.º/1, onde se impõem condições aos requerentes de uma patente tais como a divulgação clara da invenção de forma a permitir que outros a produzam, podendo os membros, de acordo com o número 2.º, exigir

2000, alegando o demandante, uma violação de disposições do Acordo TRIPS com base numa regra de fabricação local brasileira. Decisão satisfatória por mútuo consenso, em 19 de Julho de 2001, tendo as partes notificado o órgão de resolução de litígios neste sentido. O caso deve ser consultado em http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds199_s.htm.

do requerente da patente, as informações sobre os pedidos correspondentes apresentados pelo requerente no estrangeiro e sobre as patentes respectivas, obtidas no estrangeiro.

No artigo 30.º prevêem-se exceções aos direitos conferidos por uma patente. As exceções devem ser limitadas, elas não devem interferir na exploração normal da patente e não devem prejudicar de forma injustificada os direitos do detentor da patente, levando em consideração o legítimo interesse de terceiros. Em concreto, faz-se depender a licitude destas utilizações não autorizadas do princípio da proporcionalidade. Os requisitos legitimadores são cumulativos. A não verificação de um deles é uma circunstância impeditiva da análise dos restantes.²⁹³

O artigo 31.º trata da autorização a terceiros para a utilização de patentes sem o consentimento do titular da patente. Normalmente entende-se que esta autorização se identifica com a prática do licenciamento compulsório. Contudo, tendo em conta que o artigo 31.º também cobre o uso de patentes por governos para fins não comerciais, a terminologia do artigo 31.º não é especificamente dirigida ao licenciamento compulsório.

Este artigo não limita o âmbito dentro do qual as licenças compulsórias podem ser concedidas. Antes, fixa procedimentos que devem ser seguidos na concessão das licenças e exige que alguns requisitos mínimos sejam cumpridos: a autorização dessa utilização deve ser analisada em função das suas características próprias, isto é no seu mérito individual (artigo 31.º/a); deve haver negociação prévia com o detentor da patente, no sentido de obter o seu consentimento para uma licença comercial justa. Se tais esforços saírem gorados dentro de um prazo razoável, aí a autorização pode ser atribuída, excepto em casos de emergência nacional, extrema urgência ou uso público sem finalidade comercial (artigo 31.º/b); essa autorização de utilização será não exclusiva (artigo 31.º/d); apenas para o fornecimento do mercado interno, para suprir as suas deficiências (artigo 31.º/f); o titular da patente tem direito a uma remuneração adequada, tendo em conta o valor económico da autorização (artigo 31.º/h); deve haver oportunidade para revisão, por autoridades independentes, da concessão da licença e das condições da remuneração (artigo 31.º/i e j); Quando uma licença compulsória é concedida para remediar práticas de concorrência desleal, a limitação ao suprimento predominante do mercado doméstico não se aplica e a remuneração pode levar em consideração o carácter reparador da licença (artigo 31.º/k).

²⁹³ Cfr. o Caso Canadá – Patent Protection for Pharmaceutical Products, adoptado em 07/06/2000, Doc. WT/DS114/R, § 7.20. em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/7428d.pdf.

A licença compulsória deve ser uma ferramenta essencial para os membros buscarem o equilíbrio entre o interesse público e o interesse dos detentores das patentes. Existem imensas circunstâncias em que permitir a manutenção do monopólio de uma patente pode lesar o interesse público, tornando injustificável o acesso exclusivo do titular da patente ao mercado. Na área da saúde pública, existem muitas situações em que a persistência da defesa da propriedade intelectual pode revelar-se contrária ao interesse público. Um dos casos são mais flagrantes é por exemplo a situação em que a proteção da patente se dá pela proibição da concorrência de medicamentos genéricos, podendo esta prática restringir o acesso de um significativo segmento da população, a fármacos e tratamentos médicos inovadores. Nestes casos, o licenciamento compulsório pode remediar ou até atenuar os possíveis efeitos negativos da proteção patenteária.

Do prisma do titular da patente, a mera ameaça da licença compulsória faz com que este reavalie o seu acesso ao mercado ou a estratégia de preço. Na opinião de Graham Dutfield, *“Patent portfolios are the main magnet for outside investors – which also include larger science-based firms – and the larger the portfolio (usually measured by the quantity of patents rather than their quality), the greater the interest from investors.”*²⁹⁴ Nas assertivas palavras de Cary Fowler, *“(…) For many companies, the patent becomes the product – the product that can be dangled before the investment community for more funds, or the product that can literally be sold to other companies.”*²⁹⁵

2.1.2. *As margens de flexibilidade e o acesso a medicamentos:*

“Se a liberdade de produzir, vender e comprar medicamentos avançados não fosse restringida, então os ricos precisariam encontrar outro modo (para eles possivelmente menos conveniente) de financiar a pesquisa farmacêutica. Mas esses medicamentos estariam então disponíveis a preços competitivos de mercado e nós teríamos uma chance muito maior de obter acesso a eles por meio dos nossos próprios fundos ou com a ajuda de agências oficiais nacionais ou internacionais, ou de organizações não governamentais. Desse modo, a perda de liberdade imposta pelas patentes monopolistas nos causa uma imensa perda em termos de doenças e mortes prematuras. Essa perda não pode ser justificada por qualquer ganho que as patentes possam trazer aos ricos.”

THOMAS POGGE, *Medicamentos para o Mundo: Incentivando a Inovação sem obstruir o Acesso Livre*, in SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, ano 5, n.º 8, S. Paulo, Junho/2008, pp. 126

²⁹⁴ Cfr. GRAHAM DUTFIELD, *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries*, A Twentieth Century History, Ashgate, England, 2003, pp. 153.

²⁹⁵ CARY FOWLER, *Unnatural Selection: Technology, Politics, and the Plant Evolution*, Gordon and Breach, Yverdon, 1994, pp. 173.

As flexibilidades permitidas pelo Acordo TRIPS são exceções admitidas ao direito de patente.²⁹⁶ Assim, a utilização de alguns mecanismos de flexibilização do TRIPS asseguram a disponibilidade de medicamentos a partir da “elasticidade”²⁹⁷ da propriedade intelectual, pois é sabido, que as patentes de medicamentos concedem direitos exclusivos aos titulares das mesmas, permitindo que se cobre acima dos custos marginais de produção, o que torna os medicamentos patenteados mais caros em comparação com produtos similares, produzidos em ambiente competitivo.²⁹⁸

O que é certo é que à medida que o Acordo TRIPS começou a vigorar plenamente,²⁹⁹ os Governos de diversas Nações começaram a enfrentar dificuldades na aquisição de medicamentos a preços acessíveis. Algumas disposições do TRIPS, conferem aos Estados contratantes margens de flexibilidade que podem ser aproveitadas no sentido de facilitar o acesso aos medicamentos.³⁰⁰

Importa portanto, analisar algumas normas do Acordo TRIPS, nesta matéria. Começemos pelo artigo 6.º, que prevê o esgotamento ou exaustão dos direitos de propriedade intelectual. O mesmo estabelece que, para fins de resolução de litígios, nada no Acordo deve ser usado para tratar a questão da exaustão de direitos de propriedade intelectual. Embora quase todos os membros tenham entendido que este preceito permite a cada um deles adoptar as suas próprias políticas e regras no domínio da exaustão nacional e internacional, havia preocupações de relevo em relação a questões interpretativas suscitadas por certos membros, já que a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública deixava claro que seria permitido a cada membro escolher as suas

²⁹⁶ Na ob. já cit., *A Handbook on the WTO TRIPS Agreement...*, dá-se relevância ao artigo 30.º do TRIPS, que dispõe sobre as *excepções aos direitos conferidos* e pp. 108 e 109 e, claro às *licenças compulsórias*, previstas no artigo 31.º do mesmo Acordo, pp. 109-115, onde se explica com exaustão a substância destas excepções ao direito de patente.

²⁹⁷ A este respeito, SISULE F. MUSUNGU, *The TRIPS Agreement and Public Health, in Intellectual Property and International Trade*, Carlos Correa & Abdulqawi A. Yusuf (editors), 2.ª Ed., Wolters Kluwer, 2008, 436-446.

²⁹⁸ Cfr. a Revista Internacional de Direitos Humanos, S. Paulo, 2006, N.º 4, Ano 3, Texto de JUSTICE C. NWOBIKE, *Empresas Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos nos países em Desenvolvimento: o caminho a seguir*, SUR.

²⁹⁹ CARLOS CORREA, na ob. já cit. *O Acordo TRIPS...*, refere que se previa que no máximo até 2005 tal acontecesse.

³⁰⁰ Algumas disposições do Acordo TRIPS são especialmente sensíveis a esta problemática do acesso aos medicamentos, como veremos. Partilhámos a opinião de PATRICK LUMUMBA & YVONNE K. NKURUMAH, EMMANUEL K. SACEY, *Improving Access to HIV/AIDS Medicines in Africa: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Flexibilities Utilization*, Washington, D.C., World Bank, 2008, pp. 10-22.

próprias políticas no que toca a esse esgotamento, sem estar sujeito ao sistema de resolução de litígios.

Note-se que, o detentor de um direito de propriedade intelectual, geralmente não dispõe do seu direito sobre a propriedade intelectual quando o produto é vendido e transferido. O detentor da propriedade intelectual continua detendo o direito de propriedade intelectual. O conceito de esgotamento ou exaustão, aqui entendido, refere-se à questão de saber se tal direito pode ser usado para controlar as disposições futuras do produto ou não.

Os membros da OMC não definiram regras uniformes a respeito do esgotamento daqueles direitos ter um carácter nacional ou internacional. Cremos que, se um produto é legalmente colocado no mercado de um membro da OMC, o detentor de um direito paralelo de propriedade intelectual noutra membro, não é capaz de controlar a sua importação ou revenda com base neste direito de propriedade intelectual paralelo. A comercialização legal do produto num membro da OMC não abala os direitos de um detentor paralelo noutra membro, podendo o detentor de direitos de propriedade intelectual neste outro membro, usar o seu direito intelectual paralelo para boquear a importação e a disposição subsequente do produto. Alguns membros da OMC seguem a regra da exaustão nacional, outros da exaustão internacional. Não é incomum que alguns membros possuam regras de esgotamento diversas, em relação a diferentes tipos de direitos de propriedade intelectual.³⁰¹

Enquanto o artigo 6.º e a Declaração de Doha sobre o TRIPS estabelece que cada membro pode permitir a exaustão internacional e a importação paralela de direitos de propriedade intelectual de produtos protegidos, isso não quer dizer que uma política de esgotamento destes direitos não possa nunca ser questionada em processos de resolução de litígios. Tudo isto, porque a palavra “exaustão” ou se quisermos, “esgotamento”, não se autodefine, e um membro pode fazer uma reclamação contra outro membro alegando que este não adoptou uma definição razoável do conceito. Assim sendo, um Painel ou o Órgão de Recurso podem ser chamados a definir os limites ao âmbito do princípio do esgotamento, previsto no artigo 6.º do TRIPS.

Da análise do n.º 1 do artigo 8.º, vislumbra-se que o preceito permite que os Estados adoptem medidas para proteger a saúde pública e promover o interesse público, em sectores de crucial importância para o desenvolvimento sócio-económico e tecnológico, desde que compatíveis com o Acordo. Por seu turno, o n.º 2 do mesmo artigo prevê a possibilidade de adopção de medidas que impeçam a utilização abusiva de direitos de propriedade intelectual

³⁰¹ Cfr. de novo, *Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, Solução de controvérsias, Organização Mundial de Comércio...*, 12.

ou o recurso a práticas que restrinjam o comércio de forma razoável. Ou seja, o artigo 8.º/1 não só prevê no seu n.º 1, a adopção pelos membros de medidas positivas promotoras da protecção da saúde pública como permite, no seu número segundo, a adopção de medidas negativas, que visem reprimir o uso abusivo dos direitos de propriedade intelectual ou o acolhimento de práticas restritivas ao comércio, em termos não razoáveis.³⁰²

No grupo de disposições sobre patentes em especial, contam-se primeiramente o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 27.º do Acordo TRIPS que permitem aos membros, no primeiro caso, redigirem a sua legislação nacional e especialmente o requisito de patenteabilidade que é a novidade, no sentido de não considerarem novas as invenções que tenham por objecto usos novos ou secundários de medicamentos, e no segundo caso, de excluírem da patenteabilidade dos métodos diagnósticos, cirúrgicos ou terapêuticos de pessoas ou animais, bem como de plantas e animais.³⁰³

Em segundo lugar, cabe ainda anotar que o artigo 30.º do mesmo Acordo permite aos membros preverem exceções ao que nele se estabelece, desde que as mesmas não colidam de modo injustificável com a exploração normal da patente, e não prejudiquem de modo injustificável os legítimos interesses do titular da patente, tendo em conta os legítimos interesses de terceiros. É aqui que tem cabimento a exceção do uso experimental ou *cláusula bolar*,³⁰⁴ e também a das licenças compulsórias.^{305_306}

Em terceiro lugar, o artigo 31.º do Acordo TRIPS dispõe, nas alíneas a) a k), as condições e os requisitos a que deve obedecer a utilização do processo ou do produto patenteado sem o consentimento do titular, fora dos casos previstos no artigo 30.º, já analisado. Em geral, terá de ser feita uma análise casuística da

³⁰² Cfr. CAROLYN DEERE, *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and The Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2009, 94 e segs.

³⁰³ Cfr. de novo, CAROLYN DEERE, *The Implementation...*, pp. 77 e segs.; AINDA, FREDERICK M. ABBOTT/RUDOLPH V. VAN PUymbROECK, *Compulsory Licensing for Public Health: A Guide and Model Documents for Implementation of Doha Declaration Paragraph 6 Decision*, World Bank, Working Paper n.º 61, Washington, D.C, World Bank, 2005, pp. 9 e 22.

³⁰⁴ Esta exceção vem por nós explicada na nota n.º 220. A mesma também é referida na alínea c) do artigo 102.º do Código da Propriedade Industrial e no n.º 1 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 176/2006 de 30 de Agosto.

³⁰⁵ Cfr. de novo, CAROLYN DEERE, *The Implementation...*, pp. 80 e segs.

³⁰⁶ Sobre a sua evolução conceptual, vide o artigo de MUHAMMAD ZAHEER ABBAS/SHAMREEZA RIAZ, *Evolution of the concept of compulsory licensing: A Critical Analysis of Key Developments Before and After TRIPS*, Academic Research International, Vol. 4, n.º 2, March/13, disponível em [http://www.savap.org.pk/journals/ARInt./Vol.4\(2\)/2013\(4.2-50\).pdf](http://www.savap.org.pk/journals/ARInt./Vol.4(2)/2013(4.2-50).pdf).

situação e dos esforços efectuados pelo interessado no sentido de obter o consentimento do titular da patente em prazo razoável.

Todavia, os Estados contratantes podem derrogar esta exigência, nos casos de extrema urgência, como sucede em caso de emergência nacional e nos casos de utilização pública não comercial, havendo no entanto, lugar a notificação ou informação ao titular da patente, respectivamente. A autorização de utilização tem uma duração limitada e apenas se destina á finalidade para que foi concedida. A utilização não pode ser exclusiva nem pode ser objecto de cessão. O titular da patente tem direito a remuneração. A autorização pode ser revogada, e mediante pedido, pode ser revista quanto aos respectivos pressupostos. Quer a autorização quer a remuneração fixada podem ser objecto de revisão por entidade independente. Estas condições podem ser dispensadas no caso de utilização autorizada para corrigir uma prática anti-concorrencial reconhecida judicial ou administrativamente, por parte do titular da patente. Este facto pode influir na remuneração e pode afastar o direito à revogação quando as razões que determinaram a autorização sejam susceptíveis de se repetirem.

Em quarto lugar, o artigo 34.º do Acordo prevê no seu n.º 3, a protecção da informação comercialmente sensível do alegado infrator. Repare-se no artigo 39.º, que prevê a hipótese de protecção da informação comercialmente sensível, de forma a evitar a concorrência desleal, suscitando a possibilidade de os membros, estabelecerem um período de tempo durante o qual as autoridades competentes não poderão apoiar-se em informação de que disponham em arquivo – resultados de ensaios pré-clínicos, clínicos e toxicológicos – relativa a medicamentos originais, para autorizar a introdução no mercado de medicamentos genéricos. Esta questão é bastante importante na medida em que é susceptível de retardar o acesso dos medicamentos genéricos ao mercado.³⁰⁷

Existem outras questões, a par das margens de flexibilidade, de elevada sensibilidade em matéria de acesso ao medicamento e que deveriam ser interpretadas e aplicadas, no sentido de melhorar e facilitar aquele acesso. De salientar, o artigo 34.º/1 do Acordo, que prevê a inversão do ónus da prova nas patentes do processo para efeitos de *processos civis*, nos casos em que o produto obtido pelo processo patenteado seja novo e em que exista forte probabilidade de o produto idêntico ter sido obtido pelo processo patenteado e o titular da patente não tiver logrado apurar, apesar de ter realizado esforços nesse sentido, qual o processo utilizado. O n.º 2 daquela disposição permite que os Estados contratantes prevejam a inversão do ónus da prova, mesmo que apenas um dos casos esteja preenchido.

³⁰⁷ Cfr. Cfr. de novo, CAROLYN DEERE, *The Implementation...*, pp. 84 e segs.

Igualmente susceptível de nota é o disposto no artigo 28.º do TRIPS. Aqui se estabelece o âmbito da proteção conferida pela patente, isto é, os direitos conferidos pela patente ao seu titular.

Além da faculdade de alienação de licenças e do direito de cedência ou transmissão *mortis causa*, esses direitos são, em síntese, os de impedir que qualquer terceiro, sem o consentimento do titular, fabrique, utilize, ponha à venda, venda ou importe para qualquer destes efeitos o produto patenteado, sendo que, no caso de patente de processo, aqueles atos se referem ao produto obtido diretamente pelo processo patenteado.

A indústria farmacêutica justifica as patentes sobre os medicamentos e o alto preço em razão dos elevados custos da pesquisa e do desenvolvimento dos produtos farmacêuticos. O que também é real são os excessivos lucros das empresas farmacêuticas. O Estado também deve ter responsabilidade no que respeita à regulação ponderada destas práticas. Deveria tomar as medidas necessárias, cooperando internacionalmente, no sentido de garantir a defesa do direito à saúde.

³⁰⁸ Os Estados mais ricos, deveriam ser os primeiros a incentivar outros países em situação menos favorável, a não aceitarem regras de propriedade intelectual que violem o TRIPS.

Quanto a nós, consideramos que os direitos de propriedade intelectual não podem ser havidos como ilimitados e absolutos, nem tão pouco superiores aos direitos fundamentais. O Acordo TRIPS assume o objectivo de “*contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e disseminação da tecnologia, para a vantagem mútua dos produtores e usuários do conhecimento tecnológico, e de tal maneira que possa levar ao bem estar económico e social e ao balanço de direitos e obrigações*” – artigo 7.º ³⁰⁹

Embora os direitos de propriedade intelectual sejam um incentivo importante ao desenvolvimento de novos produtos para a saúde, a sua proteção e a obrigação de cumpri-los, deve contemplar o equilíbrio entre os interesses do detentor dos direitos de propriedade intelectual/inventor e os interesses do doente/consumidor. O acesso aos medicamentos essenciais, condição para garantir tal dever, está estabelecido como parte do direito à saúde, como dispõe o artigo 25.º da DUDH, critério que demonstra que não deve ser eleita a supremacia incondicional dos direitos de autor em detrimento do direito social fundamental à saúde. ³¹⁰

³⁰⁸ Seguindo a opinião de PAUL HUNT e RAJAT KHOSLA, *Acesso a Medicamentos como um Direito Humano*, SUR., Revista Internacional de Direitos Humanos, S. Paulo, Ano 5, N.º 8, Junho/2008.

³⁰⁹ Consulta do Acordo TRIPS na íntegra em www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

³¹⁰ No mesmo sentido, FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos e Propriedade Intelectual*, disponível em www.culturalivre.org.br

Apesar do Acordo TRIPS ser visto como uma “nova era” no que concerne à aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual, os países membros da OMC viram preservadas importantes opções políticas, flexibilidades e salvaguardas, incluindo a liberdade de: determinar a concessão de licenças compulsórias, permitir importações paralelas, usar exceções gerais para aceder a produtos genéricos, e beneficiar das isenções já referidas, destinadas a países menos desenvolvidos.³¹¹

Vários exemplos demonstram que a o uso das flexibilidades previstas no TRIPS resultou na redução dos preços de medicamentos. O Ruanda, em 2006, sancionou uma lei determinando que os medicamentos genéricos fossem usa-

³¹¹ Consulte-se o quadro 1. da Nota Informativa do *Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o VIH/SIDA*, em www.unaids.org.br, pp. 3, que esclarece que as **licenças compulsórias** são mecanismos usados pelas autoridades públicas para a utilização de uma invenção protegida por uma patente, pelo Governo ou por terceiros, sem o conhecimento do seu detentor, sujeito a indemnização na forma de *royalty* (artigo 31.º/h do TRIPS). A *Declaração de Doha* (www.wto.org) diz que os países da OMC têm liberdade para determinar o motivo que pode ser, o interesse geral da população ou a saúde pública, para a concessão das licenças. Muitas vezes, e como as empresas farmacêuticas praticam preços muito diferenciados, um país com recursos limitados tem condições para adquirir uma maior quantidade de um medicamento patenteado no exterior, a um preço mais baixo do que no mercado nacional. Se o detentor da patente, vender os seus produtos em qualquer país, não terá pois o direito de controlar a revenda posterior desses produtos esgota os direitos de propriedade sobre o que vendeu, mantendo apenas o direito exclusivo à sua fabricação. Portanto, permite-se a *importação paralela*, isto é, a intermediação na compra de um medicamento patenteado num país, a um preço menor, para revender depois, o mesmo, noutro país, a um preço maior, mas abaixo do preço que o fabricante cobra por ele naquele país. Para mais explicações sobre esta modalidade, em especial no caso português, *vide* o site http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/MEDICAMENTOS_USO_HUMANO/AUTORIZACAO_DE_INTRODUCAO_NO_MERCADO/AIP. A *cláusula bolar* permite o uso de uma invenção patenteada, sem permissão do seu detentor, para poder obter a autorização de comercialização de um produto genérico, antes do vencimento da patente. O genérico entra assim no mercado mais rapidamente, após o vencimento da patente, o que por sua vez facilita o acesso a fármacos mais baratos. Esta cláusula também é conhecida por Roche/Bolar, devido ao caso, *Roche Products v. Bolar Pharmaceutical*, 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984), submetido à justiça americana. Esta exceção prevista desde 1984 na legislação dos EUA, também teve acolhimento expresso no artigo 10.º da Directiva n.º 2001/83/CE, na redação da Directiva n.º 2004/27/CE, disposição precipuamente transposta para o n.º 8 do artigo 19.º do actual Estatuto do Medicamento (D.L n.º 176/2006, de 30 de Agosto). Por último, note-se que em Novembro de 2005, antes da Conferência Ministerial da OMC em Hong Kong, o Conselho TRIPS da OMC prorrogou até Julho de 2013 o prazo de transição pelos países membros, para o cumprimento do Acordo TRIPS, com exceção das disposições sobre o tratamento não discriminatório. Em relação aos produtos farmacêuticos, o § sétimo da Declaração Doha, isenta os países menos desenvolvidos da obrigação de conceder patentes e de garantir a proteção de informações reservadas até 01 de janeiro de 2016. Estes períodos de transição estão sujeitos a prorrogação adicional, mediante pedido fundamentado, conforme o artigo 66.º/1 do TRIPS.

dos, quando disponíveis, em todos os programas de tratamento.³¹² Em Julho de 2007, este país fez saber que iria usar a flexibilidade constante da decisão da OMC de 30 de Agosto de 2003³¹³, para importar uma combinação genérica de medicamentos, em dose fixa, para tratar aproximadamente 21 mil pessoas com HIV/SIDA durante um ano, por apenas US\$0,19 por comprimido.

Seguindo outro rumo podemos dizer que o TRIPS causou profundas modificações no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que se refere à patenteabilidade de produtos e processos farmacêuticos. País tradicionalmente contrário a essas espécies de patentes, o certo é que o Brasil mudaria radicalmente de postura. Nos anos 80, os Estados Unidos começaram a usar todos os meios possíveis de pressão para que o Brasil atendesse aos interesses daquele país no tocante à reserva de mercado para a informática e sector farmacêutico. Aplicaram sanções comerciais ao Brasil penalizando o sector do papel, calçado, sumo de laranja e produtos farmacêuticos, face à ausência de proteção às patentes dos seus processos.³¹⁴

Além disso, segundo o próprio Itamaraty,³¹⁵ o Brasil cedeu às pressões por três razões principais: assinado o acordo TRIPS, os EUA eliminaram do Ato do Comércio de 1974, a secção 301³¹⁶ que estabelece que se algum produto importado pelos EUA estiver a prejudicar de alguma forma as indústrias americanas, o governo deverá retaliar, criando barreiras para prejudicar outros sectores do país de origem. Tal secção representou uma permanente ameaça, nem menos precisaria ser usada, bastaria para tanto a sua existência; a segunda razão era a de que se afirmava que, assinando o TRIPS, haveria um Acordo agrícola que interessava e muito ao Brasil, face ao imenso mercado norte-americano; a terceira razão, estava relacionado com o Conselho de Segurança das Nações Unidas, pois na época foi proclamada a possibilidade do Brasil vir a ocupar um assento permanente no órgão, caso assinasse o dito Acordo.³¹⁷ Porém, após a assinatura do TRIPS, não saiu o acordo agrícola como se profetizava, a Secção

³¹² Cfr. Open Society Institute & Access to Medicines Initiative 2008, *Playing by the rules: using intellectual property and policy to improve access to essential medicines*, New York, Open Society Institute, Access to Medicines Initiative.

³¹³ De novo em www.wto.org

³¹⁴ Cfr. esta informação na obra de MARIA HELENA TACHINARDI, *A Guerra das Patentes – o conflito Brasil X Estados Unidos sobre a propriedade intelectual*, Paz e Terra, S. Paulo, 1999, pp. 214.

³¹⁵ Assim é apelidado o Ministério dos Negócios Estrangeiros brasileiro, cujo site é <http://www.itamaraty.gov.br>.

³¹⁶ Em língua inglesa, *Trade Act/1974*, disponível para análise em <http://www.house.gov/legcoun/Comps/TRADE74.PDF>

³¹⁷ Cfr. no Instituto de Estudos Sócio-Económicos, Acordo TRIPS: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual, pp. 35 e 36.

301 continuava em vigor e o Conselho de Segurança não alteraria o seu formato de então.³¹⁸

³¹⁸ Registe-se que no Brasil, a adoção da Lei de Propriedade Intelectual n.º 9.279 de 14 de Maio de 1996 (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm), foi criada com o objetivo de adaptar aquela matéria às regras da OMC mas também foi sancionada pelo Presidente, à época, Fernando Henrique Cardoso, com o fito de regulamentar os direitos relativos à propriedade industrial, exceto as questões relativas aos direitos de autor. Saliente-se que os direitos de propriedade industrial são parte integrante da propriedade intelectual. Aquela lei cumpriu todos os padrões mínimos estabelecidos no Acordo TRIPS, incorporando-os na legislação nacional, como se comprometera o Brasil ao ser signatário do Acordo. No artigo 40.º dessa Lei, prevê-se que o prazo de vigência da patente de medicamentos é de 20 anos, contados da data do depósito, e para que o registo seja possível também deverá cumprir, de acordo com o artigo 8.º, os requisitos essenciais da novidade, da atividade inventiva e da aplicação industrial. Cabe também indagar acerca dos reais motivos que levaram o Brasil, pese embora o facto do artigo 65.º/2 do TRIPS facultar aos países em desenvolvimento o direito a postergar a data de aplicação das suas disposições, estabelecida no parágrafo 1.º, por um prazo de 4 anos, a não ter optado pelo aproveitamento desse prazo de transição e ter aprovado já em 1996, a mencionada Lei n.º 9.279, antecipando-se ao prazo final dessa transição, que seria 1.º de Janeiro de 2000. Para alguns autores brasileiros como CARLOS ALBERTO POLÓNIO em *Proteção Jurídica das Patentes Farmacêuticas no Brasil e sua Adequação ao Acordo TRIPS: direito à saúde e acesso a medicamentos*, Dissertação de Mestrado, Universidade de S. Paulo, S. Paulo, 2006, pp. 87 (238 fl.), o objetivo na altura seria o de atrair investimentos estrangeiros, com a instalação de novas indústrias no Brasil, expectativa que de facto se não concretizou. Para outros, o país, com certeza poderia ter aproveitado os prazos de transição oferecidos, não gozando ao máximo as flexibilidades proporcionadas pelo TRIPS, incluindo a permissão para explorar várias patentes farmacêuticas sem o dever de remunerar os seus titulares e sem que isso significasse uma violação do acordado. Assim defende GUSTAVO STARLING LEONARDOS, *A Data de Aplicação no Brasil do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio – TRIPS*, para consulta disponibilizada pelo autor em <http://www.llip.com.br/uploads/conteudo/96/2052458870.pdf>. Tivesse prorrogado a aplicação do TRIPS até ao ano 2000, nalguns sectores não protegidos pela lei anterior (como os fármacos), tal prorrogação poderia ser estendida até ao dia 1.º de Janeiro de 2005, data limite usada pela Índia, a partir da qual passou a reconhecer as patentes dos medicamentos. Existe, contudo, quem defenda, como é o caso de FÁBIO ARISTIMUNHO VARGAS, na obra *O Direito da Propriedade Intelectual face ao Direito de Acesso a Medicamentos*, Dissertação de Mestrado, Universidade de S. Paulo, S. Paulo, 2006, pp. 112 e 114-115 (139 fl.), que Acordo TRIPS trouxe imensos benefícios para o Brasil, visto que antes do TRIPS, a autor considera que o Brasil adoptara uma errática política industrial que a longo prazo resultaria num modelo industrial obsoleto e ultrapassado e que a Lei n.º 9.279 teve o mérito de reintroduzir no país, o patenteamento de produtos farmacêuticos, alimentícios e de substâncias químicas em geral. Como a Lei n.º 9.279 encareceu demasiado o preço dos fármacos, em 1999, o Brasil adoptou a chamada Lei dos Genéricos, a Lei n.º 9.787 (para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19787.htm), que procurou uma forma de tornar alguns medicamentos de referência, em genéricos (medicamento que contém o mesmo princípio ativo, a mesma dose e forma farmacêutica e que é administrado pela mesma via e com idêntica indicação terapêutica que o respectivo medicamento de referência no país, isto segundo a ANVISA – www.anvisa.gov.

A maior batalha enfrentada pelo Governo brasileiro³¹⁹ em matéria de saúde pública³²⁰ foi relativamente à quebra da patente³²¹ de um antirretroviral. Se por um lado, as patentes ensejam lucros aos seus detentores ou aos seus investidores, bem como o retorno dos valores gastos com as pesquisas dos medicamentos, por outro lado, constituem uma séria barreira aos Estados na obtenção de medicamentos a um preço acessível aos consumidores. Esse entrave acarreta deficiência no que respeita ao seu acesso e distribuição. Mais, no caso brasileiro representou uma violação de um preceito³²² da sua Constituição Federal de 1988, garante o acesso gratuito e universal à saúde, proporcionando vida digna à pessoa humana. O Brasil demonstrou que a legislação de que dispõe sobre o uso efetivo de flexibilidades relacionadas com a saúde pública, pode ser muito importante nas negociações de fármacos antirretrovirais a preços mais baixos.³²³

Mediante ameaça de conceder licenciamento compulsório³²⁴ (ao abrigo do artigo 31.º do TRIPS), o Brasil negociou reduções significativas nos preços daqueles fármacos em 2001, 2003, 2005 e 2006. Em 4 de Maio de 2007,

br). Esta Lei sofreu como era de esperar forte oposição da indústria farmacêutica. A firme posição brasileira na época garantiu o sucesso da implantação da política de genéricos.

³¹⁹ Este país está sob observação norte americana, continuando a constar da *Watch List in 2013*, 2013 Special 301 Report, pp. 45, para consulta em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%20301%20Report.pdf>. Os EUA assumem que o Brasil tem feito grandes progressos, mas mostram-se apreensivos quanto à autoridade da ANVISA, a Agência reguladora sanitária brasileira. No caso, alguns dos seus recentes regulamentos parecem contrariar uma opinião anterior do Ministério Público Federal, que clarifica que a ANVISA não tem esta autoridade.

³²⁰ Cfr. ZITA LAZZARINI, *Marking Access to Pharmaceutical a Reality: Legal Options under TRIPS and the Case of Brazil*, Yale Human Rights Journal 6 (2003): 103;

³²¹ Esta expressão, quebra de patente, na óptica de MILTON LUCÍDIO LEÃO BARCELLOS, no *Sistema Internacional de Patentes*, IOB, Thomson, S. Paulo, 2004, pp. 23, traz o sentido de obtenção da propriedade da patente sem a remuneração devida. Para alguns autores essa quebra é a possibilidade de à luz de uma previsão legal, à luz do TRIPS e da Convenção de Paris, de se estabelecer um valor mais justo, tendo em vista a realidade, na qual se insere o contexto da exploração da patente, atribuindo-se uma imposição legal de licença compulsória ao titular da patente.

³²² Especificamente o artigo 196.º, da Secção II, que prevê ser a saúde, um direito de todos e um dever do Estado brasileiro. Pode consultar-se na íntegra em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

³²³ F. ABBOTT & J. REICHMAN, *The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the Production and Difusion of Patented Medicines Under The Amended Trips Provisions*. Journal of International Economic Law, 2007, 10, pp. 921-987 e 945- 946; A. NUNN, *Evolution of antirretroviral drug costs in Brazil in the contexto of free and universal access to AIDS treatment*, in. www.medicine.plosjournals.org

³²⁴ Acerca da operacionalidade deste sistema *vide*, o relatório das três organizações, WHO, WIPO, WTO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation, Intersections between Public Health, Intellectual Property and Trade*, 2012, anexo II, Special Compulsory Licenses for export of Medicines, pp. 222-229.

após infrutíferas e prolongadas negociações com a farmacêutica *Merck Sharp & Dohme*³²⁵, foi concedida uma licença compulsória,³²⁶ por interesse público de patentes referentes ao *Efavirenz*, para fins de uso público não comercial. Foi a primeira quebra de patente de um medicamento no Brasil. As negociações já haviam começado em Novembro de 2006, com o Governo brasileiro a pressionar a Merck para reduzir o preço do *Efavirenz*,³²⁷⁻³²⁸ de US\$ 1,59 para US\$ 0,65, por comprimido. Afinal foi veiculado, que este seria o preço pelo qual o mesmo laboratório o comercializaria na Tailândia. Como o laboratório se mostrou irredutível, oferecendo descontos irrisórios, avançou-se com o licenciamento.

³²⁵ É a sétima maior indústria farmacêutica do Mundo, só em 2006, à data dos factos, já tinha faturado algo como US\$22,6 Biliões. Em 2004, por exemplo, o *Efavirenz* alcançou uma venda mundial na ordem dos US\$ 621 milhões, sendo o antirretroviral mais prescrito nos EUA. A ser certo que o desenvolvimento de um fármaco, seja ele qual for, custa em média US\$ 800 milhões, como consta dos chamados *Tufts Study of Drug Development*, para consulta em http://csdd.tufts.edu/reports/impact_reports, considerado todos estes factos e acrescentando que ele é consumido em todo o Mundo, e que o seu preço é maior nos países desenvolvidos, parece clara a constatação de que o retorno pelo investimento que a Merck fez na pesquisa, será certamente alcançado. Cfr. as conclusões de GABRIELA COSTA CHAVES em http://www.abiaids.org.br/_img/media/Apresentação%20Evento%20midia%20-%20Gabriela%20Costa%20Chaves.pdf. A autora MARCIA ANGELL numa obra muito perturbadora para os leigos nesta matéria, *A Verdade sobre os Laboratórios Farmacêuticos*, Trad. Waldéa Barcellos, Record, Rio de Janeiro, 2007, pp. 56, contesta veementemente aquela quantia, dizendo que o valor da pesquisa será algo em torno de US\$ 100 milhões.

³²⁶ Por Decreto n.º 6.108 do Presidente da República.

³²⁷ No mercado brasileiro é a *Merck* que detêm a patente do *Efavirenz* e o comercializa. O prazo de proteção desta patente expirou em 7 de agosto de 2012. Esta informação e outras muito relevantes sobre o processo deste medicamento no Brasil em *Direitos de Propriedade intelectual & Saúde Pública*, o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil, de MARISTELA BASSO/CALIXTO SALOMÃO FILHO/FABRÍCIO POLIDO/PRISCILLA CÉSAR, IDCID, 2007, pp. 90-94.

³²⁸ O *Nelfinavir* da Roche, outro antirretroviral usado no âmbito do *Programa Nacional de DST/AIDS no Brasil*, estará sob proteção parentearia neste país até 7 de Outubro de 2013. Em 31 de Agosto de 2001, o Governo Federal e a Roche celebraram um Acordo pelo qual esta empresa titular da patente, venderia o *Nelfinavir* ao Brasil com uma redução de 40% do preço. A associação de antirretrovirais *Lopinavir/Ritonavir*, é comercializada pelos laboratórios Abbott, também sob patente, em solo brasileiro até 13 de Dezembro de 2015. Também com a Abbott, o governo brasileiro conseguiu um acordo de redução impedindo-se assim o licenciamento compulsório deste fármaco. No entanto, no final de 2005, o Ministério Público Federal e um conjunto de Organizações Não Governamentais propuseram uma ação cível pública perante a justiça federal em Brasília pleiteando o licenciamento para o *Lopinavir/Ritonavir*. Cfr. a informação na ob. já cit. *Direitos de Propriedade intelectual & Saúde...*, pp. 94-112.

Aquele é fármaco antirretroviral usado por um terço dos brasileiros no programa nacional DST/AIDS. A licença compulsória em causa ³²⁹ acarretou uma restrição do monopólio da marca, permanecendo, contudo, o direito do titular da patente. Este foi obrigado a licenciar o invento patenteado, o qual será explorado por um terceiro, mediante o pagamento de uma compensação financeira, conhecida como *royalties*. O seu fundamento alicerçou-se em situações excepcionais de emergência nacional em matéria de saúde pública. Após esta concessão, de US\$ 1,60, passa-se para US\$ 0,45 por dose da versão genérica do medicamento.

Em 8 de Janeiro de 2001, os EUA apresentaram formalmente uma reclamação contra o Brasil no Órgão de Resolução de Litígios da OMC, ³³⁰ questionando a interpretação do artigo 68.º da sua Lei de Patentes, ³³¹ que dispõe sobre o licenciamento compulsório decorrente da não fabricação local da invenção protegida pelo titular da patente a ela associada. A enorme publicidade feita ao caso, conexas com a importância do tema do acesso à saúde, levou entretanto a um acordo entre as duas potências em 25 de Junho de 2001. Ambos se comprometeram a solucionar futuras disputas, por meio de negociações bilaterais, devendo o Governo brasileiro, em particular, notificar previamente o Governo norte-americano sobre a possível concessão de licenças compulsórias baseada naquele normativo.

Estima-se que estas políticas tenham poupado ao Brasil, cerca de US\$ 1,2 bilhões no custo de aquisição de antirretrovirais entre 2001 e 2005. ³³² O Governo brasileiro importa o medicamento da Índia, produzido pela *Aurobindo Pharma Limited* e com isso, economizou US\$ 30 milhões somente em 2007. Lula da Silva, afirmaria em 2007 que “*afinal de contas, entre o nosso comércio e a nossa saúde, vamos cuidar da nossa saúde.*” ³³³ O Governo brasileiro vai continuar a respeitar a patente, pagando os *royalties* à *Merck*.

O ato governamental brasileiro, no caso *sub judice* deixou-se impregnar pelo supraprincípio da dignidade da pessoa humana. Eminente dignidade, que só se torna exequível estando respeitado o direito à vida, pressuposto para o

³²⁹ De acordo com o artigo 31.º do TRIPS, uma vez cumpridas os requisitos que permitem este licenciamento, os países signatários têm a liberdade de estabelecer internamente, mediante legislação, as hipóteses para a sua concessão. A Lei de Propriedade Intelectual n.º 9.279 de 14 de Maio de 1996, previu os critérios para a utilização dessa licença.

³³⁰ Cfr. a Reclamação *DS199*, consultas requeridas em 30 de Maio de 2000. Para consulta em http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds199_s.htm.

³³¹ Cfr. a já cit. Lei de Propriedade Intelectual n.º 9.279 de 14 de Maio de 1996.

³³² Cfr. esta informação e outras também relevantes sobre este caso em <http://ictsd.org/i/news/12456/>

³³³ *In Folha de S. Paulo*, em 05/05/2007, C-1.

exercício de qualquer outro direito. Não é possível que se tenha de deixar padecer milhares de pessoas com HIV para que outrem, usando da sua posição dominante,³³⁴ aumente abusivamente os seus lucros.³³⁵

Em Junho de 2013, o Ministro da Saúde, Alexandre Padilha, durante um encontro do Grupo Executivo do Complexo Industrial da Saúde (Gecis), que reúne os principais atores da indústria farmacêutica nacional, além de seis Ministérios, a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a Fundação Oswaldo Cruz e o Banco Nacional do Desenvolvimento Económico e Social, anunciou que vinte e sete novas parcerias entre laboratórios públicos e privados, articuladas pelo Ministério da Saúde, vão resultar na produção nacional de 14 medicamentos biológicos, o que deverá gerar uma economia de R\$ 225 milhões por ano, nas compras públicas de medicamentos realizadas pelo Governo Federal.

Estes medicamentos serão fabricados a partir de um novo modelo competitivo de Parceria para o Desenvolvimento Produtivo, que envolve vários laboratórios para a manufatura de cada produto. O objetivo é gerar competição entre eles e estimulá-los a acelerar a transferência de tecnologia, objetivando alcançar a produção 100% nacional. Com estas medidas, o país aumentará de 14 para 25, o número de fármacos biológicos produzidos nacionalmente. Tratam-se de medicamentos de última geração para o tratamento de cancro de mama, leucemia, artrite reumatoide, diabetes, oftalmológicos, além de um cicatrizante, uma hormona de crescimento e uma vacina alergénica, que são obviamente de alto custo. Os novos produtos representam atualmente um gasto de R\$ 1,8 bilhão por ano, nas compras públicas do Ministério da Saúde. A produção nacional deve gerar economia de R\$ 225 milhões por ano.³³⁶

³³⁴ Sobre a temática do abuso da posição dominante, em matéria de patentes, deve ler-se o artigo *Patenting Strategies of EU Pharmaceutical Industry: Regular Business Practice or Abuse of Dominance*, de NICOLETA TUOMINEN, *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 35, March/2012, n.º 1, pp. 27-54.

³³⁵ Existe que considere que o Brasil se insere entre os países subdesenvolvidos, cuja força política e económica dificilmente lhe permite sobrepor os interesses nacionais às forças dos grandes conglomerados. Esta é a opinião da autora brasileira, MARIA EUGÉNIA OLIVIER MANUS, na sua dissertação de mestrado, *Medicamentos no Âmbito da Relação Jurídica de Consumo*, Pontifícia Universidade Católica de S. Paulo, S. Paulo, 2001.

³³⁶ A produção nacional diminui o risco de o país ser surpreendido pela suspensão da produção de um medicamento por um laboratório privado internacional, como ocorreu este ano com o *L-Asparaginase*, que trata a leucemia aguda infantil. Este é um dos medicamentos contemplados entre as parcerias, envolvendo a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e os laboratórios privados NT Pharma e United Biotec. A expectativa é de que em 2015 o L-Asparaginase produzido nacionalmente já esteja disponível no Sistema Único de Saúde (SUS). O Ministério da Saúde investirá R\$ 18 milhões por ano na compra do produto. Além disso, estão contemplados nas parcerias,

O licenciamento compulsório não é apanágio dos países em desenvolvimento. A Nação mais poderosa e influente do Mundo, os EUA, e até o Canadá,³³⁷ já recorreram a ele.³³⁸ Outros países como a Itália, Moçambique, Malásia, e Tailândia, já utilizaram o instituto.

A Índia³³⁹ reviu a sua legislação, alterando a Lei das Patentes em 2005³⁴⁰ para que cumprisse os requisitos do TRIPS.³⁴¹ Acabou por adoptar critérios de

o medicamento mais caro oferecido no Sistema Único de Saúde (SUS), o *Adalimumabe*, contra artrite reumatoide, e o *Trastuzumabe*, incorporado recentemente para o tratamento de mulheres com cancro de mama. O produto composto por cola de fibrina, produzido pela Hemobrás e pelos laboratórios privados Cristália e IBMP, favorece a cicatrização nos procedimentos cirúrgicos. Ao todo, 17 laboratórios privados vão transferir tecnologia para 8 laboratórios públicos até que eles ganhem autonomia total de produção. O Ministério da Saúde inovou nas parcerias, envolvendo mais de um laboratório público e privado para o desenvolvimento de cada produto. Assim, cada laboratório privado terá garantida uma fatia das vendas do medicamento ao Ministério da Saúde, conforme a sua capacidade produtiva. A intenção é estimular a concorrência entre os laboratórios para reduzir os custos e reduzir o prazo de conclusão do processo de transferência tecnológica, que geralmente leva 5 anos, período no qual o Governo federal garante exclusividade na compra dos medicamentos produzidos pelos laboratórios privados parceiros. Com os novos acordos, o país conta hoje com 90 parcerias para o Desenvolvimento Produtivo que envolvem a transferência de tecnologia de 77 produtos. Fonte: Presidência da República Federativa do Brasil. (<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/brasil-amplia-producao-de-medicamentos-biologicos-que-devem-gerar-economia-de-r-225-mi-por-ano>)

³³⁷ Vide, a respeito do caso do Canadá, para um estudo mais exaustivo, que não poderemos desenvolver nesta sede, a obra de RICHARD ELLIOT, *Managing the Market for Medicines Access: Realizing the Right to Health by Facilitating Compulsory Licensing of Pharmaceuticals – A Case Study of Legislation and The Need for Reform*, in *Access to Medicines as a Human Right, Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility*, University of Toronto Press, Canada, 2012, Edited by Lisa Forman/Jillian Clare Kohler, pp. 151-178. O autor ao longo destas páginas presta particular atenção ao caso canadiano, no que concerne ao seu regime de acesso aos fármacos, realçando o seu lento processo legislativo e as suas ineficiências. Conclui que o mecanismo básico de licenciamento da produção e exportação de versões genéricas de medicamentos patenteados, tal como estabelecido por Decisão da OMC, falhou, e o Canadá pode e deve legislar um simples e mais amigável processo tanto para os compradores de países em desenvolvimento como para fornecedores de genéricos.

³³⁸ Cfr. GABRIELA COSTA CHAVES, *O Processo de Implementação do Acordo TRIPS da OMC em países da América Latina e Caribe: análise das legislações de propriedade intelectual sob a ótica da saúde pública*, Dissertação de Mestrado, Fundação Oswaldo Cruz – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, 2005, pp. 62 e 63 (79 fl.).

³³⁹ Note-se que a Constituição indiana não reconhece especificamente o direito à saúde como um direito social fundamental. Reconhece sim, o direito à vida e à igualdade de todas as pessoas, quer sejam cidadãos do país ou não cidadãos. Assim dispõe o seu artigo 21.º em conjugação com o artigo 14.º. Contudo, o Supremo Tribunal da Índia (*Vicent Panikurlangara v. Union of India* – 1987, 2 SCC, 165, em <http://www.indiankanoon.org/doc/1305721/>; e *State of Punjab v. Ram Lubhaya Baggia* – 1998, 4, SCC, 117, em <http://www.indiankanoon.org/doc/1563564/>) tem interpretado o primeiro preceito no sentido de incluir no seu âmbito, o direito à saúde, impondo ao Estado,

O Direito 148.º (2016), II, 473-540

patenteabilidade. Outros países, como a Indonésia, Malásia, Moçambique, Zâmbia e Zimbabuê usam licenças compulsórias ou autorizações governamentais para fabrico de medicamentos genéricos.³⁴²

Em finais de 2006, precisamente no mês de Novembro, a Tailândia anunciou a sua primeira licença compulsória para um antirretroviral, o *Efavirenz*, e a partir daqui inicia-se um ciclo, em que são concedidas, até 2008, várias licenças compulsórias de fármacos do foro cardiológico, oncológico e outros.³⁴³

A Tailândia^{344,345,346} concedeu licenças compulsórias para vários medicamentos para o seu uso no tratamento de doenças coronárias, para o cancro da

através do seu respeito a preservação da vida (*Parmanand Katara v. Union of India and Others* – 1989, 4, SCC286, pp. 293, § 8.º, em <http://indiankanoon.org/doc/498126/>). O artigo 47.º da Constituição indiana acaba por impor ao estado, em especial, a responsabilidade de melhorar a saúde pública. Esta Constituição pode ser consultada em <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>.

³⁴⁰ Cfr. em <http://www.patentoffice.nic.in/ipr/patent/patents.htm>

³⁴¹ Este país está sob observação norte americana, continuando a constar da *Priority Watch List in 2013*, 2013 Special 301 Report, pp. 38–40, para consulta em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%20301%20Report.pdf>.

³⁴² Cfr. Open Society Institute & Access to Medicines Initiative...

³⁴³ Desta cronologia constam o *Efavirenz*, o *Ritonavir/lopinavir* em 2006 e 2007, respectivamente. Ainda o *Clopidogrel*, em 2007, o *Docetaxel*, em 2008 e os *Letrozole* e *Imatinib*, ambos em 2008. A nossa fonte é a Tabela 10, pp. 146, da obra *Intellectual Property Rights and Access to ARV Medicines: Civil Society Resistance in the Global South*, Brazil, Colombia, China, India, Thailand, RENATA REIS/VERIANO TERTO JR./MARIA CRISTINA PIMENTA, ABIA, Rio de Janeiro, 2009. O Documento *Tripartite Fight for Patients' Rights*, elaborado por Prachachat Thuraki, uma companha a favor das licenças compulsórias, também significou um passo importante na consciencialização da sociedade tailandesa e até na sua própria informação, no que concerne a esta problemática. O seu conteúdo vem destacado na obra cit nesta nota, particularmente nas pp. 147–149.

³⁴⁴ Desde 1985 que o governo dos EUA pressionara fortemente a Tailândia para implementar a proteção patenteária, sob a ameaça de sanções comerciais. Em 1992, em consequência de tais pressões, o país adoptou o *Thai Patent Act* (pode consultar-se em, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=129773), que criou um quadro legal de proteção da propriedade intelectual, incluindo a de produtos farmacêuticos. Admite patentear este últimos por um período de 15 a 20 anos. Em 1999, o *Thai Patent Act*, foi sujeito a uma emenda, da qual resultou a dissolução do “*pharmaceutical Patent Review Board*”, o que resultou na falta de um mecanismo de controlo de preços de produtos patenteados. Cfr. a respeito a doutrina de DAVID WILSON/PAUL CAWTHORNE/NATHAN FORD/SAREE AONGSONWANG, *Global Trade and Access to Medicines: AIDS Treatments in Thailand*, *Lancet*, 1999, pp. 354:1893–1895.

³⁴⁵ Com mais detalhe, o caso da Tailândia, que não podermos aprofundar nesta sede, consta da obra, *Intellectual Property Rights and Access to ARV Medicines: Civil Society Resistance in the Global South*, Brazil, Colombia, China, India, Thailand, RENATA REIS/VERIANO TERTO JR./MARIA CRISTINA PIMENTA, ABIA, Rio de Janeiro, 2009, pp. 139–163.

³⁴⁶ O caso tailandês cotejado com o caso brasileiro, no que toca ao acesso destes países aos fármacos antirretrovirais, *Sustaining Access to Antiretroviral Therapy in the Less-developed World: lesson to*

mama, do pulmão, do pâncreas e dos ovários.³⁴⁷ Os EUA continuam a encorajar e até a pressionar a Tailândia para melhorar o seu sistema de proteção da propriedade intelectual.³⁴⁸ “*Applying the public non-commercial use rationale to non-mergency non-infectious diseases, Thailand converted compulsory licensing into an effectively unconstrained method of pure cost containment. Widespread use of that model would require the developed world to shoulder a disproportionate share of the necessary R&D expenditures while simultaneously presenting it with an attractive option to shed and burden. The decision taken by India’s Controller General of Patens, Designs and Trademarks in the case of Nexavar may presente a first step into that direction.*”³⁴⁹

A saúde pública indiana tem sido seguida de perto pelas Nações Unidas.³⁵⁰ Até 2005, a Índia teve um papel muito importante enquanto país fornecedor de cópias de novos medicamentos patenteados noutros países. A Índia não permitia o patenteamento de fármacos e por isso começou a fabricar versões genéricas, por uma fração do preço do produto patentado. Desenvolveu-se deste modo, uma industria nacional de genéricos que produzia cópias daqueles medicamentos através de *reverse engineering*, exportando para os países nos quais não existia uma patente daquele produto, ou para países que emitissem licenças

the Brazil and Thailand, de NATAHAN FORD, DAVID WILSON, GABRIELA COSTA CHAVES, MICHEL LOTROWSKA e KANNIBA KIJIWATCHAKUL, médicos sem fronteiras, AID, 2007, 21 (Suppl. 4): S21-S29, para consulta em <http://www.msf.org.br/arquivos/uploads/AIDSThaiBraz.pdf>.

³⁴⁷ Cfr. a Nota Informativa do Programa Conjunto... pp. 6 e 7.

³⁴⁸ Este país está sob observação norte americana, continuando a constar da *Priority Watch List in 2013*, 2013 Special 301 Report, pp. 42 e 43, para consulta em <http://www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%20301%20Report.pdf>.

³⁴⁹ Seguindo RALF BOSCHECK, *Intellectual Property Rights & Compulsory Licensing: The Case of Pharmaceuticals in the Emerging Markets*, World Competition Law and Economics Review, Vol. 35, December/2012, n.º 4, pp. 634.

³⁵⁰ Desde meados de 1970 que a Índia disputa com as companhias farmacêuticas ocidentais, principalmente quando o *Indian Patent Act* substituiu as regras coloniais britânicas, excluindo produtos farmacêuticos patenteados e apenas reconhecendo patentes de processo por um período de sete anos. Ao mesmo tempo o governo impunha limites nas ações de capital multinacionais e na capacidade de expansão. Ao longo das próximas três décadas, o número de fabricantes licenciados no país aumentaria oitenta vezes. Cfr. de novo RALF BOSCHECK, *Intellectual Property...*, pp. 627 e 628, principalmente quando afirma que “(...) *since 2005, following the re-cognition of product patents for pharmaceuticals within the third Amendment for the Patent Act, Indian firms dramatically increased their level of R&D spending, yet it is focused nearly entirely on process innovation. Exports of TRIPS legal generics flourished as expected, but, since TRIPS confined the industry to the reprocessing of international drugs patented before 1995, there was genuine concern about the sustainability of India Inc’s generic model. But US legislative change regarding the application and registration of generics provided the necessary break.*” Cfr. ainda, no mesmo sentido, ASHISH ARORA/STRONG MEDICINE, Conference: *The Location of Biopharmaceutical Activity* (Ian Cockburn & Matthew Slaughter, eds.), on 7/8 March/2008, NBER/University of Chicago Press, 2008.

obrigatórias.³⁵¹ A própria União Europeia adoptou, através do Regulamento (CE) n.º 816/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Maio de 2006,³⁵² relativa à concessão obrigatória de patentes respeitantes ao fabrico de produtos farmacêuticos destinados à exportação para países com problemas de saúde pública.

Assim, como os preços dos produtos farmacêuticos são muito altos, um país membro da OMC tem a opção de emitir uma licença compulsória para importar as versões genéricas produzidas por outros países. O problema é que à medida que todos os países passarem a respeitar na íntegra o TRIPS, tornar-se-á impossível produzir e exportar substitutos de medicamentos patenteados a preços menores. Em consequência, as fontes de novos medicamentos acessíveis vão secar e os países sem suficiente capacidade de produção e sem demanda de mercado não serão capazes de obter uma licença compulsória, seja para produção local ou para importação, ficarão dependentes das dispendiosas versões patenteadas.

Os efeitos do Acordo TRIPS da OMC nas patentes e os acordos de livre comércio têm dificultado o acesso da Índia a estes medicamentos necessários para combater as doenças mais terríveis.³⁵³⁻³⁵⁴ Em 2012, a Índia³⁵⁵ emitiu pela

³⁵¹ Cfr. ELLEN F. M. T. HOEN, *The Global Politics of Pharmaceutical Monopoly Power. Drug Patents, Access, innovation and the Application of the WTO Doha Declaration on TRIPS and Public Health*, AMB, 2009, pp. 56-59.

³⁵² Disponível em http://www.marcaspatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/6/26/Regulamento%20CE_816_2006_Concessão%20obrigatória%20Patentes%20prod%20farmacêuticos.pdf

³⁵³ Deve visionar-se a este respeito, a entrevista de Março de 2009 a Anand Grover, Relator Especial das Nações Unidas para o Direito à Saúde http://www.tripsagreement.net/?page_id=174.

³⁵⁴ O caso indiano têm querido aproximar-se do vector, crescimento económico, expandindo o seu mercado farmacêutico e até, procurado copiar os novos e emergentes mercados de cuidados de saúde e assistência médica. RALF BOSCHECK, ob. cit. *Intellectual Property Rights...*, pp. 626, acrescenta que “in 2011, its USD 12,6 billion pharmaceutical Market had grown by around 21% since 2010 and was estimated to add another 40% by 2013. The growth is, however, surprising given that the WTO singled out India as offering its people by far the lowest level of public health care support. In 2010, private expenditure accounted for as much as 73,8% of total spending, 89,9% of which was derived from out-of-pocket payments. Also, even though gross health insurance premia collected in 2011 increased by 33% due to the expanding middle-high income bracket (USD 2000 per year), the modes overall per capita disposable income continues to keep branded specialty medicines out of reach for many. Here the government is responding in two ways: first while many products remain outside the Drugs Price Control Order (DPCO), The National Pharmaceutical Pricing Authority (NPPA) has set out to negotiate the prices of patented medicines based on external references and post-marketing reviews;”

³⁵⁵ Passando em revista o caso indiano, vide a obra de CYNTHIA M. HO, *Access to Medicine in the Global Economy: International Agreements on Patents and Related Rights*, em especial o capítulo 4 da II parte, Oxford Scholarship Online: May 2011, em <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780195390124.001.0001/acprof-9780195390124>.

primeira vez na sua história, a primeira licença compulsória³⁵⁶ ao abrigo do artigo 31.º do TRIPS, rompendo direitos de exclusividade sobre a produção e venda de medicamento *Nexavar*, da *Bayer*, usado no tratamento do cancro de rim e fígado, em nome do interesse público. A decisão foi tomada em Março de 2012 pelo *Controller General of Patents, Designs and Trademarks* Indiano, que usou pela primeira vez o mecanismo do licenciamento compulsório, para que um fabricante de medicamentos genéricos, o *NatcoPharma*, pudesse fabricar uma versão de baixo custo do medicamento, destinada ao mercado indiano. Esta decisão surgiu após uma disputa com a *Bayer*, detentora da patente sobre *Nexavar*, cuja essência era o preço e a disponibilidade deste medicamento no mercado local. Além do mais, a decisão marca o fim do monopólio desta empresa farmacêutica alemã, sobre o *tosilato de sorafenibe*, usado para tratar estádios avançados de cancro de rim e fígado. O uso do medicamento na Índia pelo período de um mês, custa actualmente cerca de US\$ 5,500. Com a nova medida cairá para aproximadamente, US\$ 175, uma redução de quase 97%.

Os argumentos que sustentaram a decisão baseiam-se no facto de a *Bayer* ter falhado na colocação do medicamento a um preço acessível à população, bem como na sua incapacidade de garantir a disponibilidade do mesmo em quantidades suficientes e sustentáveis no país. A licença compulsória foi desta forma concedida pelo auditor indiano de patentes (a mais alta autoridade de patentes da Índia) à empresa de genéricos *NatcoPharma*, e será válida por um período de oito anos durante os quais, o *tosilato sorafenibe* permanecerá patenteado na Índia (até 2020). O pagamento do *royalty* à *Bayer* foi fixado em 6%.³⁵⁷ A *Bayer*, como já era expectável, recorreu desta decisão, em 4 de Maio de 2012, junto ao Conselho de Apelação sobre a Propriedade Intelectual da Índia.³⁵⁸

³⁵⁶ Notícia do caso através do *site* dos médicos sem fronteiras em www.msf.org.br.

³⁵⁷ Esta decisão marca um precedente que oferece esperança: ela mostra que os novos medicamentos sob patente, também podem ser produzidos por fabricantes de genéricos, que pagam os royalties ao detentor da patente e depois comercializam o medicamento por um preço mais baixo. Isso compensa os detentores de patentes e ao mesmo tempo, garante a concorrência. Acerca deste caso e desta problemática deve ler-se, de Ralf Boscheck, *Intellectual Property Rights & Compulsory Licensing: The case of Pharmaceutical in Emerging Markets*, *World Competition, Law and Economic Review*, Vol. 35, December, 2012, n.º 4, pp. 621-634.

³⁵⁸ Sobre o caso indiano, com mais detalhe, deve ler-se a obra *Intellectual Property Rights and Access to ARV Medicines: Civil Society Resistance in the Global South*, Brazil, Colombia, China, India, Thailand, RENATA REIS/VERIANO TERTO JR./MARIA CRISTINA PIMENTA, ABIA, Rio de Janeiro, 2009, pp. 112-136.

O caso sul africano é de todos, talvez, o mais alarmante.³⁵⁹ Os problemas remontam a 1997, quando o Presidente da África do Sul, Nelson Mandela assinou a lei 90, que permite a importação de medicamentos ou a sua produção a um custo menor, garantindo com isto, o acesso mais amplo da população aos medicamentos necessários para tratamento de doenças infecciosas, tais como a infecção por HIV.³⁶⁰ A África do Sul vem enfrentando uma verdadeira batalha contra 39 indústrias farmacêuticas³⁶¹, todos grandes monopólios com atuação internacional. Assim que a Lei foi promulgada, os grandes monopólios demandaram o Governo sul africano, no Tribunal Superior de Pretória, com o intuito de bloquear a aplicação da lei. Em 1998 e 1999, o Governo dos Estados Unidos da América e a União Europeia, concordando com a indústria farmacêutica, pressionaram o Governo da África do Sul para alterar ou revogar a lei 90. Esta lei introduz medidas, muitas já vigentes nos EUA e na União Europeia, como a que garante a produção dos denominados genéricos. Mas ocorre que os lucros obtidos pela indústria farmacêutica na África do Sul são extremamente elevados e, por meio desta nova lei, poderiam ser importados medicamentos, já à venda no país, por um preço que chega a ser 1430 % mais caro.³⁶²⁻³⁶³

³⁵⁹ Vide o interessante artigo de LAURA NIADA, *The Human Right to Medicines in sub-Saharan Africa*, PhD thesis, University of Westminster, 2010, disponível em <http://www.westminster.ac.uk/research>.

³⁶⁰ A lei sul-africana n.º 90 (*Medicine Act*), visava implementar três medidas importantes contra a mencionada doença, quais sejam: a) a produção ou importação de fármacos genéricos para substituir os produtos existentes no mercado; b) a autorização concedida à importação paralela dos produtos patenteados; e c) a implementação de um sistema de controlo transparente de preços dos medicamentos fornecidos pelas instituições de saúde, sendo os preços determinados por um comité. Do ponto de vista jurídico, o conflito entre as normais nacionais sul-africanas, (com discussão constitucional incluída) e as normas comerciais internacionais, como as da OMC (o Acordo TRIPS, em especial), fundamentaram o processo judicial. Contudo, além da discussão sobre violação de normas de Direito Internacional Económico, no tocante, por exemplo, à importação paralela (um dos pontos mais controvertidos), este caso que se tornaria tão emblemático trouxe ao debate, a questão da utilização da condição de urgência da saúde pública, como um dos fatores que justificariam a implementação de medidas de salvaguarda, como as previstas no *Medicine Act*. Deste modo, perante um contexto socio-económico em que um enorme número de seropositivos detêm um baixo acesso aos medicamentos essenciais, emergiram não somente argumentos legais, como de índole ajurídica também.

³⁶¹ Cfr. a lista publicada on line em, <http://inverta.org/jornal/edicao-imprensa/286/internacional/lista-das-39-farmacêuticas-contr-o-povo-sul-africano>.

³⁶² Na África do Sul, 20 % da população (os mais ricos) respondem por 80% dos gastos com medicamentos, que são dos mais caros do mundo, num país onde 80 % da população depende do serviço público de saúde. A SIDA hoje neste país é uma epidemia devastadora, acometendo cerca de 4,3 milhões de pessoas, ou seja, mais de 10 % de sua população. A expectativa de vida ao nascimento caiu actualmente para 40 anos. Mais de um milhão de crianças já ficaram órfãos.

A OMS e algumas Organizações Internacionais Não Governamentais, como os Médicos Sem Fronteiras, a Oxfam, a Treatment Action Campaign mergulharam numa luta pelo acesso à saúde, exercendo um importante papel no transcurso de todo o processo judicial. Vários Governos e Parlamentos nacionais, incluindo o Parlamento Europeu aderiram ao forte apelo mediático que entretanto se gerou na comunidade internacional, até que o litígio se transformou e culminou num verdadeiro desastre para as relações públicas das multinacionais farmacêuticas, as quais, uma vez que não podiam contar com o apoio de seus Governos, e sustentadas por frágeis argumentos jurídicos decidiram, em Abril de 2001, ceder e retirar a queixa contra o Governo sul africano.

Algum tempo depois, o Presidente Executivo da *GlaxoSmithKline*, Jean Pierre Garnier afirmaria: “A principal preocupação para a indústria era que a legislação sul-africana parecia vaga e ambígua e, em particular, que a lei parecia dar ao governo liberdade de ignorar patentes de quaisquer medicamentos a seu critério. Isso teria prejudicado a capacidade da indústria de fornecer medicamentos novos e melhores. No calor do debate em torno da ação judicial, foi difícil passar a irrefutável verdade de que as barreiras mais significativas para o tratamento abrangente para HIV/AIDS no mundo em desenvolvimento são a falta de financiamento e infra-estrutura de saúde pública.”³⁶⁴

Entendemos que os Governos dos países em desenvolvimento devem continuar a adaptar as suas legislações de forma a aproveitarem o período de transição previsto no TRIPS e não conceder patentes a produtos farmacêuticos antes de 2016, conforme previsto na Declaração de Doha. Estes países beneficiam imenso se derem prioridade e incentivo à cooperação regional e eventualmente, ao investimento na capacidade de produção regional e nacional no sector farmacêutico, desenvolvendo conhecimentos científicos especializados a nível local.

Não obstante, todos países membros da OMC devem ponderar as implicações para a saúde pública, da adoção de medidas de proteção da propriedade intelectual mais abrangentes do que consta no TRIPS. É o caso do fenómeno

A maioria das pessoas com HIV não tem acesso aos medicamentos. Desde que se iniciou a batalha judicial, mais de 400.000 sul africanos morreram, por falta de tratamento, pois enquanto não existisse uma decisão judicial a aplicação da Lei estaria assim bloqueada.

³⁶³ Para um estudo do caso egípcio, que não faremos nesta exposição, pode ler-se o excelente artigo de SAHAR AZIZ, *Linking Intellectual Property Rights in developing Countries With Research and Development, Technology transfer and Foreign Direct Investment Policy: a case study of egypt's pharmaceutical industry*, ILSA, Journal of International and Comparative Law, 2003, para consulta em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1648545.

³⁶⁴ JEAN-PIERRE GARNIER, *We have a deal. A drug company boss explains the climbdown in South Africa*, in *The Guardian*, April 20, 2001, disponível em <http://www.theguardian.com/education/2001/apr/20/highereducation.aids>.

TRIPS PLUS.^{365,366,367} Para Cynthia M. Ho, “refers to laws that restrict flexibility under TRIPS or provide more protection than the TRIPS requires”.³⁶⁸ Nas palavras de Matthew Turk, “TRIPS Plus refers to provisions in subsequent trade agreements between members that increase the baseline level of intellectual property protection. These provisions are most commonly found in the bilateral trade agreements of United States, and usually take one of two general forms. Some provisions require the implementation of a more extensive standard, commonly by either increasing the term of protection or expanding intellectual property protection to new áreas. The second type of provision eliminates interpretations and flexibilities that were previously left open under TRIPS. Because the second type often forecloses interpretations of TRIPS that were explicitly emphasized as important by the Doha Declaration, such provisions are best understood as conscious attempts by developing countries to contract out of the flexibilities in TRIPS.”³⁶⁹

Principalmente depois da adopção da Declaração de Doha em 2001, os EUA começaram a negociar vários acordos de livre comércio com alguns países em desenvolvimento (mas também desenvolvidos) que incluem capítulos onde

³⁶⁵ Vide o site www.wto.org

³⁶⁶ Muitas das novas disposições internacionais em matéria de propriedade intelectual vêm sendo fruto de acordos bilaterais com obrigações TRIPS PLUS, isto é, acordos bilaterais desatrelados do plano multilateral albergam regras diversas das consolidadas no âmbito da OMC, através do TRIPS. Essas normas de que falamos, ampliam a proteção a bens intelectuais hoje obrigatória pelo TRIPS ou que dizem respeito a bens de propriedade intelectual não contemplados pelo mesmo TRIPS. O que se constata é que os Tratados bilaterais com estas disposições promovidos pelos EUA avolumam-se rapidamente. Também em acordos regionais despontam regras sobre propriedade intelectual. Sob um alegado ímpeto de harmonização e sob o modelo do Acordo TRIPS, estas novas disposições TRIPS PLUS prescrevem patamares mais elevados de proteção do que os admitidos no TRIPS. Ora, isto é preocupante, de facto, as flexibilidades conquistadas pelos países em desenvolvimento no plano multilateral, ao abrigo do TRIPS sofrem uma redução. No fundo, os possíveis ganhos destes países pela aproximação aos mais desenvolvidos apresentados como contrapartida da aceitação de regras mais rígidas acontecem em sectores pouco sofisticados.

³⁶⁷ Acerca do TRIPS PLUS e da sua influência na saúde pública, vide, de Ping Xiong, o artigo publicado no *Journal of World Trade*, Vol. 46, February, 2012, n.º 1, *Patents in TRIPS-plus Provisions and the Approaches to Interpretation of Free Trade Agreements and TRIPS: Do they Affect Public Health?*, pp. 155-186.

³⁶⁸ Cfr. a definição de CYNTHIA M. HO, *An Overview os TRIPS-Plus Standards*, Loyola University Chicago School of Law, 2011, pp. 225, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1933252.

³⁶⁹ Cfr., deste autor, o artigo intitulado *Bargaining and Intellectual Property Treaties: The case for a Pro-Development Interpretation of TRIPS but not TRIPS PLUS*, pp. 122 e 123, New York University, 2010.

claramente se restringem as flexibilidades permitidas ao abrigo do TRIPS na regulação de produtos farmacêuticos.³⁷⁰

Nos anos mais recentes, muitos países em desenvolvimento têm estado constantemente a sofrer pressões³⁷¹⁻³⁷² para que implementem dispositivos mais restritivos e rígidos nas suas legislações patenteárias, indo além do que é imposto pelo Acordo TRIPS. Estas medidas são conhecidas como dispositivos TRIPS PLUS e são vistos como formas de resistência³⁷³ dos países desenvolvidos, às

³⁷⁰ Cfr. o estudo de FREDERICK ABBOTT, *The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and The Protection of Public Health*, *The American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005, pp. 349-356.

³⁷¹ Como bem nota SUSY FRANKEL, no seu *paper* intitulado, *Challenging TRIPS-Plus Agreements: The Potential Utility of Non-Violation Disputes*, *Victoria University Of Wellington Legal Research Papers*, Vol. 2, n.º 9, 2012, pp. 3 e ss, estes acordos são, na maioria das vezes exercidos sob coação, quanto mais não seja porque são feitos entre partes que possuem uma grande desigualdade e diverso poder económico. Os EUA e a União Europeia são normalmente as partes que “dão as cartas” neste tipo de negociações, impondo os seus interesses aos países menos desenvolvidos em troca de concessões, muitas vezes, altamente protectoras dos grandes monopólios industriais. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1528329.

³⁷² As negociações de acesso à OMC são um exemplo da situação na qual os países em desenvolvimento se viram obrigados a aceitar regras TRIPS PLUS. O Camboja, por exemplo, que é membro da OMC desde 2004, foi obrigado a renunciar à prorrogação do prazo de aplicação do Acordo TRIPS até 2016, que a Declaração de Doha, que estudaremos a seguir, concede a todos os países em desenvolvimento, sendo forçado a aceitar um prazo que se venceu em 2007. Embora os membros da OMC tenham declarado que não abririam um processo de resolução de controvérsias contra aquele país se ele recorresse ao prazo máximo, algumas dúvidas permanecem. Cfr. a respeito desta posição devem ler-se os seguintes *Papers: Cambodia's Accession To The WTO, How The Law of The Jungle is Applied to one of the World Poorest Countries*, 2003, Oxfam International; de REBECCA POVARCHUK, *Cambodia's WTO Accession: A Strenuous but necessary step for a Poor Nation Seeking Economic Property*, *Pacific Rim Law & Policy Journal Association*, 2004 disponível em <https://digital.lib.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/703/13PacRimLPolyJ645.pdf?sequence=1>; Uma análise mais recente do caso não só do Camboja mas também do Nepal, *Making WTO Membership work for the Last Developed Countries*, September/2008, in http://www.iisd.org/tkn/pdf/tkn_making_wto_membership_work.pdf; Situações semelhantes poderiam prejudicar países com adesão recente à OMC, como Tonga ou a Arábia Saudita, que muito provavelmente precisarão de satisfazer as exigências de algumas regras TRIPS PLUS semelhantes, o que poderia ter efeitos dramáticos sobre o acesso aos fármacos mais baratos e quanto ao direito à saúde. Os Países que se encontram em processo de adesão como São Tomé e Príncipe, Irão, Iraque, Afeganistão ou Cabo Verde, no momento ainda Observadores da OMC devem tomar em conta este facto.

³⁷³ Neste sentido, BRYAN MERCURIO, *TRIPS-Plus Provisions in FTAs: Recent Trends*, pp. 219, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947767. O autor, afirma o seguinte, “(...) the TRIPS-plus provisions and resulting standards are designed to best protect US domestic interests.” Cfr. pp. 220.

flexibilidades e regimes de exceção permitidas pelo TRIPS e pela Declaração de Doha aos países em desenvolvimento.

Contudo, sobre os países não recai qualquer obrigação de executar estas medidas, simplesmente alguns deles viram-se sem opções, na sequência de acordos bilaterais com os EUA³⁷⁴⁻³⁷⁵ e a União Europeia³⁷⁶⁻³⁷⁷, não tendo outro remédio senão adoptá-las como parte destes acordos.³⁷⁸ Isto tem um impacto desastroso no acesso aos medicamentos.³⁷⁹ É nos EUA, Japão e nalguns países da União Europeia, tais como a Alemanha, a Suíça, o Reino Unido e a França, que se encontram as maiores companhias farmacêuticas do mundo.³⁸⁰

Contudo, os EUA continuam a liderar mundialmente, a investigação farmacêutica, apoiando-se nas Universidades americanas mais prestigiadas, e também no sector da biotecnologia voltada para a área da saúde.³⁸¹ Estamos a falar de um negócio que rende biliões de dólares anuais, mas que implica investimentos avultadíssimos por parte dos Governos destes países.³⁸² Nas palavras

³⁷⁴ Vide a análise detalhada do caso americano, de CARSTEN FINK, *Intellectual Property Rights, in Preferential Trade Agreement Policies for Development, A Handbook*, Jean-Pierre Chauffour/Jean-Christophe Maur (Eds.), The World Bank, Washington, D.C., 2011, pp. 390-397, especialmente as tabelas 18.1 e 18.2 que resumem com precisão os Acordos TRIPS-Plus celebrados entre 2001 e 2006, pelos EUA com inúmeros países.

³⁷⁵ Sobre estes Acordos no domínio dos EUA, leia-se a análise de SUSAN ARIEL AARONSON, *Human Rights, in Preferential Trade Agreement Policies for Development...*, pp. 455-459.

³⁷⁶ Idem..., a propósito dos Acordos comerciais preferenciais (PTAs) e Acordos de parceria económica celebrados nos últimos anos pela União Europeia com outros países, pp. 397-400, em especial, deve consultar-se o quadro 18.3., pp. 398.

³⁷⁷ Sobre estes Acordos no domínio da União Europeia, leia-se a análise de SUSAN ARIEL AARONSON, *Human Rights, in Preferential Trade Agreement Policies for Development, A Handbook*, Jean-Pierre Chauffour/Jean-Christophe Maur (Eds.), The World Bank, Washington, D.C., 2011, pp. 453-455, elogiando a União por ela deter uma política comercial que cuida do respeito pelos direitos humanos, enviando uma mensagem que defende a superioridade de alguns direitos face a outros, em matéria de grau de importância, salientando ainda que alguns países podem ser estimulados com ferramentas de política comercial para que alterem o seu comportamento.

³⁷⁸ Acerca das possíveis tensões entre EUA e UE, deve ler-se o artigo de PETER K. YU, *TRIPS and Its Discontents*, Marquette Intellectual Property Law Review, Vol. 10, pp. 369-410, 2006, MSU Legal Studies Research Paper No. 03-03, pp. 406-408, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=578577.

³⁷⁹ Cfr. a interessante informação constante no site da Organização Médicos Sem Fronteiras em <http://www.msf.org.br/conteudo/126/o-acordo-trips/>

³⁸⁰ Cfr. FREDERICK ABBOTT, *The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and The Protection of Public Health*, The American Journal of International Law, Vol. 99, 2005, pp. 324, em <http://www.who.int/intellectualproperty/submissions/Abbott%20proofs.pdf>.

³⁸¹ Cfr. GRAHAM DUTFIELD, *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries*, A Twentieth Century History, Ashgate, England, 2003, pp. 144-152.

³⁸² Idem..., pp. 145.

de Graham Dutfield, “(...) *Biotechnology was and continues to be a high-risk and extremely research-intensive activity* (...)”³⁸³

Estas normas ou dispositivos TRIPS PLUS ampliam os prazos de proteção para patentes de invenção e inovação, outorgando novos direitos a multinacionais farmacêuticas. Os Governos precisarão de esperar cinco anos para poderem permitir que quem produz medicamentos genéricos tenha acesso aos seus dados de testes, o que pode gerar atrasos desnecessários e produzir efeitos devastadores para a produção de medicamentos a preços baixos. O problema é que este espécime de acordos não é, em rigor, bilateral, pois estes padrões, acabam, por força do princípio da nação mais favorecida, por estender-se a todos os países membros da OMC. Particularmente os Acordos TRIPS PLUS assinados pelos EUA³⁸⁴, tornam sem efeito as previsões dos artigos 7.º e 8.º do TRIPS.³⁸⁵

Portanto, dir-se-á que a centralidade da regulamentação dos direitos de propriedade intelectual no Acordo TRIPS foi efêmera, muito por causa do fenómeno TRIPS PLUS, disseminado em inúmeros acordos bilaterais, regionais e multilaterais³⁸⁶ provocadores de uma disjunção das obrigações internacionais sobre propriedade intelectual no ventre da OMC.³⁸⁷

³⁸³ Idem..., pp. 153.

³⁸⁴ De novo, PETER K. YU, *TRIPS and Its Discontents...*, pp. 408 e 409.

³⁸⁵ Damos como exemplo, o Acordo TRIPS PLUS, EUA-Chile. Analisámos a perspectiva de PEDRO ROFFE, *Bilateral agreements and a TRIPS-plus world: the Chile-USA Free Trade Agreement*, disponível <http://www.quono.org/geneva/pdf/economic/Issues/Bilateral-Agreements-and-TRIPS-plus-English.pdf>.

³⁸⁶ As notícias mais alarmantes em relação às regras de propriedade intelectual surgiram de facto fora da OMC: diversos acordos comerciais bilaterais e regionais impulsionados principalmente pelos EUA, começaram a minar gradualmente as flexibilidades reiteradas na Declaração de Doha sobre o TRIPS e Saúde Pública. Na América Latina, os Estados Unidos assinaram acordos comerciais com a América Central e a República Dominicana, bem como com países da Região Andina como a Colômbia, o Peru e o Equador. Além disso, negociaram um acordo com o Panamá e continuam aplicando os seus acordos com o México e o Chile. As rígidas regras sobre propriedade intelectual estabelecidas em anteriores acordos comerciais bilaterais dos EUA são usadas como ponto de referência para futuras negociações e temos comprovado que elas estão sendo incluídas nos sucessivos acordos assinados posteriormente. A este respeito consulte-se por exemplo, os Tratados de Comércio Livre, EUA-Chile de 2003 (em <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-text>), EUA-CAFTA de 2004 (em <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text>), EUA-Austrália, denominado AUSFTA, de 2005 (disponível em http://www.dfat.gov.au/fta/ausfta/outcomes/01_overview.html) e EUA-Singapura de 2003 (em <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/singapore-fta/final-text>) entre outros, e ainda, um olhar sobre a ALCA ou melhor FTAA, em [Undermining Access to Medicines: Comparison of Five US FTAs](#), Nota informativa de 2004. Este documento na íntegra em http://www.twinside.org.sg/title2/FTAs/Intellectual_Property/IP_and_Access_to_Medicines/UnderminingAccess-

Sobre a proliferação destes acordos de comércio livre regionais ou bilaterais, identificados com a sigla inglesa FTAs³⁸⁸, Ping Xiong acrescenta que “(...) *the interpretation approach used in FTAs is potentially of far-reaching effect. It can enhance the possibility of avoiding the seeming conflict between TRIPS and FTAs. With development of Trade, the proliferation of FTAs will create more and more new rules after the establishment of WTO. The justification between TRIPS and TRIPS PLUS and the interpretation of the justification and TRIPS by FTAs will improve the establishment of TRIPS PLUS as well as promote the untangling of the evermore complicated ‘spaghetti bowl’ of TRIPS PLUS.*”³⁸⁹

As regras e os mecanismos de defesa dos direitos humanos podem apoiar os esforços envidados para garantir que as regras TRIPS PLUS não minem as flexibilidades necessárias para reduzir os preços dos medicamentos.³⁹⁰ Nos países que ratificaram instrumentos jurídicos de proteção dos direitos humanos, como os que mencionamos *supra*, os seus destinatários podem valer-se dessa mesma legislação, quer dizer, das obrigações que os Estados assumiram

ToMedicines.pdf. Note-se que diversos grupos da América Central e da Região Andina têm lutado ativamente para que os Tratados de Livre Comércio com os Estados Unidos respeitem os direitos humanos. Diversos movimentos, tanto desses países como de outros, denunciam também a falta de transparência nas negociações e a falta de participação pública como fatores incompatíveis com os direitos humanos. Nesta senda não deve olvidar-se a Carta ao Presidente George W. Bush, FTA Watch Special Ref.04/2004 de 28 de Junho de 2004, em www.ftawatch.org ou em <http://www.bilaterals.org/spip.php?article240&lang=en>. Com a Tailândia, começou a ser negociado mais um US- Thailand FTA, em 12 de Fevereiro de 2004, no Hawaii, com uma interrupção em 2006, devido ao golpe militar que o país sofreu e que levou à dissolução do parlamento. Atualmente as negociações foram retomadas e é possível que em breve o acordo se conclua, visto que os EUA têm grande interesse económico neste país. A Tailândia poderá exportar muitos dos seus produtos para os EUA e obter outras regalias, como é óbvio, em contrapartida de muitas concessões. Deve acompanhar-se o assunto no *site* <http://www.ustr.gov/countries-regions/southeast-asia-pacific/thailand>.

³⁸⁷ Vide, de novo PING XIONG, o artigo publicado no *Journal of World Trade*, já cit., Vol. 46, February, 2012, n.º 1, *Patents in TRIPS-plus Provisions...*, pp. 155 e 156.

³⁸⁸ Cfr. SUSY FRANKEL, no seu *paper* intitulado *Challenging TRIPS-Plus Agreements: The Potential Utility of Non-Violation Disputes*, Victoria University Of Wellington Legal Research Papers, Vol. 2, n.º 9, 2012, pp. 19-47, sobre a criação de FTAs.

³⁸⁹ Idem, pp. 186.

³⁹⁰ De notar, a título de curiosidade, que em paralelo ao TRIPS PLUS, existe um fenómeno similar quanto aos efeitos negativos no contexto da saúde pública, em especial no tocante ao acesso a fármacos pelos países em desenvolvimento, que é são as chamadas patentes “*ever-greening*”, isto é, a aquisição de direitos de patentes sobre modificações pequenas ou triviais em fórmulas de medicamentos existentes visando retardar a entrada dos genéricos na competição. Vide a respeito, CARLOS CORREA, *Trends in Drug Patenting*, Corregidor, Buenos Aires, 2001 e do mesmo autor, *The Role of Patents in pharmaceutical R&D*, BWHO. October, 2004, 82 (10), disponível em <http://www.who.int/bulletin/volumes/82/10/784.pdf>

no plano internacional, no que concerne ao respeito e salvaguarda de direitos humanos, para intentarem procedimentos judiciais junto das instancias nacionais respectivas. Toda a legislação internacional em matéria de proteção dos direitos do homem pode ser usada como instrumento de pressão em campanhas lançadas para garantir que os Governos não apliquem regras TRIPS PLUS contrárias aos direitos humanos.^{391_392}

Susan Ariel Aaronson fala em “*marriage of PTAs and human rights*”, no sentido de “(...) *if this marriage is to endure, we need greater understanding as to whether this union is effective and whether it can and should endure.*”³⁹³ Estes acordos comerciais devem pelo menos ajudar as pessoas a realizar os seus direitos humanos, nos termos da lei. Conclui-se que, em comparação com as disposições TRIPS PLUS, o Acordo TRIPS é a melhor opção para os países não desenvolvidos.

Repare-se no que sucedeu nos EUA, durante a administração Clinton: “(...) *In 2000, then President Bill Clinton issued an Executive Order effectively prohibiting the US government from seeking any TRIPS Plus standards that could interfere with access to treatments for HIV/AIDS in Sub-Saharan African countries.*”³⁹⁴ *In February 2001, the Bush Administration stated its support for a continued flexible approach that is sensitive to health crises in the developing world.*”³⁹⁵

Segue-se o tempo de Obama. Sobre esta estridente viragem, dirão Carsten Fink and Kimberly Ann Elliott: “(...) *the president taking office in January 2009 has the opportunity to rebuild America’s reputation as a benign rather than malign hegemon by adopting a new policy on trade and IP. First, the president should reverse the policy of pushing for stronger IP protection in developing countries and respect their right*

³⁹¹ FREDERICK M. ABBOTT, no seu artigo *Review: The Trilateral Study on Health, Intellectual Property, and Trade: The virtue in paving a cleared Roadway*, in *Journal Of International Economic Law*, 16(2), Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 493-503, acrescenta que, “*this signals, not surprisingly, that mercantile interests are driving the Free Trade Agreements push.*”

³⁹² Também pode usar-se o mecanismo de supervisão dos Tratados sobre direitos humanos das Nações Unidas, coadjuvado inúmeras vezes pelas recomendações das Organizações não Governamentais.

³⁹³ SUSAN ARIEL AARONSON, *Human Rights*, in *Preferential Trade Agreement Policies for Development*, A Handbook, Jean-Pierre Chauffour/Jean-Christophe Maur (Eds.), The World Bank, Washington, D.C., pp. 461.

³⁹⁴ Cfr. *Executive Order* n.º 13155, 65 Fed. Reg. 30,521 (2000). Cfr. ainda de CARSTON FINK, o *paper* intitulado, *Intellectual Property and Public Health: An Overview of the Debate with a Focus on U.S. Policy*, sugerindo uma união entre por um lado, os interesses dos países desenvolvidos no incentivo à inovação e por outro lado, o interesse dos países mais pobres no acesso aos medicamentos, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1213145.

³⁹⁵ Cfr. o artigo já cit. de MATTHEW TURK, *Bargaining and Intellectual...*, pp. 141-142.

to use the flexibilities provided under TRIPS, including the use of compulsory licenses. Second, he should initiate an international dialogue on how the global pharmaceutical R&D burden can be shared more fairly and efficiently. Finally, U.S. leadership should aim to promote and scale up schemes to spur innovation on treatments for diseases that mainly affect poor people in developing countries."³⁹⁶

As ações dos Governos pós-TRIPS no campo do direito à saúde, deverão pois estar alinhadas com os princípios da Declaração de Doha³⁹⁷, com a Declaração Política sobre VIH/SIDA de 10 de Junho de 2011, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas³⁹⁸ e com a Estratégia Global e Plano de Ação sobre Saúde Pública, Inovação e Propriedade Intelectual, da Assembleia Mundial de Saúde, de 2008.³⁹⁹ Os medicamentos são um dos pilares do desenvolvimento humano pois o seu consumo racional pode curar e reduzir as taxas de mortalidade e aumentar a qualidade de vida.

Quase dois biliões de pessoas, um terço da população mundial, em especial, nos lugares mais pobres da África e Ásia, não tem acesso regular à medicina nem a medicamentos. Aqui, a escassez de medicamentos essenciais atinge metade da

³⁹⁶ *Tripping Over Health: U.S. Policy on Patents and Drug Access in Developing Countries, in The White House and the World: A Global Development Agenda for the Next U.S. President.* Nancy Birdsall, editor, Washington, D.C.: Center for Global Development, 2008.

³⁹⁷ A agenda de Doha para o desenvolvimento teve como principal preocupação, a saúde pública, a segurança alimentar, ambiental, a garantia de transferência de tecnologia para os países mais pobres, a eliminação das restrições ao comércio e à concorrência neste países, o crescimento económico sustentado, a eliminação das barreiras pautais e outros obstáculos aos produtos originários dos países menos desenvolvidos, a eliminação da burocracia, a não exigência de reciprocidade com os países pobres. Cfr. a respeito, *WTO, Doha Declarations; WHO, the Road to Doha and Beyond – a road map for successfull concluding the Doha development agenda; Annual Report*, tudo isto, in www.wto.org/

³⁹⁸ *Vide* o conteúdo desta Declaração que impõe aos Estados-membros da ONU, as suas diretrizes e programas em www.onu.org.br. Contudo é precisamente em Doha, que se adopta uma Declaração sobre a relação do TRIPS com a saúde pública. Aí se estabelece que este Acordo em nada impede que os países membros adoptem medidas para proteger a saúde pública. Nestes termos, este instrumento reconhece que o Acordo TRIPS admite flexibilidade suficiente para os países adoptarem licenças obrigatórias, definirem situações de emergência, como nos casos de SIDA, tuberculose, malária e outras epidemias, e a liberdade de consentirem importações paralelas. O Conselho TRIPS é incumbido de encontrar mecanismos para resolver a situação dos países que não detenham indústria farmacêutica ou que esta seja insuficiente (esta preocupação advém do artigo 31.º/f, que supõe o contrário). Por fim, a Declaração, torna extensivo até 2016, o prazo para os países menos desenvolvidos implementarem as disposições do TRIPS, em relação às patentes de produtos farmacêuticos.

³⁹⁹ Cfr. o já referido site da OMC, www.wto.org

população.⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹ “(...) *This Gap in access to medicines is not only a moral but also a human rights dilemma: within international human rights law, access to essential medicines has been authoritatively interpreted to constitute a minimum core entitlement under the human right to the highest attainable standard of health ('right to health'), placing correlative duties on a range of actors to enable and ensure access.*⁴⁰²

O reconhecimento paulatino do direito à saúde implicou como já demonstrámos, um florescimento da sua proteção legal, nacional e internacional,⁴⁰³ assim como, a necessidade de uma assunção de deveres⁴⁰⁴ que aquele direito suscita na esfera estadual. Nestes deveres legais e éticos⁴⁰⁵ pode estar aninhada

⁴⁰⁰ World Health Organization, WHO Medicines Strategy: Countries at the Core, 2003–2004 (Geneve: WHO, 2004), 3. Também disponível em <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s5416e/s5416e.pdf>. O mais importante relatório onde se continuam a constatar estas verdades tão assertivas, é o Relatório da OMS, de 2009, apelidado, *Implementing the Third WHO Medicines Strategy, 2008–2013*, WHO, 2009, disponível no site da OMS em <http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s16821e/s16821e.pdf>.

⁴⁰¹ Neste sentido, Cfr. a obra *Access to Medicines as a Human Right, Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility*, Edited by Lisa Forman and Jillian Clare Kohler, University of Toronto Press, Canada, 2012, pp. 3, de onde se retiram estas ideias.

⁴⁰² Cfr. de novo o Comentário Geral, n.º 14 (2000), do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, já cit., § 43 e 44.

⁴⁰³ Cfr. ALICIA ELY YAMIN, *Not Just a Tragedy: Access to Medications as a Right under International Law*, Boston University International Law Journal, 21 (2003): 325.

⁴⁰⁴ PAUL HUNT/RAJAT KHOSLA, *Human Rights Responsibilities of Pharmaceutical Companies in Relation to Access to Medicines*, pp. 25–45, in *Access to Medicines as a Human Right, Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility*, University of Toronto Press, Canada, 2012, Edited by Lisa Forman/Jillian Clare Kohler. Hunt com a ajuda de Khosla explora algumas noções e argumentos a favor da responsabilidade da indústria farmacêutica no que toca ao respeito pelo direito humano à saúde, consagrado em leis nacionais e a nível da legislação internacional. Enfatizam também, a importância da cooperação com a indústria farmacêutica para melhorar o acesso aos medicamentos. Acabam por se deixar ir na esteira das *Human Rights Guidelines for Pharmaceutical Companies*, documento de 11 de Agosto de 2008 (para consulta em <http://hinxtongroup.files.wordpress.com/2010/10/ga2008.pdf>), elaboradas por Paul Hunt, observador durante o período de 2002–2008, que atuava como *United Nations Special Rapporteur on Right to Health*. Lá se afirma o seguinte: “1.º- *The company should adopt a human rights policy statement which expressly recognizes the importance of human rights generally, and the right to the highest attainable standard of health in particular, in relation to the strategies, policies, programmes, projects and activities of the company;* 2.º- *The company should integrate human rights, including the right to the highest attainable standard of health, into the strategies, policies, programmes, projects and activities of the company;* 3.º- *The company should always comply with the national law of the State where it operates, as well as any relevant legislation of the State where it is domiciled;* 4.º- *The company should refrain from any conduct that will or may encourage a State to act in a way that is inconsistent with its obligations arising from national and international human rights law, including the right to the highest attainable standard of health.*” Cfr. pp.16–17.

⁴⁰⁵ Mais profundamente sobre esta matéria, particularmente explorando o argumento de que as companhias farmacêuticas têm um dever ético de fornecer medicamentos a todos aqueles que

a justificação para eventuais limitações ao exercício dos direitos de propriedade intelectual, mormente, no direito de patente. Tais deveres,⁴⁰⁶ verdadeiras obrigações de respeito por parte dos Estados estão em aparente tensão com o corporativismo⁴⁰⁷ das farmacêuticas,⁴⁰⁸ cujo imperativo máximo é o lucro.⁴⁰⁹

Em suma, parece evidente que celebração do Acordo TRIPS foi uma vitória dos países mais desenvolvidos, entre os quais se destacam os E.U.A, o Japão, e alguns países da União Europeia, sendo por isso mesmo, encarado por alguns, como “*um dos veículos do imperialismo de maior sucesso na história*”.⁴¹⁰ A própria União Europeia em documento apresentado ao Conselho do TRIPS para o debate especial sobre propriedade intelectual e acesso a medicamentos reconheceria em 20 de Junho de 2001 o seguinte: “(...) *The TRIPS Agreement represents a delicate balance between the interests of right-holders and consumers. The EC and their member States stand ready to contribute constructively to any debate con-*

deles precisam mas que os não podem adquirir, esta o artigo de PATRICIA ILLINGWORTH, *Corporate Social Responsibility and the Right to Essential Medicines, in Access to Medicines as a Human Right, Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility*, University of Toronto Press, Canada, 2012, Edited by Lisa Forman/Jillian Clare Kohler. pp. 75-92.

⁴⁰⁶ Impõe-se que as corporações farmacêuticas respeitem os direitos humanos. Cfr., de JOHN RUGGIE, *Interim Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and the other Business Enterprises*, UN Doc. E/CN.4/2006/97(2006), § 59, para consulta em *Business and Human Rights: Towards Operationalizing the Protect, Respect and Remedy's Framework: Report of the Special representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and the Order Business Enterprises*, UN Doc. A/HRC/11/13, 22, Apr. 2009, § 46, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.13.pdf>.

⁴⁰⁷ Cfr. SARAH JOSEPH, *Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: The Fourth Wave of Corporate Human Rights Scrutiny*, *Human Rights Quarterly* 25 (2003): 425-52; ainda de PAULA DARVAS, *Grounding the Social Responsibility of Companies in the Language of Human Rights: A Survey of the Issues*, *Australian Journal of Corporate Law*, 20 (2007): 139.

⁴⁰⁸ Em 23 Junho de 2011, saiu uma manchete dizendo o seguinte: “*As farmacêuticas bloqueiam medicamentos que curam, porque não são rentáveis*” O Prémio Nobel da Medicina, *Richard J. Roberts* foi entrevistado por La Vanguardia, a 18 de Junho do mesmo ano, denunciando a forma como funcionam as grandes farmacêuticas dentro do sistema capitalista, preferindo os benefícios económicos à saúde, e detendo o progresso científico na cura de doenças, porque a cura não é tão rentável quanto a cronicidade. A entrevista pode ser lida na íntegra em castelhano, em <http://outropolitica.wordpress.com/2011/06/23/las-farmaceuticas-bloquean-las-medicinas-que-curan-porque-no-son-rentables-impidiendo-su-distribucion/>.

⁴⁰⁹ Veja-se por exemplo, a respeito do referido direito à saúde, E. D. KINNEY/B. A. CLARK, *Provisions for Health and Healthcare in the Constitutions of the Countries of the World*, *Cornell International Law Journal*, 37 (2004): 287.

⁴¹⁰ Expressão de T. Srinivasan, apud PEDRO INFANTE MOTA, *O Sistema GATT/OMC, Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 498; e *O Novo Direito Internacional Económico*, Luís D .S. Morais (org.), J.A, J.P.F e N.C.R., vol. 2, AAFDL, 2011.

cerning the interpretation of its provisions. Moreover, the spiralling health crisis in the developing world has underlined the need for rapid action. The TRIPS Agreement has increasingly come under fire for allegedly standing in the way of developing countries' efforts to implement an effective public health policy. The EC and their member States take such criticisms seriously and stand ready to engage in a positive manner in the discussion, leading where necessary to clarification, of certain of the Agreement's provisions. This paper has focussed on Articles 7, 8, 30, 31 and 39, but Members may wish to discuss other provisions they consider to be relevant. The EC and their member States are also ready to discuss to what extent technical assistance can take into account health concerns. Improving health at the same time as combating poverty requires a mix of complementary social, economic and health policies and practices. Health gains largely depend on using available resources in productive and efficient ways, as shown by the great strides made by some middle and low-income countries. Intellectual property rights play a role with regard to access to medicines. However, the TRIPS Agreement cannot be held responsible for the health crisis in developing countries, while it must not stand in the way for action to combat the crisis. The EC and their member States will continue to constructively and positively take part in the expanding global effort to develop a coherent and effective response to the health problems of the developing world.”⁴¹¹

2.1.3. A Declaração de Doha relativa ao Acordo TRIPS e a Saúde Pública

“The recent Doha Declaration on TRIPS and Public Health is a good example of such a possible coherent reading of WTO provisions on taking into account potentially relevant human rights law.”

GABRIELLE MARCEAU, *WTO Dispute Settlement and Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 13 (2002), pp. 753, em <http://ejil.oxfordjournals.org/content/13/4/753.full.pdf>

No âmbito da agenda de Doha para o desenvolvimento, inserida na Quarta Conferência Ministerial da OMC (de 9 a 14 de Novembro de 2001), foi proferida uma Declaração Ministerial em 14 de Novembro de 2001, que inclui uma declaração especial sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública de 14 de Novembro de 2001,⁴¹² doravante designada por Declaração de Doha relativa

⁴¹¹ Cfr. WTO Document IP/C/W/280, disponível em http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/paper_eu_w280_e.htm.

⁴¹² Para consulta em http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm.

ao Acordo TRIPS e a Saúde Pública.⁴¹³ O facto de ter sido aprovada durante aquela Conferência, dá-lhe sustentação e legitimidade, para além de um considerável peso interpretativo⁴¹⁴, pois expressa o sentimento comum no seio da OMC por dotar os Estados de ferramentas que lhes permitem abordar os problemas de saúde pública⁴¹⁵, adoptando medidas legislativas e regulamentares que favoreçam o acesso aos medicamentos.⁴¹⁶

O problema é que, à época desta Declaração, os únicos países em desenvolvimento que dispunham de capacidade industrial no sector farmacêutico para fazer uso do disposto na mesma eram a África do Sul⁴¹⁷, o Brasil⁴¹⁸, a Índia, o Quênia e a Tailândia.⁴¹⁹

A Declaração de Doha para além de suavizar o tom do debate acerca do acesso ao medicamentos por parte dos países menos desenvolvidos no contexto do Acordo TRIPS,⁴²⁰ tornou pacífica a intenção dos Governos signatários de combater as epidemias e outras doenças que afectam os países mais pobres, ainda em vias de desenvolvimento, reafirmando a possibilidade de utilização do licenciamento compulsório de medicamentos em caso de “*emergência nacional*” ou “*extrema urgência*”⁴²¹, respeitando o disposto no artigo 31.º/b do TRIPS.

Ao longo de sete pontos, exulta um conjunto de aspectos, que visam de alguma forma, conciliar a protecção da propriedade intelectual com os interesses de saúde pública e de acesso aos medicamentos, levando em conta os efeitos

⁴¹³ Em <http://www.who.int/medicines/areas/policy/tripshealth.pdf>.

⁴¹⁴ Cfr. M. GREGG BLOCHE/ELIZABETH R. JUNGMAN, *Health Policy and The WTO*, Journal of Law, Medicine & Ethics, Vol. 31 (n.º 4), 2003, pp. 536.

⁴¹⁵ Uma análise mais detalhada sobre os resultados desta Declaração pode ler-se em FREDERICK ABBOTT, *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO*, Journal of International Economic Law, Oxford University Press, 2002, pp. 488-490.

⁴¹⁶ Perante um eventual litígio que surgisse no âmbito da OMC, seria de esperar que o grupo especial adoptasse um critério mais amplo e a favor da saúde pública do que o adoptado em 2000, no caso Canadá-genéricos (União Europeia vs. Canadá – WT/DS 114, disponível em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm). Sobre as implicações deste caso nos Estados-membros da União, veja-se a obra de J.P. REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos versus Patentes, Estudos de Propriedade Industrial*, Coimbra Editora, 2008, pp. 112-135.

⁴¹⁷ Cfr. FREDERICK M. ABBOTT, *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO*, Journal of International Economic Law, Oxford University Press, 2002, pp. 471.

⁴¹⁸ Idem..., pp. 471-472.

⁴¹⁹ Cfr. ALAIN LÉCOURIEUX, *Esas Patentes que Matan*, Le Monde Diplomatique, Buenos Aires, v. 7, n.º 78, Dez./2005.

⁴²⁰ Cfr. PHILIPPE CULLET, *Patents and Medicines: The relationship between TRIPS and The human right to Health*, International affairs, 79, I (2003), pp. 154.

⁴²¹ Vide o disposto no considerando 5.º, alínea a), parágrafo 3.º da dita Declaração.

que estes direitos têm no preço dos medicamentos.⁴²² Aqueles sete pontos sublinham a necessidade de transferência de tecnologia dos países desenvolvidos para os países menos desenvolvidos e a concessão de uma moratória a estes países, para a implementação das disposições do Acordo.⁴²³

O conteúdo propriamente dito da Declaração sugere a ideia de que os seus quatro primeiros pontos se prendem com a eficácia e legitimação do Acordo TRIPS, e com a sua afirmação no que respeita à capacidade de ser flexível o suficiente para acomodar a problemática da saúde pública e do acesso a medicamentos, enquanto que os restantes pontos visam uma clarificação operacional das normas do Acordo, que conduzem a uma redução temporária da proteção de medicamentos patenteados.⁴²⁴ A Declaração reconhece a gravidade dos problemas de saúde pública que afligem países pouco desenvolvidos e em desenvolvimento destacando os que decorrem do HIV, da tuberculose, da malária e outras epidemias, mas não se limitando a estes.⁴²⁵

A Declaração espelha as preocupações desses países com as implicações do Acordo TRIPS em relação à saúde pública em geral, sem se restringir a determinadas doenças. Nas palavras de Watal e Kampf, *“The Declaration makes it clear that each Member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency. It also declares that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria, and other epidemics, can represent such circumstances. The Declaration makes clear that the effect on exhaustion of the provisions in the TRIPS Agreement is to leave each Member free to establish its own regime without challenge – subject to the general TRIPS provisions that prohibit discrimination on the basis of the nationality of persons.”*⁴²⁶

Embora afirme como legítimo o papel da proteção da propriedade intelectual, relevante para o desenvolvimento e produção de novos medicamentos, a Declaração exprime de forma clara os seus receios: *“We agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent Members from taking measures to protect*

⁴²² Neste sentido, Cfr. a *Trade Note* de Carsten Fink, Implementing the Doha Mandate on TRIPS and Public Health, disponível em <http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/TradeNote5.pdf>

⁴²³ Sobre os efeitos adversos da liberalização do comércio nos países em desenvolvimento, escreve GILLIAN MOON, *Fair in Form, But Discriminatory in Operation – WTO Law’s Discriminatory Effects on Human Rights in Developing Countries*, *Journal of International Economic Law*, 14 (3), WTO and International Human Rights Law, 2011, pp. 565-569.

⁴²⁴ Neste sentido estamos com MEIR PEREZ PUGATCH, *The International Political...*, ob. cit., pp. 221.

⁴²⁵ Vide o seu ponto n.º 1.

⁴²⁶ Cfr. o artigo *The TRIPS Agreement and Intellectual Property in Health and Agriculture*, de JAYA-SHREE WATAL/ ROGER KAMPF, disponível em <http://www.iphandbook.org/handbook/chPDFs/ch03/ipHandbook-Ch%2003%2008%20Watal-Kampf%20TRIPS.pdf>

public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO Members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all." A mesma deixa expresso que os Estados-partes do TRIPS devem aproveitar as margens de flexibilidade consagradas nesse Acordo, para assim poderem assegurar o acesso a medicamentos.⁴²⁷

Por outro lado, o próprio instrumento esclarece que os membros têm direito de adotar um princípio internacional de extinção de direitos (que permite aceitar importações paralelas).⁴²⁸ Parece que o efeito das disposições previstas no Acordo TRIPS é dar liberdade a cada membro para estabelecer o seu próprio regime de extinção, sem contestação, bem como o direito a conceder licenças compulsórias e a liberdade para determinar as bases em que tais licenças são concedidas.⁴²⁹

Permite ainda que os países menos desenvolvidos⁴³⁰ posterguem a introdução de patentes farmacêuticas até 2016,⁴³¹ de forma a ser cumprido o parágrafo 7.º da Declaração.⁴³² Esta esclarece que as “*crises de saúde pública*” podem representar uma “*emergência nacional*”⁴³³ ou outras circunstâncias de extrema urgência”

A referida Declaração é um compromisso político histórico visto garantir a todos os membros da OMC a possibilidade de usarem as flexibilidades previstas no Acordo TRIPS no sentido de assegurarem o acesso a medicamentos de

⁴²⁷ Vide o segundo parágrafo do seu ponto n.º 4.

⁴²⁸ Vide a respeito a alínea d) do ponto n.º 5 da referida Declaração. De acordo com este princípio o titular de uma patente extingue os seus direitos após a primeira venda legítima de produtos patenteados num país estrangeiro. Isto é, não pode impedir a subsequente movimentação desses produtos através de fronteiras. Assim explicita CARLOS CORREA, ob. cit., *O Acordo TRIPS...*, na nota n.º 5.

⁴²⁹ Vide a alínea b) do seu ponto n.º 5.

⁴³⁰ Cfr. *Developing Countries in the Doha Round*, WTO Decision-making Procedures and Negotiations on Trade in Agriculture and Services, Ernst-Ulrich Petersmann, Robert Schuman Center, European University Institute, Florence, 2005, em especial, Parte IV, pp. 161-227, a cargo de vários autores, Bernard Hoekman, Gregory Shaffer, H.E Ambassador Matthias meyer, Marion Panizzon e Thomas Cottier.

⁴³¹ Vide o segundo parágrafo do ponto n.º 7.

⁴³² Cfr. o artigo de JAMES THUO GATHII, *The Legal Status of The Doha Declaration on TRIPS and Public Health Uner The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 15, n.º 2, 2002, pp. 309.

⁴³³ “*Emergência*”, nesse contexto pode referir-se a problemas de curto ou de longo prazo. Sobre o conceito de “*national emergencies*”, Cfr. uma vez mais o que tem a dizer de JAMES T. GATHII, *The Legal Status of The...*, ob. cit., pp. 307-309, referindo-se especialmente a título de exemplo, ao plano estratégico do Kenya, de 2000-2005 em matéria que combate ao HIV e ao “*Kenya Industrial Act of 2001*”(Kenya Industrial Property Bill of 2001) que preconizou a possibilidade de atribuição de licenças compulsórias em caso de emergências e extrema urgência no país.

baixo custo.⁴³⁴ A adoção deste instrumento representa uma conquista crucial para os países em desenvolvimento, que vinham lutando pelo fim das pressões e ameaças de litígio, por parte de algumas super-potências com o objectivo puro de os amedrontar, forçando-os a não emitir licenças compulsórias ou recorrer a importações paralelas.

No seu penúltimo parágrafo,⁴³⁵ a Declaração de Doha instrui o Conselho do TRIPS quanto à forma de abordar uma questão delicada: a maneira de os países-membros com suficiente ou nenhuma capacidade de produção fazerem uso efetivo da licença compulsória.⁴³⁶ Ora, o que aqui está implícito são as limitações de vários países em desenvolvimento na fabricação dos seus próprios medicamentos. A capacidade de produção da indústria farmacêutica está distribuída irregularmente pelo Mundo. Não serão muitos os países que podem produzir ingredientes ativos e formulações de medicamentos ou mesmo desenvolver estudos e novas pesquisas.

Outro dos desafios que se enfrentam na actualidade é o que tem de ver com a convergência internacional dos procedimentos de regulação e harmonização, respeitantes a regras administrativas e técnicas de acesso e registo de medicamentos e novas práticas tecnológicas. A necessidade daquela uniformização, em conjugação com a harmonização técnica, poderá remover muitos, dos altos custos com as transações e com os recursos humanos, incluindo, as múltiplas submissões que cada país exige, designadamente no que tange aos tes-

⁴³⁴ A confirmação de que o Acordo TRIPS deixa espaço para a flexibilidade a nível nacional possui importantes implicações políticas e jurídicas. Indica que as pressões para impedir que as flexibilidades disponíveis sejam usadas contrariam o espírito e a finalidade desse Acordo. Em termos jurídicos, Tal significa que os painéis e o órgão de resolução de litígios devem interpretar o Acordo, bem como as leis e os regulamentos adotados naquele sentido e para que a implementação se ajuste às necessidades de saúde pública de cada País-membro.

⁴³⁵ *Vide* o seu ponto n.º 6. Este ponto foi alvo de intensa azáfama por parte da OMC e principalmente do seu Conselho Geral que, desde logo, foi incumbido de produzir uma decisão sobre a implementação deste ponto, o que sucederia em agosto de 2003. A preparação desta decisão gerou também ela forte controvérsia, entre por um lado, a indústria farmacêutica titular de patentes e, por outro lado, os países em desenvolvimento, as organizações não Governamentais e a chamada doutrina pró-acesso a medicamentos a preços comportáveis. Aquele murmurinho da OMC culminou na alteração ao Acordo TRIPS através de uma decisão do Conselho Geral da OMC, de 6 de Dezembro de 2005, à qual faremos uma breve referência mais adiante. Esta alteração pode ser consultada em http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/wtl641_s.htm.

⁴³⁶ Esta licença é a autorização dada por uma autoridade judiciária ou administrativa a um terceiro para uso de uma invenção patenteada, sem o consentimento do patenteador, com base em vários elementos de interesse geral (por exemplo, ausência de trabalho, saúde pública, práticas anti-competitivas, emergência e defesa nacional). Cfr. CARLOS CORREA, ob. cit., *O Acordo TRIPS...*, na nota n.º 6.

tes clínicos, apesar das já existentes *guidelines* internacionais.⁴³⁷ Neste domínio, têm-se feito alguns esforços e efetuado importantes iniciativas através da criação de entidades reguladoras regionais e interregionais., que auxiliam na redução daqueles obstáculos.⁴³⁸

O saldo mais meritório da Declaração de Doha sobre o TRIPS e a Saúde Pública foi, reiteramos, permitir aos membros “mais pobres” da OMC desrespeitarem o direito de patente do laboratório, assim apelidado coloquialmente, em casos de emergência nacional – através de licenças compulsórias e importações paralelas de fármacos, entre outras medidas – que dispensam o acordo do fabricante. Ressalve-se que a dita Declaração surgiu de facto após alguns Estados terem violado direitos de propriedade intelectual face a necessidades de aquisição volumosa de medicamentos (nomeadamente contra a SIDA, malária e tuberculose).⁴³⁹

Pascal Lamy, Director Geral da OMC, em discurso proferido em 9 de Dezembro de 2008, no âmbito da 11.ª Conferência Anual da Aliança Farmacêutica de Genéricos, diria o seguinte a respeito da Declaração de Doha: “(...) *The 2001 Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health backed the carefully negotiated balance of rights and obligations in the TRIPS Agreement. It provi-*

⁴³⁷ Vide as Diretrizes de remuneração para uso não voluntário de patentes de tecnologias médicas (tradução nossa) num interessante *Paper* da OMS, WTO/TCM/2005.1, TCM Series, n.º 18, James Love, Washington D.C, disponível em http://www.who.int/medicines/areas/technical_cooperation/WHOTCM2005.1_OMS.pdf

⁴³⁸ Exemplos disto: A East African Community criada em 1967, lança um projeto de harmonização respeitante ao registo de medicamentos em 5 países membros daquela comunidade; A European Regulatory System and the European Medicines Agency desde 1995, com um importante papel regulador no mercado europeu, avaliando as necessidades da União neste âmbito, impondo legislação específica, avaliando a situação de saúde pública nos seus Estados-Membros; O Gulf Cooperation Council desde 1999, na mesma rota; A Pan American Network for Drug Regulatory Harmonization desde 1999, com um peso muito importante neste sector; Ainda outras organizações que embora com uma atividade mais tímida têm agora um papel reforçado, The Adrean Quality System (1995), The Southern Common Market (MERCOSUR- 1991), A Association of Southeast Asian Nations; e The African Medicines Regulatory harmonization. Estas iniciativas podem ser vistas em pormenor no relatório das três organizações, WHO, WIPO, WTO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation, Intersections between Public Health, Intellectual Property and Trade*, 2012, pp. 49-51.

⁴³⁹ PEDRO INFANTE MOTA, na ob. cit., pp. 500, (n.º 1044) nota que os factos de a Zâmbia e Senegal, cobrarem direitos aduaneiros iguais ou superiores a 25% sobre os mosquiteiros, e de em África, estes direitos poderem aumentar em 20%, o preço da importação dos produtos farmacêuticos de marca e dos genéricos, afasta em parte, a acusação de que o TRIPS e a OMC, estão a bloquear o acesso aos medicamentos nos países mais pobres, violando o direito universal à vida e à saúde. Conclui que existem “*imensos problemas políticos, económicos e estruturais que devem ser resolvidos, para tornar tal acesso, uma realidade*”

*ded a number of important confirmations and clarifications, including the right of WTO members to grant compulsory licences, the freedom to determine the grounds for such licences and the definition of national emergencies, as well as the freedom to adopt the appropriate exhaustion regime without challenge. Since its adoption in 2001, there have been concrete examples of the use of the flexibilities incorporated in the TRIPS Agreement at country level, including allowing parallel imports, defining patentability criteria, and permitting exceptions to patent rights, such as the regulatory review exception.”*⁴⁴⁰

Compreende-se pelo discurso de Lamy sobre a Declaração de Doha um evidente propósito de interpretação e aplicação do Acordo TRIPS, no sentido mais favorável ao acesso aos medicamentos e à saúde pública, não apenas nesta matéria, mas também noutras matérias em que seja concedida aos membros uma margem de conformação. Só assim se entende o realce que é feito ao facto de alguns membros terem intervindo ao nível dos critérios de patenteabilidade e das exceções aos direitos de patente e de autorização regulatória.

Parece não se tratar apenas de explorar ao máximo as margens de flexibilidade do TRIPS, mas de o interpretar em termos que visem a promoção do acesso aos medicamentos e a proteção da saúde pública. À luz deste discurso seria contrário ao espírito do Acordo uma interpretação ou aplicação que, longe de promover tal acesso, o dificulte.

Existe até quem vá mais longe, entendendo que a Declaração de Doha, no seu contexto, não se confina ao Acordo TRIPS, mas extravasa deste âmbito, nomeadamente para o GATT e para a abolição de barreiras à exportação e importação de medicamentos por razões de saúde pública.⁴⁴¹ Parte da doutrina encara a Declaração de Doha de forma mais restritiva, resumindo-a às importações paralelas, às licenças compulsórias e à moratoria da aplicação do Acordo para países em vias de desenvolvimento.⁴⁴²

Quanto a nós, pensamos ser excessivo afirmar que o Acordo TRIPS interpretado à luz da Declaração de Doha tem um alcance muito maior do que aquele que alguma doutrina lhe reconhece, e por isso, não se circunscreve àquelas matérias, mas a todo articulado do Acordo TRIPS. *Mutatis mutandis*, o discurso do Diretor Geral da OMC *supra* mencionado constitui, não negamos, um ingrediente auxiliar de interpretação muito relevante quanto ao sentido e

⁴⁴⁰ Para consulta em http://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl111_e.htm

⁴⁴¹ É o caso de AMIR ATTARAN, *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Access to Pharmaceuticals and Options Under WTO Law*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 12, 2002, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=333363>

⁴⁴² Cfr. os autores PEDRO INFANTE MOTA, ob. cit., *O Sistema GATT/OMC...*, pp. 497-506, e M. P. PUGATCH, *The International Political...*, pp. 221.

alcance, quer do Acordo TRIPS, quer da própria Declaração, embora apenas lhe possamos atribuir um carácter declaratório.

Entendemos ainda que, tal como resulta da Declaração, qualquer membro da OMC pode prevalecer-se do Acordo TRIPS interpretado e aplicado à luz da Declaração de Doha, e não apenas os países em desenvolvimento ou os países menos desenvolvidos, visto que o âmbito não foi restringido a qualquer grupo de membros.

Tem-se discutido qual o valor jurídico da Declaração de Doha à luz da alínea a) do § 3.º do artigo 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, designadamente se constitui um acordo subsequente ou prática subsequente que evidencie o entendimento as partes, ou se constitui apenas uma declaração de compromisso sem valor jurídico.⁴⁴³

Existe quem defenda que a Declaração é obrigatória para os membros da OMC e que dispõe de força interpretativa dos Acordos no âmbito da Organização, especialmente no caso de resolução de litígios.⁴⁴⁴

Na opinião de Steve Charnovitz o estatuto jurídico desta Declaração é ambíguo. Uma das possibilidades que aponta é que “(...) *The Doha Declarations are part of the constitutive process of decision-making by the WTO as an organization. In this view, the ministerial Conference can exercise its constitutional authority to set WTO policy, or perhaps to enact secondary law.*”⁴⁴⁵

Para Juan Medina Amador, o problema é que a Declaração de Doha não pode considerar-se como uma interpretação autorizada, pois o seu processo de aprovação não passou pelo procedimento prescrito no artigo IX do Tratado constitutivo da OMC.⁴⁴⁶ Uma outra forma de dar-lhe valor interpretativo, segundo James Gathii, consistiria em contemplá-lo como uma prática ulterior seguida pelos Estados, em aplicação do Acordo TRIPS.⁴⁴⁷ Entendemos que

⁴⁴³ Neste sentido, JUSTIN MALBON, *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement: It is fair?*, Elgar, Cheltenham, 2008, pp. 103; JAMES THOU GATHII, *The Doha Declaration on TRIPS and Public Health Under the Vienna Convention of the Law of Treaties*, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 5, n.º 2, 2002.

⁴⁴⁴ Cfr. CHRISTOPHE BELLMANN/GRAHAM DUTFIELD/RICARDO MELÉNDEZ-ORTIZ, *Trading in Knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Earthscan, London, UK, 2003, pp. pp. 151.

⁴⁴⁵ *The Legal Status of The Doha Declarations*, in *Journal of International Economic Law*, March/2002, Vol. 5/n.º 1, pp. 211

⁴⁴⁶ Cfr. JUAN MANUEL MEDINA AMADOR, *Aplicabilidade del Derecho Internacional General dentro del mecanismo de solución de controversias de la OMC: el caso del derecho a la salud*, Anuário Colombiano de Direito Internacional, Vol. 5, Bogotá, 2012, pp. 115.

⁴⁴⁷ JAMES GATHII, *The Legal Status of Doha Declaration on TRIPS and Public Health under the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Harvard Journal of Law & Technology, 2002, Vol. 15 (n.º2), pp. 310.

esta opção não é a mais correcta, pois traria problemas no que concerne à demonstração de uma prática estadual consolidada a este respeito.

Outros critérios existem que se inclinam para outorgar à Declaração de Doha o estatuto jurídico de uma interpretação autorizada. Se observarmos com detalhe o seu parágrafo 5.º, constatamos que deixa assente um valioso precedente.⁴⁴⁸ Recorde-se que a mesma se enlaça com os objetivos e princípios do TRIPS (artigos 7.º e 8.º), o que, põe em relevo a supremacia do tema da saúde pública no âmbito da OMC.

Os EUA defendem que a Declaração de Doha é desprovida de autoridade legal, corporizando apenas uma declaração política.⁴⁴⁹ Cremos que, tendo a Declaração de Doha sido aprovada por unanimidade de todos os membros da OMC, ela tem, ao menos, valor de declaração autêntica do Acordo, que assim fica conformado por essa expressão de vontade dos próprios subscritores. Estes não poderão de boa fé, depois da Declaração, defender entendimento contrário ao que dela resulta.

Em nossa opinião, não se deve interpretar a Declaração de Doha de forma redutora, circunscrevendo-a às importações paralelas, às licenças compulsórias e à moratória da aplicação do Acordo para os países em desenvolvimento.⁴⁵⁰ Entendemos pois, que pode extrair-se da Declaração um princípio de interpretação e aplicação do Acordo no sentido mais favorável ao acesso aos medicamentos e à saúde pública.⁴⁵¹ Do que se trata é de interpretar e aplicar o TRIPS em termos que visem a promoção do acesso aos medicamentos e a proteção da saúde pública, e não apenas de explorar as margens de flexibilidade do Acordo.

⁴⁴⁸ Cfr. CARLOS CORREA, *Repercusiones de la Declaración de Doha Relativa al Acuerdo sobre ADPIC y la Salud Pública*, Economía de la Salud y Medicamentos, Serie EDM N° 12, OMS, Ginebra, 2002, pp. 45, disponível em <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4904s/s4904s.pdf>, citando a Comissão Europeia, em tradução não oficial “(...) en caso de diferencias (por ejemplo, en el contexto de los procedimientos para la solución de diferencias de la OMC) los Miembros pueden valerse del confort que proporciona esta Declaración. ... Probablemente los miembros del panel tomen en consideración las disposiciones mismas del Acuerdo sobre los ADPIC, así como esta Declaración complementaria que, aunque no tuvo como objeto afectar los derechos ni las obligaciones de los Miembros, expresa las opiniones e intenciones de los Miembros. Así, la Declaración forma parte del contexto del Acuerdo sobre los ADPIC que, de acuerdo con las normas de interpretación de tratados, debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar el Acuerdo.”

⁴⁴⁹ USTR Fact Sheet Summarizing Results from WTO Doha Meeting. Results of the Fourth WTO Ministerial Conference November 14, 2001. Disponível em http://www.usembassy.it/file2001_11/alia/a1111516.htm

⁴⁵⁰ Cfr. PEDRO INFANTE MOTA, *O Sistema GATT/OMC...* ob. cit., pp. 497-506 e MEIR PEREZ PUGATCH, *The International Political Economy of Intellectual Property Rights*, Edward Elgar Publishing, UK, pp. 221 e ss.

⁴⁵¹ Subscrevemos a opinião de AQUILINO P. ANTUNES, na ob. já cit., *O Acordo ADPIC/TRIPS...*, pp. 156.

Tanto assim é que o alcance da Declaração de Doha na interpretação e aplicação do Acordo é muito maior do que aquele que geralmente lhe é reconhecido, aplicando-se a todo o articulado do TRIPS. Além do mais, tal como resulta da própria, não são apenas os países em desenvolvimento ou os países menos desenvolvidos que podem prevalecer-se do Acordo TRIPS, interpretado e aplicado à luz da Declaração de Doha. Qualquer membro da OMC pode fazê-lo, dado que não existe restrição do seu âmbito de aplicação. Apesar de todas as possíveis discordâncias, uma coisa parece evidente, ela será usada como fonte de interpretação do TRIPS, em processos futuros de solução de controvérsias.⁴⁵² Apesar da sua proeminência a Declaração de Doha continua a ser *soft law*.⁴⁵³

O Professor da *University of Chicago Law School*, Alan O. Sykes, a propósito desta matéria afirma: “(...) *the Doha declaration may be moving the global community in the wrong direction. Public health crises in the developing world understandably evoke great sympathy, and the political support for relieving financial pressures at Doha was readily understandable. But as the economist Alan Blinder has reminded us, these difficult humanitarian issues must be approached with both a soft heart and a hard head.*”⁴⁵⁴ *A lack of credible patent rights for pharmaceuticals in the developing world may do far more harm in the long run than their absence can accomplish in the short run.*”⁴⁵⁵⁻⁴⁵⁶

⁴⁵² Frederick M. Abbott, na ob. já cit., Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, *Solução de controvérsias, Organização Mundial de Comércio...*, tende a ver a Declaração de Doha como uma decisão dos membros da OMC sobre a interpretação do Acordo, já que ela está redigida nos seguintes termos, “*nos acordamos*”, vide o seu parágrafo 4.º. Para alguns ela é uma Declaração de Ministros.

⁴⁵³ Cfr. a ob. já cit. de JAMES T. GATHII, *The Legal Status...*, pp. 314.

⁴⁵⁴ *Hard Heads, Soft Hearts: Tough-Minded Economics for a Just Society*, Addison-Wesley, Business & Economics, 1987.

⁴⁵⁵ Cfr. o seu artigo, *TRIPS, Pharmaceuticals, Developing Countries, and the Doha ‘Solution’*, U. Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 140, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=300834.

⁴⁵⁶ MARCELA I. SHIRSAT, no artigo, *When Patent Rights And Public Health Collide: Going Beyond Compulsory Licensing To Solve The Doha Paragraph 6 Problem*, 2011, pp. 29-31, em http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=marcela_shirsat, também deixa recomendações valiosas a respeito: “(...) *The first policy that I recommend is premised after the UK’s pressure on pharmaceutical companies to have good practices within their company. By this I am referring to realizing that they have a part to play in access to medicines, and the management of health crisis emerging in the developing nations. These good practices can be achieved by taking into account the local circumstances when it comes to enforcing a patent or determining whether to grant a license. In addition, the companies could institute a program wherein donations of medications are made to the developing nations. This would in fact benefit the companies since the products are donated and not sold the issue of whether their rights in them have been exhausted never come into play given that the products were never on the market in that country. This would facilitate the patent holder’s attempts to ensure that those products do not end up for sale in another market.*”

2.1.4. **A Decisão do Conselho do TRIPS sobre a implementação do Parágrafo 6.º da Declaração de Doha sobre o TRIPS e a Saúde Pública**

“6. We recognize that WTO Members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement. We instruct the Council for TRIPS to find an expeditious solution to this problem and to report to the General Council before the end of 2002.”

Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, versão em língua inglesa, para consulta em http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm

Muitos dos países em vias de desenvolvimento e com fraca ou nula capacidade de produção industrial no sector farmacêutico, só alcançariam uma solu-

The next policy recommendation actually stems from the first in that a primary concern and hindrance to the access issue is the need to prevent the re-exportation of goods while at the same time dealing with the differing prices depending on the market. Pharmaceutical companies already have expressed unease about the use of price differentials because it can be seen as unfair to those forced to pay the higher price thereby making them want to gain access to the price that they think their entitled to from the LDC market. Therefore, to stop the diversion of products from one market to another the rights of the patent holder must not have been exhausted and/or safeguards must be put into place. For these safeguards to work the products going to the LDCs must be readily identifiable such that customs agents know when they are being brought into a prohibited market. For this we look at what has been done to prevent this already such as, the safeguards instituted under the WTO. The industry could adopt an industry wide standard in identifying generic products meant for the developing country markets, or even by merely changing the packaging used. With these safeguards in place, the pharmaceutical companies should feel reassured that their products will not be diverted from the destination and reenter another market. The last policy recommendation looks to encourage R&D as well as infrastructure and instituting health improvements to guarantee that the people who truly need the medicine will have access to it. However, as stated previously access to a stable and steady supply is not enough, access to professionals that can administer the medications and help implement methods of distribution to patients is also needed. This policy recommendation can be instituted in a variety of ways. For one, there is the creation of public-private partnerships, which are used to meet both the public sector's needs and the private sector's goals. These contractual agreements between a public agency, whether federal, state or local, and a private sector entity allow for the skills and assets of each sector to be shared in delivering a service or facility for the use of the general public. In this case the resource used by the public would be the access to medicines that would otherwise not be available. In conjunction with such partnerships are entities like the Global Health Fund or the World Health Assembly who are funded by the developing countries for the sole purpose of funding health improvements (i.e., community-based programs, healthcare systems), and to encourage the creation of new medicines and other products geared toward diseases that affect developing nations. These programs encourage R&D to be established within the developing countries since they are the intended beneficiaries. This in turn will promote the creation of the infrastructure needed for these countries to develop their own manufacturing capabilities through the transfer of technology, solely moving the world to its goal of access to medicines for all who need them.”

O Direito 148.º (2016), II, 473-540

ção para o seu problema a partir de uma interpretação, que alguns qualificam de “*solidária*”⁴⁵⁷, do parágrafo 6.º da Declaração de Doha, expressa por meio de uma decisão do Conselho TRIPS de 2003.^{458_459}

A Decisão autoriza a qualquer membro, a exportação de produtos farmacêuticos produzidos sob licença compulsória, nos termos por ela fixados, permitindo em consequência, a importação desses produtos, mediante notificação ao Conselho TRIPS. Proíbe ainda a reexportação para países que não se enquadrem nas condições estabelecidas e acaba por flexibilizar o artigo 31.º/f) do TRIPS, permitindo que os países em desenvolvimento portadores de uma licença compulsória exportem medicamentos para um outro país que teria o direito de efectuar a licença compulsória, mas sem condições tecnológicas de produção.

O parágrafo 6.º da Declaração de Doha operará num cenário em que haja apenas um fornecedor mundial de um medicamento patenteado, sem que existam, portanto, fontes disponíveis de produtos genericos. Será preciso recorrer a esse sistema quando o detentor da patente se recusar a fornecer um medicamento patenteado a um país (com pouca ou nenhuma capacidade de produção no sector farmacêutico) com preço e outras condições aceitáveis para o interessado. O pressuposto para aplicação do sistema é o medicamento estar disponível e poder ser vendido para o país que dele carece, pelo detentor da patente, e quando este se recusa a fazê-lo.⁴⁶⁰

É importante observar que o normativo daquele parágrafo 6.º parece apoiar-se no pressuposto de que é legitimado o detentor de uma patente que impeça o acesso a produtos sob o seu controle, mesmo na presença de motivos humanitários urgentes. Salvo o devido respeito, esta interpretação não parece

⁴⁵⁷ Cfr. HENRIQUE DA SILVA MERCER, *O Processo de Acesso ao TRIPS. A Relação do Acordo com as questões de saúde pública e a CDB e os Acordos TRIPS-Plus*, in Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, Vol. 4, n.º 4, Jul./Dez./2006, pp. 197.

⁴⁵⁸ Decisão de 30/08/2003, WT/L/540, para consulta em castelhano em http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/implement_para6_s.htm.

⁴⁵⁹ Veja-se também a nota do *Chairman* do Conselho TRIPS, datada de 16/12/02, onde reconhece a necessidade de tratar alguns problemas graves de saúde pública. Disponível em http://www.atrip.org/Content/Activities/s02-Genovesi_cv.pdf

⁴⁶⁰ Neste sistema fica permitida a possibilidade em coerência com o Acordo TRIPS de se conceder uma licença compulsória para importar um medicamento patenteado. O problema, contudo, é que muitos países em desenvolvimento preveem a concessão de licenças compulsórias para a fabricação do item patenteado e não para a sua importação. Assim, para operacionalizar qualquer solução prevista no dito parágrafo 6.º da Declaração de Doha, tais países em desenvolvimento teriam de providenciar alterações adequadas às suas leis de patentes. De forma similar, é necessário adequar as leis nacionais dos países potenciais exportadores. O artigo 31.º/f) do TRIPS, deixa claro que as licenças compulsórias foram pensadas exclusivamente para abastecimento do mercado interno.

correta nem coincidente com a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, em particular com o seu parágrafo 4.º. Tão pouco corresponde aos compromissos assumidos pelos Estados no PIDESC, no já analisado artigo 12.º. A adoção da Decisão em causa, não pode impedir a utilização de outros meios quando o detentor da respectiva patente ou patentes, se excusar a fornecer um medicamento necessário. Os países devem ser incentivados a desenvolver métodos que eventualmente travem tais recusas, negociando no contexto da doutrina *essential facilities*⁴⁶¹ ou outros conceitos herdeiros da lei da concorrência e de saúde pública.

Com o fim de dar aplicação ao parágrafo 6.º da Declaração de Doha, esta, em final de 2002, solicitou ao Conselho do TRIPS que encontrasse uma solução rápida para esse problema e desse um Parecer ao Conselho Geral antes de terminar 2002. Todavia, só se chegou a um acordo em 30 de Agosto de 2003, ao fim de uma batalha diplomática, na qual os EUA acabaram por concordar com um texto que cobria todas as doenças, acatando a instrução da Declaração.⁴⁶² O acordo baseou-se num arranjo elaborado pelo Presidente do Conselho TRIPS⁴⁶³ e numa Declaração do Presidente do Conselho Geral de 30 de Agosto de 2003⁴⁶⁴ proposta pelos EUA, como condição para aceitar o acordo e atender à indústria farmacêutica americana. Portanto, nesta mesma data, na V Conferência Ministerial da OMC, em Cancun, foi aprovada pelo Conselho Geral, a Decisão de Implementação do parágrafo 6.º da Declaração de Doha.

A solução para o problema foi a suspensão temporária de alguns artigos do Acordo TRIPS para que um país membro sem capacidade tecnológica local possa emitir uma licença compulsória e importar produtos patenteados, ou produtos obtidos por processos patenteados, de um outro país, que também tenha emitido uma licença compulsória para exportar. No final de 2005, antes da VI Conferência Ministerial da OMC, em Hong Kong, esta decisão assumiu caráter permanente, como veremos, representando a primeira alteração a um Acordo no âmbito da OMC.

Após ser incluída na legislação nacional, o processo de aplicação nela previsto deve envolver as seguintes etapas: o país membro importador deverá notificar ao Conselho do TRIPS o interesse em usar o sistema como país importa-

⁴⁶¹ Cfr. JOHN TALADAY/JAMES CARLIN JR., *Compulsory licensing of intellectual Property under The Competition Laws of the United States and European Community*, *George Mason Law Review*, 10, n.º 3, (443)2002.

⁴⁶² Inicialmente os EUA pretendiam restringir a solução ao HIV/SIDA, malária e tuberculose.

⁴⁶³ Cfr. de novo, JOB (02)/217, de 16 de Dezembro de 2002, do Conselho do TRIPS. Disponível em http://www.atrip.org/Content/Activities/s02-Genovesi_cv.pdf

⁴⁶⁴ Cfr. o texto em http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/gc_stat_30aug03_s.htm

dor; deverá definir o nome e quantidade de produtos necessários; provar que é um país menos desenvolvido e que não tem capacidade de produção dos medicamentos em questão, bem como, confirmar que a licença compulsória já foi ou será concedida; o país membro exportador utilizará o sistema estabelecido na Decisão para produzir o medicamento e para exportar para o país membro exportador.

Deste modo, o país só poderá produzir sob os efeitos da licença compulsória, a quantidade estabelecida pelo país importador. Os produtos produzidos sob esta licença deverão ser claramente identificados com uma rotulagem especial; os fornecedores deverão distinguir o produto dos outros com rotulagem específica, e através de embalagens, cores e formas diferentes; o licenciado deverá divulgar em página electrónica, a quantidade que está a ser fornecida e as características do medicamento, antes de enviá-lo ao país importador. Por fim, o país deverá notificar ao Conselho do TRIPS, a concessão da licença compulsória, incluindo as condições anexadas para o efeito.

O mecanismo legal previsto na Decisão é para alguns, uma renúncia ou simplesmente a suspensão temporária do artigo 31.º/f) e h) do TRIPS. Tal suspensão permitirá que o país exportador possa produzir medicamentos para o país importador (artigo 31.º/f). O artigo 31.º/h) trata da remuneração do detentor da patente mediante a concessão de uma licença compulsória. Segundo a Decisão, o país exportador é quem deverá remunerar adequadamente o detentor da patente, segundo o estabelecido neste artigo do TRIPS, levando em conta o valor económico do uso da autorização para o país importador. Quando a licença é atribuída, para os mesmos produtos no país importador, a obrigação estabelecida no artigo 31.º/h) deve ser suspensa, uma vez que a remuneração já foi feita pelo país exportador.

Com esta derrogação, fica assim afastada a limitação da licença obrigatória já mencionada e o país produtor de genéricos pode exportar esses medicamentos para o país que tenha necessidade e não tenha capacidade de os produzir localmente.⁴⁶⁵

Para os propósitos da decisão, *um membro importador habilitado*⁴⁶⁶ significa qualquer país membro em desenvolvimento e qualquer outro membro que tenha feito uma notificação ao Conselho TRIPS sobre a sua intenção de usar

⁴⁶⁵ Esta veio a ser uma excelente oportunidade para que as empresas produtoras de genéricos, em países como a Índia, o Brasil ou a China, poderem produzir cópias de medicamentos que tenham entrado no mercado até à adaptação das suas regras internas ao Acordo TRIPS. Esta prerrogativa, chamemos-lhe assim, deveu-se ao facto deste Acordo não ter aplicação retroactiva, segundo o disposto no artigo 28.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969.

⁴⁶⁶ Idem, n.º 1, alínea b), pp. 3 da referida Decisão.

o sistema como importador. Alguns países informaram que só recorrerão ao sistema em caso de emergência nacional, situações críticas ou utilização pública não comercial e que, não adotarão o sistema noutros casos. O país importador precisa de notificar o Conselho TRIPS no que respeita a várias informações.⁴⁶⁷

Além disso, a licença compulsória emitida pelo membro exportador conterà as seguintes condições: apenas a quantidade necessária para atender às necessidades do *membro importador habilitado* pode ser fabricada ao abrigo da licença, e a totalidade dessa produção será exportada aos países que tiverem notificado o Conselho TRIPS a respeito das suas necessidades; os itens produzidos ao abrigo da licença serão claramente identificados como produzidos em conformidade com o sistema definido nesta Decisão, por meio de etiquetagem e outra marcação específica. Os fornecedores devem distinguir esses produtos pela sua embalagem especial e/ou pela coloração ou formato peculiar, desde que essa distinção seja viável e não tenha impacto significativo sobre o preço; e ainda, antes do embarque, o licenciado publicará num *site* na internet, as quantidades fornecidas a cada destino e as características distintivas do produto;⁴⁶⁸ Apesar disto, o membro exportador notificará o Conselho TRIPS sobre a concessão da licença, incluindo as condições anexas a ela.

Quando uma licença compulsória for concedida por um membro exportador, será paga a este uma compensação adequada, em conformidade com o artigo 31.º/h) do TRIPS, levando em conta o valor económico da autorização para o importador. Isto significa que, embora a compensação venha a ser paga ao exportador e titular da patente, o valor económico considerado para definir o montante do pagamento é aquele do país importador.⁴⁶⁹

Uma das principais preocupações expressas pelos países desenvolvidos durante a negociação, foi o possível desvio dos produtos importados para os países ricos.⁴⁷⁰ A decisão estabeleceu, no entanto, que os membros importado-

⁴⁶⁷ Idem, n.º 2, alínea a) a iii), pp. 3 e 4; especificando o(s) nome(s) e a(s) quantidade(s) esperadas do(s) produtos necessário(s); confirmando que o membro importador habilitado em questão, que não seja um país em desenvolvimento assegure possuir pouca ou nenhuma capacidade de produção no sector farmacêutico para o(s) produto(s) em questão; e confirme que, quando um produto farmacêutico é patenteado no seu território, ele concede ou pretende conceder uma licença compulsória, de acordo com o artigo 31 do Acordo TRIPS e as disposições desta Decisão. *Vide* na íntegra a Decisão que ora traduzimos, no já cit. *link*, http://www.atrip.org/Content/Activities/s02-Genovesi_cv.pdf, pp. 4.

⁴⁶⁸ Idem, n.º 2, alínea b) a c), pp. 4 e 5.

⁴⁶⁹ Idem, n.º 3, pp. 5.

⁴⁷⁰ O que seria muito improvável já o que o nível de fiscalização no comércio de medicamentos é muito apertado. A própria Comissão Europeia já observou que a indústria reconheceu que não houve reimportação de medicamentos dos países em desenvolvimento e portanto mais pobres para

res habilitados tomarão todas as medidas razoáveis aos seu alcance, proporcionais à sua capacidade administrativa e ao risco de desvio comercial, para impedir a reexportação de produtos que tiverem sido importados para o seu território sob a égide deste sistema.

Caso *um membro importador habilitado* tenha dificuldades em implementar esta medida, os membros que são países desenvolvidos fornecerão, a seu pedido e em termos e condições mutuamente pactuados, cooperação técnica e financeira para facilitar tal realização.⁴⁷¹ Ainda assim, os membros deverão garantir a disponibilidade de meios legais efetivos para impedir a importação e a venda, dentro dos seus territórios, de produtos fabricados em conformidade com o sistema estabelecido na Decisão e desviados para os seus mercados contrariando a mesma, usando para isso, os meios cuja disponibilidade já é requerida pelos dispositivos do Acordo TRIPS. Se qualquer membro considerar que essas medidas estão a mostrar-se insuficientes, a questão voltará a ser analisada no Conselho do TRIPS, a seu pedido.⁴⁷²

A Declaração do Presidente do Conselho TRIPS acrescenta que as condições especiais (conforme definidas no parágrafo 2.º, alínea b) (ii) da Decisão) não se aplicam apenas a produtos farmacêuticos formulados, mas também a ingredientes ativos e a produtos que utilizem tais substâncias ativas, produzidos e fornecidos ao abrigo do sistema. A Declaração expressa que é entendimento dos membros, que as embalagens especiais e/ou a coloração, ou o formato peculiar não devem ter impacto significativo no preço dos produtos farmacêuticos, introduzindo para além disso, um sistema de monitoramento que engloba a verificação da demonstração por parte do membro em questão, da sua capacidade de produção no sector farmacêutico.

Na Declaração consta ainda que os seus membros reconhecem que a Decisão será usada de boa fé, visando tratar de problemas de saúde pública e não com intuítos de política industrial ou comercial. Há quem desconfie destas premissas sustentando que a única leitura razoável que se pode fazer aqui é a de que o país importador deve recorrer ao sistema por razões de saúde pública, mas certamente que não se exclui o fornecimento dos medicamentos essenciais por entidades comerciais, que obviamente visam o lucro. Sem este, os potenciais fornecedores não estarão incentivados a realizar investimentos necessários, cobrindo inclusive os custos legais.

a União Europeia, sendo este problema ainda amplamente teórico. *Vide* Tiered Pricing for medicines Exported to Developing Countries, Brussels, Working Document, 22/April, (DGTrade) 2002, pp. 10, em http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/april/tradoc_122196.pdf

⁴⁷¹ N.º 4 da Decisão cit. na nota n.º 265, pp. 5.

⁴⁷² N.º 5 da Decisão cit., pp. 5 e 6.

Observada esta Decisão, que possibilita aos países fabricantes de produtos patenteados sob licença compulsória, exportarem para os países importadores habilitados, desde que estes também tenham obtido o mesmo tipo de licença e cumpram as diversas condições, convém não esquecer que ela toma o formato de isenção provisória, já que duraria apenas até ocorrer a emenda ao Acordo TRIPS.⁴⁷³

2.1.5. *O Protocolo de Alteração ao Acordo TRIPS*

Em 6 de Dezembro de 2005, durante a Conferência Ministerial que teve lugar em Hong Kong, o Conselho Geral da OMC decidiu alterar o Acordo TRIPS mediante a integração, de forma permanente, da Decisão de Implementação do parágrafo 6.º da Declaração de Doha, no texto do Acordo.⁴⁷⁴ Sir

⁴⁷³ Idem, § 11.º da referida Decisão.

⁴⁷⁴ Vide a Declaração da Presidente do Conselho Geral a respeito. Consultámos a versão Castellhana, a qual transcrevemos: “De conformidad con el párrafo 11 de la Decisión del Consejo General de 30 de agosto de 2003, se ha presentado al Consejo General un proyecto de Decisión que contiene una propuesta de enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC con el fin de dar aplicación al párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. Esta enmienda forma parte de la acción nacional e internacional más amplia encaminada a hacer frente a los problemas reconocidos en el párrafo 1 de la Declaración. Antes de que se adopte esta Decisión, deseo dejar constancia de la presente Declaración, que representa varios entendimientos clave compartidos por los Miembros con respecto a la enmienda que se presenta para su aceptación y a la manera en que ésta se interpretará y aplicará. Deseo subrayar que las consecuencias de la presente Declaración están limitadas al párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. En primer lugar, los Miembros reconocen que el sistema que se establecerá mediante la enmienda deberá utilizarse de buena fe para proteger la salud pública y, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 31bis de la enmienda, no deberá ser un instrumento para perseguir objetivos de política industrial o comercial. En segundo lugar, los Miembros reconocen que el fin de la enmienda se vería frustrado si los productos que se suministren en virtud de la misma se desviarán de los mercados a los cuales estén destinados. Por consiguiente, deberán adoptarse todas las medidas razonables para prevenir tal desviación de conformidad con los párrafos pertinentes de la enmienda. A este respecto, las disposiciones del párrafo 2 b) ii) del Anexo del Acuerdo sobre los ADPIC que figura en la enmienda son aplicables no sólo a los productos farmacéuticos de fórmula que se produzcan y suministren en virtud del sistema, sino también a los ingredientes activos que se produzcan y suministren en virtud de éste y a los productos acabados que se produzcan utilizando esos ingredientes activos. Los Miembros entienden que, en general, un embalaje especial y/o un color o una forma especiales no deberán tener una repercusión significativa en el precio de los productos farmacéuticos. En el pasado, las empresas han establecido procedimientos para prevenir la desviación de productos que se suministren, por ejemplo, a través de programas de donantes. A efectos ilustrativos, se adjuntan a la presente declaración directrices de ‘prácticas óptimas’ que están basadas en las experiencias de las empresas. Se alienta a los Miembros y productores a que se basen en estas prácticas y las utilicen, y a que den a conocer información sobre sus experiencias en la prevención de la desviación. En tercer lugar, es importante que los Miembros traten de resolver diligentemente y de forma amigable todas las cuestiones que planteen la utilización y aplicación de

Richard Sykes, em discurso proferido no *Royal Institute of International Affairs*, em Londres, a 14 de Março de 2002 diria: “Não acredito que o TRIPS impeça que outros países em desenvolvimento tais como o Brasil e a Índia, obtenham acesso aos medicamentos que necessitam. Pelo contrário, creio firmemente que esses países têm a capacidade de desenvolver as suas próprias indústrias farmacêuticas baseadas na pesquisa, além de outras indústrias inovadoras, mas isso só ocorrerá quando ofereçam a proteção de propriedade intelectual consagrada no TRIPS. O TRIPS necessita ser reconhecido como uma ferramenta importante para o desenvolvimento industrial dos países em desenvolvimento.”⁴⁷⁵

Esta alteração, realizada através da assinatura de um Protocolo,⁴⁷⁶ consistiu no aditamento do artigo 31.º *bis* e de um Anexo. O artigo 31.º *bis* derroga a obrigação do Estado membro exportador, definida na alínea *f*) do artigo 31.º, de, em caso de concessão de licença obrigatória, apenas produzir produtos farmacêuticos para o fornecimento do mercado interno. O Anexo vem definir o que entende por produto farmacêutico, Estado membro importador habilitado

la enmienda: – Para promover la transparencia y evitar controversias, las notificaciones en virtud del párrafo 2 a) ii) del Anexo del Acuerdo sobre los ADPIC en la enmienda incluirían información sobre la forma en que el Miembro en cuestión hubiera establecido, de conformidad con el Apéndice del Anexo del Acuerdo sobre los ADPIC que figura en la enmienda, que sus capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes; – De conformidad con la práctica habitual en el Consejo de los ADPIC, las notificaciones presentadas en el marco del sistema se señalarán a la atención del Consejo en su reunión siguiente; – Cualquier Miembro podrá someter cualquier asunto relacionado con la interpretación o aplicación de la enmienda, incluidas cuestiones relativas a la desviación, al Consejo de los ADPIC para que proceda a un examen rápido, con miras a adoptar disposiciones apropiadas; – Si cualquier Miembro tiene preocupaciones en el sentido de que no se han cumplido cabalmente los términos de la enmienda, ese Miembro podrá recurrir también a los buenos oficios del Director General o del Presidente del Consejo de los ADPIC con miras a encontrar una solución mutuamente aceptable; – En cuarto lugar, toda la información reunida sobre la aplicación de la enmienda se señalará a la atención del Consejo de los ADPIC en su examen anual, de conformidad con el párrafo 7 del Anexo del Acuerdo sobre los ADPIC que figura en la enmienda. Además, como se señala en la nota 3 al párrafo 1 b) del Anexo del Acuerdo sobre los ADPIC que figura en la enmienda, los siguientes Miembros han acordado que no utilizarán el sistema como importadores: Australia, Canadá, Comunidades Europeas con, a los efectos del artículo 31bis y del presente Anexo, sus Estados miembros, Estados Unidos, Islandia, Japón, Noruega, Nueva Zelanda y Suiza. Como hemos escuchado hoy, y como se ha informado a la Secretaría en algunas comunicaciones, algunos otros Miembros han acordado que sólo utilizarían el sistema como importadores en situaciones de emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia. Estos Miembros son los siguientes: Corea; Emiratos Árabes Unidos; Hong Kong, China; Israel; Kuwait; Macao, China; México; Qatar; Singapur; Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kimmen y Matsu y Turquía.”
Em http://www.wto.org/spanish/news_s/news05_s/trips_319_s.htm

⁴⁷⁵ Cfr. em CARLOS CORREA (Dir.), *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia: propiedad Intelectual y políticas de desarrollo*, Editorial Ciudad, Argentina, Buenos Aires, 2005, pp. 99.

⁴⁷⁶ Conforme o disposto no artigo 39.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

e Estado membro exportador.⁴⁷⁷ A alteração ao Acordo TRIPS apenas entrará em vigor quando ratificada por dois terços dos membros da OMC e substituirá o texto da Declaração de 30 de Março de 2003. Foi fixado como prazo limite para a ratificação do Protocolo o dia 1 de Dezembro de 2007.

Alguns países declararam que não iriam usar este sistema para importar medicamentos (Austrália, Áustria, Canadá, os membros da União Europeia, Islândia, Japão, Nova Zelândia, Noruega, Suíça e EUA), enquanto outros, (Coreia, Hong Kong, Taipé, Macau, Kuwait, Israel, México, Qatar, Singapura, Turquia, e Emirados Árabes Unidos) declararam que apenas o iriam fazer em situações de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência.

Uma vez que os Estados estavam a demorar algum tempo a ratificar o Protocolo que altera o Acordo TRIPS, o Conselho Geral decidiu prolongar o seu prazo de ratificação até 31 de Dezembro de 2009.⁴⁷⁸ No dia 17 de Dezembro de 2009, o Conselho Geral, de novo decidiu prorrogar o prazo anterior até dia 31 de Dezembro de 2011, e nesse mesmo ano, uma nova Decisão do Conselho Geral decretaria nova prorrogação.⁴⁷⁹

A solução adoptada pelo Protocolo não está isenta de críticas. Marcela Shirsat faz algumas críticas que a nosso ver procedem. A autora afirma com pertinência: “(...) *I do not believe the amendment is the best solution for dealing with*

⁴⁷⁷ Consultámos a versão castelhana do Anexo. Assim: por “producto farmacéutico” se entiende cualquier producto patentado, o producto manufacturado mediante un proceso patentado, del sector farmacéutico necesario para hacer frente a los problemas de salud pública reconocidos en el párrafo 1 de la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública (WT/MIN(01)/DEC/2). Queda entendido que estarían incluidos los ingredientes activos necesarios para su fabricación y los equipos de diagnóstico necesarios para su utilización”; por “Miembro importador habilitado” se entiende cualquier país menos adelantado Miembro y cualquier otro Miembro que haya notificado al Consejo de los ADPIC su intención de utilizar el sistema expuesto en el artículo 31bis y en el presente Anexo (“el sistema”) como importador, quedando entendido que un Miembro podrá notificar en todo momento que utilizará el sistema en su totalidad o de manera limitada, por ejemplo, únicamente en el caso de una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia o en casos de uso público no comercial. Cabe señalar que algunos Miembros no utilizarán el sistema como Miembros importadores³ y que otros Miembros han declarado que, si utilizan el sistema, lo harán sólo en situaciones de emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia; por “Miembro exportador” se entiende todo Miembro que utilice el sistema a fin de producir productos farmacéuticos para un Miembro importador habilitado y de exportarlos a ese Miembro. Disponível em http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/wtl641_s.htm.

⁴⁷⁸ Note-se que em 6 de Agosto de 2008 apenas 20 países (Albânia, Austrália, Brasil, China, El Salvador, EUA, Filipinas, Egipto, Hong Kong, Índia, Israel, Japão, Jordão, Marrocos, Maurícias, México, Noruega, República da Coreia, Singapura, e Suíça) e os membros da União Europeia tinham ratificado o Protocolo.

⁴⁷⁹ Todas as Decisões podem ser consultadas em http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/pharmpatent_s.htm#declaration.

*the issue of access to medicines under the TRIPS Agreement. Instead I believe that the better solution is one which addresses the licensing issue for LDCs while they have no or insufficient manufacturing capability, and that strives to address the other barriers facing their access until such time as they develop their own capabilities. Therefore, to address the first prong of the solution, the access to medicines part, the innovative interpretation of TRIPS should be chosen. The reasoning for this is that while it may not be as binding on all members as an amendment it would be simpler to pass. The Ministerial Conference or General Council, as explained in Section II, would merely pass the interpretation resolving any textual uncertainty by reading Article 30 in light of Article 8.1. This would allow a country to aid an LDC without the need for back-to-back licensing or procedural notifications to the WTO thereby streamlining the procedure so long as a matter of public health was concerned. The reason for this is that a license to manufacture a product solely for the export to an LDC would meet the requirements within the article. These requirements being: it must be limited (i.e., solely for export and not commercial domestic use), not unreasonably conflicting with the normal exploitation of the patent (i.e., not unreasonable depending on destination market expectations held by patentee), and it must not unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner, while still taking into account the legitimate interests of any third party (i.e., the legitimate interest being public health as stated in Art. 8.1). In addition, making the process of licensure simpler it would also allow for the rendering of aid to countries that are not members of the WTO since there would be no notification requirement on behalf of the importing country.”*⁴⁸⁰

IV. A Importância do Sistema de patentes para a Indústria Farmacêutica e o problema de acesso a medicamentos patenteados por parte dos países em desenvolvimento

Os medicamentos inovadores desenvolvidos pela indústria farmacêutica para tratar e combater doenças crônicas, genéticas e epidêmicas como a SIDA, a malária, a tuberculose ou o cancro são inacessíveis aos países mais pobres, que são curiosamente aqueles que têm maior taxa de incidência destas doenças nas suas populações. Estima-se que hoje, cerca de 40 milhões de pessoas vivam com HIV, que existem 500 milhões de casos de malária por ano e que a tuberculose afecte cerca de um terço da população global.⁴⁸¹ Já para não falar do cancro, que é considerada uma das doenças que mais atinge o século XXI.

⁴⁸⁰ Cfr. o artigo já cit. MARCELA I. SHIRSAT, no artigo, *When Patent Rights And Public Health Collide: Going Beyond Compulsory Licensing To Solve The Doha Paragraph 6...*, pp. 28 e 29.

⁴⁸¹ Cfr. a fonte: Medicamentos em países em desenvolvimento, European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), Medicines for Making, Abril/2008, em <http://>

Algumas das doenças consideradas “*menores*” em países desenvolvidos, e que poderiam ser facilmente evitadas e eficazmente curadas, continuam a ser causa de morte de milhares de pessoas nos países em desenvolvimento. Estes países alegam que deveriam, por razões de ordem pública e emergência nacional ter acesso a versões genéricas⁴⁸² de medicamentos originais patenteados (alguns, inovadores), uma vez que não têm recursos financeiros para os adquirir. No entanto, durante o período de validade da patente, não é permitido a terceiros, sem a autorização do titular, fabricar, utilizar, pôr à venda, vender ou importar o medicamento ou o processo protegido.⁴⁸³

O objectivo primacial da concessão deste *monopólio legal* ao detentor da patente é a recuperação do investimento que teve de realizar na investigação e no desenvolvimento da invenção. É sabido que a indústria farmacêutica depende elevadas quantias na descoberta de medicamentos inovadores e eficazes, sendo o sector industrial, o que mais investe em inovação e tecnologia.⁴⁸⁴ Em 2008, o sector farmacêutico e biotecnológico destinou cerca de 71 mil milhões de Euros à pesquisa e desenvolvimento de novos fármacos.⁴⁸⁵

O desenvolvimento de um novo medicamento é um processo bastante complexo que envolve um grande investimento e um risco grande por parte das empresas farmacêuticas. O custo médio de desenvolvimento de um só medicamento ronda os mil milhões de Euros.⁴⁸⁶ De 10 mil substâncias ativas em investigação, apenas uma será desenvolvida e posteriormente comercia-

www.medicinesformankind.eu/upload/pdf/EFPIA_M4DC_PT.pdf

⁴⁸² Como já foi dito, o medicamento genérico contém a mesma composição qualitativa e quantitativa em substâncias activas e a mesma forma farmacêutica que o medicamento original, actuando no corpo humano da mesma forma, ou seja, é biodisponível. Cfr. o Estatuto do Medicamento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, a sua alínea nn) do n.º 1 do artigo 3.º e *European Generic Medicines Association, FAQ on Generic Medicines*, disponível em <http://www.egagenerics.com/index.php/generic-medicines/faq-on-generic-medicines>.

⁴⁸³ Esta regra também consta do nosso Código de Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de Julho, em especial do seu artigo 101.º

⁴⁸⁴ Para entender a evolução histórica da indústria farmacêutica, deve ler-se a obra de GRAHAM DUTFIELD, *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries, A Twentieth Century History*, Ashgate, England, 2003, pp. 89-130.

⁴⁸⁵ Cfr. a fonte: Comissão Europeia, Directorate General Research, Joint Research Centre, *Monitoring Industrial Research: The 2012 EU Industrial R&D Investment Scoreboard*, disponível em <http://iri.jrc.ec.europa.eu/scoreboard12.html>

⁴⁸⁶ Seguimos CAROLINA DIAS FERREIRA, no seu Projecto Aplicativo de 2008/2009, *O Problema de Acesso aos Medicamentos Protegidos por Patente em Países em Desenvolvimento*, pp. 18, em http://www.marcaspatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/271/O%20problema%20do%20acesso%20aos%20medicamentos%20protegidos%20por%20patente%20em%20pa%C3%ADses%20em%20desenvolvimento%20-%20Carolina%20Dias%20Ferreira.pdf.

lizada. Apenas um em cada cinco medicamentos comercializados irão gerar receitas suficientes, antes de expirar a patente, para compensar a despesa realizada com a pesquisa.⁴⁸⁷

Em 20 anos de exclusividade concedidos pela patente, apenas 8 a 10 correspondem a uma efectiva comercialização do medicamento. Desde o registo da patente até à entrada do fármaco no mercado distam 10 a 12 anos de investigação e desenvolvimento, de testes e ensaios clínicos, findos os quais, após obtenção de uma autorização de introdução no mercado, que é atribuída pela autoridade reguladora nacional (no caso português, o INFARMED⁴⁸⁸) ou da União Europeia (European Medicines Agency, a EMEA⁴⁸⁹).

A protecção da propriedade intelectual é muito importante para a indústria farmacêutica. Sem a atribuição destes direitos não existe qualquer entrave a que terceiros explorem, sem custos, as invenções. É durante os 8 a 10 anos de monopólio comercial patenteário que a indústria tenta recuperar o investimento realizado e que irá usar posteriormente no financiamento de novos projectos inventivos. Para os países membros da União Europeia existe ainda a possibilidade de estender até 5 anos, o período de protecção de uma patente a um medicamento, através do Certificado Complementar de Protecção,⁴⁹⁰ desde que obedecendo a alguns requisitos.

O sistema de patentes promove a concorrência e a inovação entre empresas que se dedicam à descoberta de novos fármacos e de inovações incrementais, não apenas através da recuperação de investimento, mas também porque a concessão de uma patente constitui para o titular, a obrigação de divulgar o seu conteúdo. A divulgação da invenção permite a transferência e disseminação do conhecimento, estimulando a continuação e o progresso das descobertas científicas que tanto empolgam a sociedade, e que são, estamos certos, contributos essenciais para o desenvolvimento social, económico e tecnológico de um país.

A obrigação de os países em desenvolvimento concederem patentes a medicamentos por força das regras do TRIPS, e a consequente atribuição de um exclusivo de comercialização ao seu titular, têm como resultado medicamentos com um preço mais elevado do que a sua versão genérica, pelo simples facto de

⁴⁸⁷ Cfr. a fonte: EFPIA, *The Innovative Pharmaceutical Industry. A Key asset to the European Union*, em <http://www.efpia.eu/content/default.asp?PageID=559&DocID=5347>.

⁴⁸⁸ http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/PERGUNTAS_FREQUENTES/SOBRE_INFARMED

⁴⁸⁹ <http://www.ema.europa.eu/ema/>

⁴⁹⁰ Cfr. o *Regulamento CEE n.º 1768/92 do Conselho de 18 de Junho de 1992* relativo à criação de um Certificado Complementar de Protecção para Medicamentos. Na legislação portuguesa, o certificado consta dos artigos 115.º a 116.º do Código de Propriedade Industrial, á mencionado.

o produtor do genérico, não ter de recuperar o investimento relacionado com a pesquisa científica.

No âmbito da OMC não existe uma definição de país desenvolvido ou em desenvolvimento. São os próprios países que indicam qual é o seu *status*. Ser considerado um país em desenvolvimento no domínio da OMC implica ter benefícios, por exemplo à luz do já estudado artigo 66.º e 67.º do Acordo TRIPS. No entanto, os outros países podem contestar aquele estatuto.⁴⁹¹ É com relação a estes países que se coloca o problema de acesso a medicamentos, não apenas aos protegidos por patentes, mas também às versões genéricas. Os países mais pobres não têm capacidade financeira para aceder aos medicamentos patenteados, pois não conseguem suportar o alto preço a que estes são colocados no mercado. Em relação aos genéricos, este problema também se coloca. Cerca de 95% dos medicamentos incluídos na Lista de Medicamentos Essenciais da OMS⁴⁹² não estão patenteados. Contudo, apesar de poderem ser legamente produzidas versões genéricas, os medicamentos continuam a não chegar às populações,⁴⁹³ ou a ser distribuídos a um preço demasiado alto.

A tentativa de o Acordo TRIPS disponibilizar flexibilidades, na adopção das suas regras, permitindo criar condições mais favoráveis aos países menos desenvolvidos, ao mesmo tempo que se continua a incentivar a pesquisa da indústria farmacêutica, têm tido alguns efeitos. No entanto, não nos equívocos quanto aos factores que determinam a manutenção dos altos preços dos medicamentos sob patente no mercado internacional. Não é apenas o facto de o medicamento ser patentado que o torna caro. Existem farmacêuticas que diante de um mesmo produto praticam preços diferentes consoante o país comprador, consoante as suas necessidades de saúde pública!

V. Conclusões

Do ponto de vista do interesse público, a extensão das patentes a todos os campos tecnológicos gerou no âmago da OMC, uma enorme inquietude no que respeita à saúde pública. Se o “alfa” das patentes é a criação de uma exclu-

⁴⁹¹ Deve ler-se, Who are the Developing Countries in the WTO?, em http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/d1who_e.htm.

⁴⁹² Cfr. a lista em http://whqlibdoc.who.int/hq/2011/a95053_eng.pdf

⁴⁹³ Cfr. a fonte: International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations (IFPMA), Position, disponível em <http://www.ifpma.org/Issues/index.php?id=418> e ao nível da União Europeia, deve ler-se o Relatório de 2011, em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/envi/2011/451481/IPOL-ENVI_ET\(2011\)451481\(PAR17\)_PT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/envi/2011/451481/IPOL-ENVI_ET(2011)451481(PAR17)_PT.pdf).

sividade no mercado a favor do seu titular (que na maioria das vezes não é o inventor, mas grandes corporações a quem foi transmitido o direito de patente. O inventor conserva unicamente os seus direitos de autor), o “ômega” será a subida vertiginosa do preço dos medicamentos protegidos.

As patentes de invenção, que num plano meramente económico se configuram como distorções de mercado, justificam-se, na perspectiva da indústria, para recuperar os gastos derivados da investigação e o desenvolvimento de novos fármacos. Com efeito, apesar de se validar este argumento, tal não obsta a que, em face disto, se vislumbre o potencial surgimento de enormes crises de saúde pública, podendo o direito de patente ser sinónimo de uma limitação do direito à saúde.⁴⁹⁴

O caminho que os países menos desenvolvidos devem trilhar é sem sombra de dúvida, o das licenças compulsórias. Elas afiguram-se a melhor solução para que estes países possam aceder a medicamentos mais baratos. Esta preocupação ficou plasmada no texto da Declaração de Doha de 2001, possibilitando expressamente aos Estados a adopção de medidas perante situações alarmantes de saúde pública. Com efeito, se o sistema multilateral de comércio busca eliminar paulatinamente as distorções ao livre comércio, poder-se-ia inferir alegadas colisões frontais com alguns Tratados de direitos humanos.

Dada a evolução progressiva dos direitos de segunda geração, isto é, dos direitos económicos, sociais e culturais (no caso em apreço, o direito à saúde), assim como a forma como têm sido encarados pelas instâncias internacionais, hoje, parece ser amplamente aceite, a *justiciabilidade*⁴⁹⁵ daqueles direitos. Esta coloca a necessidade de usar os direitos humanos (e especialmente o direito à saúde) como instrumento interpretativo no momento de aplicar as normas da OMC.

Nos últimos anos, a OMC tem-se mostrado cada vez mais aberta e a prova disso é o critério seguido pelos grupos especiais em torno da aplicação do artigo XX do GATT, ao considerar ilícitas, restrições ao comércio que fundamentamente ameacem a saúde pública. Por outro lado, a utilização de fontes alheias aos Acordos da OMC tem sido relevante para precisar o conteúdo dos concei-

⁴⁹⁴ Assim refere SISULE F. MUSUNGU, Commentary on Frederick M. Abbott, *The Right to Health, Intellectual Property, and Competition Principles*, pp. 306 e ss., in *Human Rights and International Trade*, ed. by Thomas Cottier, Joost Pauwelyn and Elisabeth Bürgi Bonanomi, Publisher Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁴⁹⁵ Cfr. JUAN MANUEL MEDINA AMADOR, *Aplicabilidade del Derecho Internacional General dentro del mecanismo de solución de controversias de la OMC: el caso del derecho a la salud*, Anuário Colombiano de Direito Internacional, Vol. 5, Bogotá, 2012, pp. 117, também disponível *on line* em <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/2376/2032>

tos próprios de outros ramos de Direito Internacional. Nas palavras de Juan Medina Amador: “(...) Ello, junto con el estatus jurídico de la Declaración de Doha como acuerdo ulterior de las partes, al tenor de lo establecido en el art. 31.º/3 (a) da CVDT, debe dar cabida plena al derecho a la salud en la aplicación de las normas. No puede concebirse el Derecho OMC como um sistema completamente hermético y aislado, sino que resulta apropiada la incorporación de instrumentos ajenos a dicho ámbito para el progreso y la evolución del sistema en consonância con los más altos valores de nuestra sociedade internacional contemporánea.”⁴⁹⁶

Em momentos de crise financeira e social, o tema da saúde e o debate em torno dos serviços de saúde ganham nova centralidade nas preocupações da sociedade. A capacidade de resposta dos sistemas de saúde nacionais, ou dos programas de saúde pública estaduais,⁴⁹⁷ é testada de modo especial, em tempos difíceis como os que atravessamos na Europa e em geral no resto do Mundo. Aliada a uma pressão de contenção de custos, redistribuição⁴⁹⁸ dos recursos existentes, encontra-se uma sensibilidade social acrescida às dificuldades de acesso a cuidados de saúde. Existe ainda uma alteração do paradigma da saúde, ganhando maior peso os aspectos de saúde mental, com o aumento dos casos de depressão e suicídio.⁴⁹⁹

Os cuidados de saúde, a assistência médica, são para alguns, meros benefícios estaduais, podendo a todo o tempo ser retirados, enquanto que para outros,

⁴⁹⁶ Idem..., pp. 118.

⁴⁹⁷ No caso norte-americano não existe um Sistema Nacional de Saúde, como é prática na maioria dos países da Europa. Deste caso, não nos ocuparemos aqui, de qualquer forma, *vide* a obra JONATHAN GRUBER, *Public Finance and Public Policy*, Massachusetts Institute of Technology, Worth Publishers, USA, 2005, em particular, pp. 392–451. A base do sistema de saúde pública americano são os seguros de saúde, de carácter público (exemplos disto são os programas Medicare, o Medicaid e o TRICARE/CHAMPVA), e os seguros de saúde privados, e não um Sistema Nacional de Saúde, como o nosso, onde todos podem aceder. O problema é que já em 2002 se estimava que 1/6 dos americanos não estaria coberto por qualquer destas modalidades, não lhe estando portanto sequer garantido o acesso a cuidados de saúde mínimos ou básicos. A administração do Presidente Obama tem tido o mérito de querer mudar este panorama, alargando a intervenção estadual nesta matéria, permitindo assim o alargamento e a cobertura da proteção da saúde a mais americanos, nos programas federais nesta área.

⁴⁹⁸ Cfr. a obra de ROBERT ALEXY, *Theory of Constitutional Rights*, tradução para a língua inglesa de Julian Rivers, Oxford, University Press, Oxford, 2004, pp. 344, em que o autor afirma o seguinte: “(...) The extend of reliance on social constitutional rights rises during economic crises. But it is exactly then that it is important to redistribute. The objection that the existence of even minimal definitive social constitutional rights makes the flexibility necessary in times of crisis impossible and thus risks turning an economic crisis into a constitutional crisis is a real one.”

⁴⁹⁹ Cfr. de novo PEDRO PITA BARROS, *Pela sua Saúde...*, pp. 95.

como o Presidente Barack Obama, podem ser um direito.⁵⁰⁰ O certo é que o debate em seu redor, os tem metamorfoseado em direitos, emergindo frequentemente como um perigo, na óptica de alguns autores.⁵⁰¹

O acesso a medicamentos é um instrumento e um direito. Um instrumento para assegurar o direito à vida, e um corolário do direito humano à saúde. O acesso aos medicamentos por parte dos doentes está intimamente ligado aos altos custos dos mesmos no mercado internacional. E não nos iludamos, o preço dos medicamentos reflecte outros factores que deverão ser tidos em conta, como sejam, a política de impostos e tarifas aduaneiras praticadas pelos países e os custos de transporte. Como tal, a falta de acesso dos países em desenvolvimento a medicamentos essenciais a preços reduzidos no mercado, não é apenas fruto do sistema de patentes.

As razões da nossa observação prendem-se com diversos factores: a insuficiência de rendimentos dos habitantes desses países; a falta de infraestruturas e de capacidade económica, política e social desses países que não permite que aí se desenvolvam indústrias fortes e competitivas; a falta de capacidade técnica local para produzir genéricos; a falta de acesso a matéria-primas para produzir medicamentos; a falta de formação dos prestadores dos cuidados de saúde; a falta de uso racional de medicamentos; a falta de um Sistema de Saúde estadual onde exista comparticipação de fármacos essenciais; a existência de circuitos de distribuição com falhas, o que leva a que os medicamentos não cheguem a quem necessita e que muitos sejam desviados para o mercado negro. Todas estas circunstâncias e muitas outras⁵⁰² fazem os países em desenvolvimento dependentes de exportações de bens e serviços dos países desenvolvidos, nomeadamente de matérias-primas, medicamentos e cuidados de saúde.

As *benesses* concedidas pelo Acordo TRIPS em favor dos países em desenvolvimento, que lhes dá a possibilidade de importação de medicamentos genéricos, mediante o mecanismo das licenças compulsórias, a acrescer à capacidade de produção por alguns países de versões genéricas de medicamentos que entraram no mercado, antes da entrada em vigor do TRIPS, as doações feitas pelos Estados e por algumas empresas multinacionais, bem como as fortes pressões e

⁵⁰⁰ JASON LINKINS, Obama: Health Care Should Be a Right, HUFFINGTON POST, Nov. 7, 2008, http://huffingtonpost.com/2008/10/07/obama-health-care-should_n_132831.html.

⁵⁰¹ Cfr. KAREN M. TANI, *Welfare and Rights Before the Movement: Rights as a Language of the State*, The Yale Law Journal, Vol. 122, n.º 2, November/2012, pp. 314-383.

⁵⁰² Cfr. em detalhe o Relatório sobre o Comércio Mundial, Factores que determinam o futuro do Comércio, da OMC, de 2013, disponível em http://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr13_s.htm, especialmente pp. 114-219.

iniciativas das Organizações Não Governamentais em favor do direito à saúde, não são suficientes para resolver o problema do acesso aos medicamentos.

É urgente resolverem-se primeiramente os problemas estruturais dos países identificados como países em desenvolvimento. Deve fazer-se uma análise séria e exaustiva dos países verdadeiramente em desenvolvimento. Nesse caso será possível começar a detectar as lacunas em matéria de saúde pública e tentar colmatá-las, se possível com a ajuda da comunidade internacional.

A médio prazo, cremos que um dos passos para uma solução equilibrada e justa será implementar, nos países verdadeiramente em desenvolvimento, sistemas de proteção de propriedade intelectual, de forma a atrair investimento estrangeiro e criar condições para a instalação de sucursais de empresas multinacionais. Neste sentido, será possível operar a longo prazo, a tão necessária transferência de tecnologia e de conhecimento, que terá certamente como consequência, a criação de riqueza e até postos de trabalho, e como tal, uma base de crescimento sustentada e sustentável.

Como bem ensina Pedro Infante Mota, “(...) num Mundo cada vez mais integrado, as políticas comerciais, financeiras, económicas, sociais e ambientais e de desenvolvimento atingem, em muitos casos, uma dimensão verdadeiramente global e interagem cada vez mais entre si, o que reivindica maior cooperação a nível internacional não só entre os Estados, mas também entre organizações internacionais. Por isso mesmo, o n.º 1 do artigo V do Acordo OMC estabelece que o Conselho Geral deve tomar medidas adequadas para assegurar uma cooperação eficaz com outras organizações intergovernamentais cujas competências estejam relacionadas com as da Organização Mundial do Comércio. No essencial, pretende-se garantir que os recursos e as competências da Comunidade Internacional sejam utilizadas da maneira mais eficaz, coordenada e, sobretudo, adaptada às necessidades mais urgentes à escala mundial.”⁵⁰³

E terminamos citando Frederick Abbott, quando observou que “(...) we are dangerously close to a new world order characterized by a vast schism between a prosperous and stable post-industrialized North, and a desperately poor and chaotic South. The proliferation of nuclear and bioweapons does not portend well for the creation of a neat partition behind which the wealthy may comfortably lounge.”⁵⁰⁴

⁵⁰³ Cfr. a ob. já cit. do autor, *A Função Jurisdicional no Sistema GATT/OMC*, pp. 383-384.

⁵⁰⁴ Cfr. *The Enduring Enigma of TRIPS: A Challenge for the World Economic System*, 1, JIEL, 497, 521 (1998.)

NOTA BREVE

O requisito de idoneidade dos vip-room contractors e dos seus cooperators (artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento Administrativo n.º 6/2002): “culpa de organização”?

DR. HUGO LUZ DOS SANTOS

SUMÁRIO: I) *O requisito de idoneidade dos Vip-Room Contractors or Gaming Promoters (artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento Administrativo n.º 6/2002)*; II) *Os Vip-Room Contractors or Gaming Promoters e a responsabilidade por actos jurídicos dos seus auxiliares (cooperators) – artigo 789.º, n.º 1, do Código Civil de Macau, artigo 622.º, artigo 644.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau: “culpa de organização”?*

I) O requisito de idoneidade dos Vip-Room Contractors or Gaming Promoters na Região Administrativa Especial de Macau (artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento Administrativo n.º 6/2002)

Em Agosto de 2001, a Assembleia Legislativa de Macau aprovou a Lei n.º 16/2001, i.e., o Regime Jurídico da Exploração de Jogos de Fortuna ou Azar em Casino¹.

A promoção de jogos é definida pelo legislador macaense como a actividade que visa promover jogos de fortuna e azar ou outros jogos em casino, junto de

¹ Sobre a Lei n.º 16/2001, do ponto de vista do regime jurídico da concorrência previsto nesse diploma legal, que versa, nos artigos 18.º a 21.º, precisamente, sobre as regras da lei da concorrência no sector do jogo; ver, na doutrina macaense, WANG CHANG BIN, “Comentário sobre a Lei da Concorrência nos Jogos de Macau”, in: *Revista de Administração Pública de Macau (RAP)*, n.º 87, vol. XXVII, 2010-1.º, pp. 153-175. Sobre a perspectiva histórica do direito do jogo em Macau, bem como do seu (profundo) arraigamento cultural, DAWN R. LAROCHE, “Fiercer than Tigers: Gambling in Macao—Past, Present, Future”, in: *Gaming Law Review and Economics (GLRE)*, Volume 5, n.º 5, (2001), pp. 445-449; JORGE GODINHO, “Credit for Gaming in Macau”, in: *Gaming Law Review and Economics (GLRE)*, Volume 10, n.º 4, (2006), pp. 362 e ss.

jogadores, através da atribuição de facilidades, nomeadamente de transporte, alojamento, alimentação e entretenimento, em contrapartida de uma comissão ou outra remuneração paga por um concessionário (artigo 2.º, do Regulamento Administrativo n.º 6/2002)².

A actividade de promoção de jogo, exercida, maioritariamente, pelos denominados *Vip-Room Contractors* ou *Gaming Promoters*, que atraem para os casinos da Região Administrativa Especial de Macau, os *high rollers* provenientes da Mainland China, e de Taiwan, passou a estar sujeita a licenciamento administrativo, estando a validade de 1 ano, anualmente renovável, a cargo da Direcção de Inspeção e Coordenação de Jogos (artigo 14.º, do Regulamento Administrativo n.º 6/2002), sendo publicada anualmente a lista dos promotores licenciados (artigo 15.º, do Regulamento Administrativo n.º 6/2002)³. Tanto pessoas singulares, como sociedades comerciais podem ser promotores de jogo, desde que demonstrem ser suficientemente idóneas para o efeito⁴ (artigo 3.º, n.º 1, artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento Administrativo n.º 6/2002). Os *Vip-Room Contractors* ou *Gaming Promoters*, bem como os seus *cooperators*, são obrigados a permanecer idóneos durante o período de duração da licença de promotor de jogo (artigo 6.º n.º 3, artigos 8.º, 9.º e 10.º, do Regulamento Administrativo n.º 6/2002)⁵.

Mas por que razão o Regulamento Administrativo n.º 6/2002, exige essa idoneidade aos promotores de jogo e aos seus *cooperators*?

Na verdade, porque esse requisito de idoneidade, configura um *fiduciary duty*^{6,7} que se encontra, a montante, umbilicalmente ligado à *role responsibility*,

² LUÍS PESSANHA, “O Jogo de Fortuna e Azar e a Promoção do Investimento em Macau”, *cit.*, p. 877, que seguiremos, neste apartado temático, de muito perto.

³ LUÍS PESSANHA, “O Jogo de Fortuna e Azar e a Promoção do Investimento em Macau”, *cit.*, p. 877.

⁴ Que surge, neste quadrante temático, como expressão de um “*cuidado exterior*”; e esse *cuidado exterior* consiste na adopção de uma *conduta conforme* aos deveres decorrentes das normas jurídicas (escritas e não escritas – artigo 6.º, n.º 3, do Regulamento Administrativo 6/2002). Também é sabido que as disposições legais de protecção contêm (quase) sempre, *normas de conduta*; neste sentido, na doutrina alemã, ERWIN DEUTSCH, “Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht”, in: *Archiv für die zivilistische Praxis*, Volume 202, Bönn, (2002), p. 903.

⁵ LUÍS PESSANHA, “O Jogo de Fortuna e Azar e a Promoção do Investimento em Macau”, *cit.*, pp. 877-878.

⁶ Na jurisprudência norte-americana, sobre o *dever de lealdade* inserido nos *fiduciary duties*, o Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (*Us Supreme Court*), *Kmmg Llp v. Robert Cochi et alii*, de 07 de Novembro de 2011, disponível em <http://www.supremecourt.gov>.

⁷ Sobre a densificação dogmática dos *fiduciary duties*, cruzando a sua leitura à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal do Delaware, na doutrina norte-americana, MOHSEN MANESH, “What is the practical importance of default rules under Delaware LLC and LP Law”, in: *Harvard Business Law Review (HBLR)*, Volume 2, (2012), pp. 121-129.

ao agir social⁸, que se caracteriza pela atribuição, a quem ocupa um determinado lugar numa organização social, da responsabilidade pelo cumprimento desses mesmos deveres⁹, sendo essa *role responsibility* cunhada como responsabilidade como virtude ou responsabilidade-virtude¹⁰, como dever-ser (*Sollen*)”¹¹.

II) Os *Vip-Room Contractors or Gaming Promoters* e a responsabilidade por actos jurídicos dos seus auxiliares (*cooperators*) – artigo 789.º, n.º 1, do Código Civil de Macau, artigo 644.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau: “culpa de organização”?

A Lei n.º 16/2001, define os promotores de jogo (*Gaming Promoter*), como agentes de promoção de jogos de fortuna ou azar em casino, que exercem a sua actividade através da atribuição de facilidades a jogadores (*casino patrons or gamblers*), nomeadamente no que respeita a transportes, alojamento, alimentação e entretenimento, recebendo uma comissão ou outra remuneração paga por uma concessionária (artigo 2.º, n.º 6).

Esta noção dogmática, acaba por se subsumir ao contrato de agência (artigo 622.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau)¹², uma vez que os *Gaming Promoters*, promovem a angariação de *high rollers* para jogar e apostar nos concessionários de jogos de fortuna e azar (os casinos de Macau), mediante uma comissão (artigo 637.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau).

A significar que, mesmo nos casos em que os *Gaming Promoters* ajam sem poderes de representação do principal (concessionário-casino), o negócio (angariação de *high rollers* para o concessionário-casino) é eficaz perante o principal (concessionário-casino) se tiverem existido razões ponderosas, objectiva-

⁸ Sobre o *agir social*, na doutrina alemã, MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5. Auflage, Tübingen, (2002), pp. 11 e ss.

⁹ Sobre a densificação dogmática da “*role responsibility*”, na doutrina inglesa, H. L. HART, “Varieties of Responsibility”, in: *The Law Quarterly Review*, Volume 83, (1967), pp. 346-364.

¹⁰ Na doutrina italiana, GUIDO GORGONI, “La Responsabilità come progetto. Primi Elementi per un’Analisi dell’Idea Giuridica di Responsabilità Prospettica”, in: *Diritto e Società*, Volume 2, (2009), pp. 243-292.

¹¹ Neste sentido, aludindo à categoria da *imputação normativa* como possibilidade de conexão entre um “*facto-condição*” e uma “*consequência jurídica*”; na doutrina austríaca, HANS Kelsen, *Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, (1911), pp. 7 e ss.

¹² Porquanto, “os contratos que o agente promove são normalmente contratos pelos quais o principal (neste caso, o concessionário-casino) irá vender os seus bens ou prestar os serviços que fornece” – e por isso também a agência é um contrato de distribuição”; neste sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial, Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, (2004), p. 91.

mente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do terceiro de boa fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro: é o caso paradigmático da representação aparente (artigo 644.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau)¹³.

A esta luz (a tutela da boa-fé de terceiros) se compreende, também, que, noutra patamar argumentativo, os *Gaming Promoters* sejam responsáveis pelos actos jurídicos praticados pelos auxiliares (*cooperators*), no cumprimento da obrigação positiva colectiva¹⁴ para com o concessionário-casino¹⁵ (artigo 789.º, n.º 1, do Código Civil de Macau).

Por conseguinte, os *Gaming Promoters* respondem, perante o concessionário-casino¹⁶ e/ou perante terceiros de boa-fé, não só pelos seus próprios actos como também por actos de terceiros (*cooperators*) que o substituam ou auxiliem no cumprimento da obrigação¹⁷; por isso, denomina-se uma “culpa de organização”, na medida e que o titular da empresa deve ser onerado com os

¹³ Na doutrina portuguesa, PAULO MOTA PINTO, “Aparência de Poderes de Representação e Tutela de Terceiros. Reflexão a Propósito do Artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, Volume LXIX, Coimbra Editora, Coimbra, (1993), pp. 589-632.

¹⁴ Na medida em que impõe a estes devedores (*Gaming Promoters and Cooperators*), uma “prestação de facto positiva colectiva, que a todos vincula em simultâneo”; neste sentido, na doutrina portuguesa, MARIA OLINDA GARCIA, *O arrendamento plural. Quadro Normativo e Natureza Jurídica*, PhD Dissertation, Coimbra Editora, Coimbra, (2009), p. 114.

¹⁵ As duly noted by the macanese doctrine “another group of people in the VIP rooms, the cooperators or customer representatives do most of the legwork to obtain high rollers. In most of the cases practically, it is the cooperator rather than the contractor who manages to approach, make friends with and introduce the high rollers to the casino”; in this sense, CHANGBIN WANG, “Licensing VIP-Room Contractors or Gaming Promoters in Macao: The Status Quo and Improvement”, in: *UNLV Gaming Research & Review Journal*, Volume 18, Issue 2, (2014), p. 106; in the same sense, W. WANG & P. ZABIELSKIS, “Making Friends, making money: Macau’s traditional VIP casino system”, in: *Global Gambling: Cultural Perspectives on Gambling Organizations*, New York, Routledge, (2010), pp. 116-128.

¹⁶ Uma vez que “the contract sets up a minimum dead chips sales by the VIP-Room contractor, the comission, and other remuneration that a contractor can extract from the sales, as well as monetary punishment to the contractor if it cannot achieve the goals. These monetary awards and punishments impel the contractor to work hard at finding wealthy people to come to gamble. The contractor often hires dozens of cooperators or customer representatives to reach out to Mainland China, Hong Kong, Taiwan, Japan, and other nearby locations, to look for wealthy guests of VIP rooms”; in this sense, CHANGBIN WANG, “Licensing VIP-Room Contractors”, *cit.*, p. 105.

¹⁷ Neste sentido, na doutrina portuguesa, que inspirou muitas das soluções normativas condensadas no Código Civil de Macau de 1999, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, (2003), p. 259; *Idem*, “Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, (RLJ), Ano 138.º, n.º 3956, (2009), p. 296.

correspondentes deveres de organização para a protecção de terceiros. Trata-se, no fundo, de impor uma responsabilidade ao *Gaming Promoter* pela própria esfera de domínio¹⁸: os *cooperators* que o auxiliam no cumprimento da obrigação perante o concessionário-casino.

Funchal (Madeira), 10 de Março de 2016.

¹⁸ SINDE MONTEIRO, “Ofensa ao crédito ou ao bom nome, “culpa de organização” e “responsabilidade da empresa”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, (RLJ), Ano 138.º, n.º 3959, (2009), p. 133.

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME

MORADA

CÓD. POSTAL - LOCALIDADE

TELEFONE N° CONTRIBUINTE

PROFISSÃO

EMAIL

NÚMEROS AVULSO **€80,00**

ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) **€70,00** (DESCONTO DE 12,5%)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA **O DIREITO** (4 NÚMEROS) DO ANO

_____ DATA - -

ASSINATURA

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA O DIREITO – JOAQUIM MACHADO, S.A., Rua Fernandes Tomás,
n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net

